REVISTA DE DIREITO PENAL

Diretor: Prof. Heleno C. Fragoso

Secretário: Dr. Nilo Batista

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.

REVISTA DE DIREITO PENAL

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

Diretor: Prof. HELENO C. FRAGOSO

N.º 6

ABRIL - JUNHO/1972

EDITOR BORSOI

COLABORAM NESTE NÚMERO:

- GILBERTO MACEDO Professor titular da Fac. Dir. da Univ. Federal de Alagoas.
- HANS-HEINRICH JESCHECK Professor da Universidade de Freiburg im Brisgau (Alemanha).
- JOÃO MESTIERI Professor titular da Fac. Dir. da PUC Rio de Janeniro.
- JORGE ALBERTO ROMEIRO JR. Do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.
- JUAREZ TAVARES Estagiário no Instituto Max Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional.
- LUIZ ALBERTO MACHADO Do Ministério Público do Paraná.
- MANOEL PEDRO PIMENTEL Professor da Fac. Direito da Universidade de São Paulo.
- MIGUEL REALE JUNIOR Professor assistente da Fac. Dir. da Universidade de São Paulo.
- NILO BATISTA Professor da Fac. Dir. Cândido Mendes.
- RAPHAEL CIRIGLIANO F.º Professor titular da Faculdade de Direito Cândido Mendes.
- ROBERTO LYRA Professor catedrático da Fac. Direito da UEG.
- WALDEMIR DE OLIVEIRA LINS Do Ministério Público de Pernambuco.

SUMÁRIO

DOUTRINA

| Hans-Heinrich Jescheck — O Objeto do Direito Penal Internacional e sua mais Recente Evolução | 7 21 31 40 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|
| PARECERES | |
| Roberto Lyra — O Crime de Concussão no Direito Comum e no Direito Militar | 56 62 |
| COMENTÁRIOS E COMUNICAÇÕES | |
| Waldemir de Oliveira Lins — Da Função do Ministério Público na Repressão do Crime | 65 81 90 95 |
| NOTICIÁRIO | 108 |
| RESENHA BIBLIOGRÁFICA | 115 |
| JURISPRUDÊNCIA | |
| Acusado. Autorização para viajar Aplicação da pena. Inobservância do art. 42 CP. Nulidade Apropriação Indébita. Exame de corpo de delito Assistente de acusação. Processo sumário na fase policial Ausência do réu. Cerceamento de defesa Classificação do crime pela autoridade policial. Efeitos jurídicos Cerceamento de defesa Competência residual. Interrogatório Contrabando ou descaminho. Pagamento dos tributos Contrabando por via aérea. Lei de segurança nacional Crime militar. Desrespeito a superior. Não pode ser praticado por civil | 123 124 124 125 125 126 126 126 127 |
| | |

| Direção perigosa | 127 |
|------------------------------------------------------------------------------------|------|
| Dolo eventual | 128 |
| Entorpecente. Não se exige que a droga conste de lista editada pelo Poder Público | 128 |
| Entorpecentes. Posse. Maconha. Prova do inquérito insuficiente | 130 |
| Fraude no comércio | 131 |
| Furto qualificado pela destreza. Tentativa | 132 |
| HC. Transferência para o Manicômio Judiciário | 132 |
| Transferencia para o Manicolnio Judiciario | 133 |
| Homicídio. Motivo fútil | |
| Homicídio qualificado. Surpresa | 133 |
| Identificação criminal. Constrangimento ilegal | 133 |
| Imunidades diplomáticas; vice-consul | 133 |
| Instalação ilegal de equipamento de telecomunicação | 134 |
| Júri. Decisão contrária à prova dos autos | 134 |
| Júri. Impedimento e suspeição de jurados | 135 |
| Júri. Nulidade. Não formulação de quesitos requeridos pela defesa. Cer- | 405 |
| ceamento | 135 |
| Justiça Militar. Prescrição de condenação imposta a réu revel só começa | |
| a correr após o seu recolhimento à prisão | 135 |
| Lei de imprensa. Direito de resposta. Limitações | 136 |
| Menoridade — CPM | 137 |
| Nulidade. Falta de intimação da expedição de precatória para audiência | |
| de testemunhas | 137 |
| Ofensa a autoridades. Crime político | 137 |
| Prescrição. Interrupção pelo início ou continuação do cumprimento da | 1.20 |
| pena. Incomunicabilidade a co-réus | 138 |
| Prescrição pela pena em concreto. Prescrição da ação penal ou da execução da pena? | 138 |
| Prescrição. Processo de rito sumário | 139 |
| Processo sumário. Identidade física do Juiz | |
| | 140 |
| Processo sumário. Nulidade da portaria | 140 |
| Prova produzida no inquérito é insuficiente | 140 |
| Revisão criminal. Enquadramento jurídico dos fatos | 140 |
| Roubo a veículo de estabelecimento bancário. Art. 27 DL 898 | 141 |
| Roubo qualificado. Arma de fantasia | 141 |
| Sonegação fiscal. Indispensável a exigência prévia de processo fiscal | 141 |
| Suspensão condicional da pena concedida por erro. Coisa julgada | 142 |
| Testemunhas. Inclusão quando não esgotado o número legal | 144 |
| LEGISLAÇÃO | |
| | |
| Decreto n.º 70.201 — de 24/2/72 | |
| Promulga a convenção para a repressão ao apoderamento ilícito de | |
| aeronayes | 145 |
| Convenção para a repressão ao apoderamento ilícito de aeronaves | 145 |
| Projeto de resolução sobre convenção sobre tortura e tratamento de | |
| prisioneiros (ONU) | 151 |
| F | |

Publicamos nesta edição uma das mais recentes contribuições do prof. Hans Heinrich Jescheck sobre o Direito Penal Internacional, matéria em que é hoje, sem dúvida, um dos mais destacados especialistas. Sua atividade na direção do Instituto Mac Planck, em Friburgo, em Brisgau e suas múltiplas atribuições em associações internacionais permitem ao mestre alemão dar-nos ampla e atual perspectiva dos graves problemas que apresenta o Direito Penal internacional.

Na seção de Doutrina outros trabalhos são divulgados, entre os quais o do jovem professor Juarez Tavares, do Paraná, atualmente cumprindo estágio no Instituto Max Planck, sobre o dolo e outros elementos subjetivos do tipo, focalizando a matéria de forma moderna; o do professor Raphael Cirigliano F.º, sobre crime putativo e a exaustiva análise do professor Manoel Pedro Pimentel sobre o delito e a reparação do dano no Anteprojeto de Código Civil.

Na seção de Pareceres temos dois pronunciamentos do mestre ROBERTO LYRA. Um sobre o crime de concussão no direito comum e no Direito Penal Militar; outro, sobre desistência voluntária em crime de homicídio.

Entre os comentários e comunicações o leitor encontrará estudos de Waldemir de Oliveira Lins (sobre a função do Ministério Público na repressão do crime); do prof. Miguel Reale Junior (sobre a sempre atual questão da embriaguez ao volante); do prof. João Mestieri (sobre os rumos da Criminologia) e do prof. Gilberto Macedo, sobre Sociologia Criminal.

Além de nossas seções habituais, esta edição inclui também o texto integral da convenção para a repressão ao apoderamento ilícito de aeronaves e a lei 5.786, de 27/6/72, que lhe deu cumprimento. incriminando fatos que nossa legislação penal desconhecia.

O OBJETO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL E SUA MAIS RECENTE EVOLUÇÃO (*)

HANS-HEINRICH JESCHECK

A questão da existência de um direito penal internacional, e como deva ele ser compreendido, é hoje em dia muito discutida. Indiscutível é, contudo, que o direito penal de cada Estado não diz respeito. apenas aos fatos internos, mas é constantemente obrigado a regular fatos além das fronteiras do próprio Estado e do círculo dos próprios cidadãos, e já aconteceu muito que se tenha querido recorrer a um poder punitivo e a uma jurisdicão supranacional para melhor alcançar-se a defesa de superiores bens jurídicos da humanidade contra lesões criminosas. Seja enfim lembrado que, no quadro do Conselho da Europa e das Comunidades Européias, estão se formando novos institutos jurídicos de natureza penalística, que exorbitam do ordenamento estatal. Sobre esta base é possível construir um conceito puramente pragmático do direito penal internacional, que compreende todas aquelas normas de natureza penalística que se refiram à inserção do Estado na comunidade dos povos e dos Estados e a defesa dessa comunidade e de seus supremos bens jurídicos. Nesse sentido levarei em consideração: 1) o direito penal internacional como base e limite do campo de aplicação do direito penal nacional; 2) as regras sobre extradição; 3) a proteção penal da comunidade internacional e dos bens jurídicos supranacionais; 4) o direito penal no campo das Comunidades Européias e 5) a jurisdição internacional em matéria penal.

- I. O direito penal internacional como base e limite do campo de aplicação do direito penal nacional.
- 1. O direito penal internacional, segundo esta primeira acepção, regula a seguinte questão: se uma ação que é realizada no exterior,

^(*) Tradução de Nilo Batista.

ou por um estrangeiro, ou que lesione um bem jurídico estrangeiro, cai sob o poder punitivo (pus puniendi) interno de um determinado Estado. Pode ocorrer que o direito penal internacional desse Estado remeta em tal caso ao direito penal estrangeiro, como é fenômeno de quotidiana manifestação no direito internacional privado. O oitavo Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em 1961 em Lisboa, recomendou a aplicação do direito penal estrangeiro pelo juiz nacional em situações apropriadas. Em geral, entretanto, é aplicado por todos os Estados o próprio direito penal mesmo quando o fato típico se realizou no exterior e o autor é um estrangeiro, de modo que o fato concreto teria, no fundo, muito mais relações com o ordenamento jurídico estrangeiro. De qualquer forma, seja aplicando-se o direito penal interno ou o estrangeiro, em todo caso o direito penal internacional, entendido como base e limite do campo de aplicação do direito nacional, pertence ao direito interno e não ao direito das gentes. Entretanto, como é natural, cada Estado deve observar as regras que nesta matéria são colocadas pelo Direito internacional.

- 2. A mais importante destas regras é que os Estados não podem submeter arbitrariamente à própria autoridade punitiva ações que tenham sido realizadas no exterior ou cujo autor seja um estrangeiro. Aqui deve antes haver um elemento de união significativo, que una de maneira convincente o caso com os legítimos interesses do Estado em questão. Elementos de união reconhecidos pelo direito internacional são o princípio da territorialidade, o princípio da bandeira, o princípio da nacionalidade do agente, o princípio da defesa, o princípio real, o princípio do direito universal, o princípio do procedimento penal substitutivo. Há dúvidas somente sobre o princípio da nacionalidade referido à parte lesada. Com isso se entende o direito de um Estado de submeter à sua autoridade punitiva ações realizadas no exterior, por estrangeiro, no caso de ser lesado um próprio cidadão. Não há uma regra geral de direito internacional que proíba os Estados de fazerem uso, nestes casos, de seu poder punitivo. Todavia, deve ser observado, então, a proibição colocada pelo direito internacional do abuso de direito. Com base nisto, a aplicação do princípio de nacionalidade com respeito à parte lesada é sempre vetada se a ação for isenta de pena de acordo com o direito do país estrangeiro em que a ação foi cometida.
 - 3. A coexistência de diversos elementos de união no direito penal internacional conduz a numerosas interferências e à possibilidade de incriminações duplas. Para estabelecer disciplina neste campo, o Conselho da Europa elaborou um projeto de Convenção sobre transferência de procedimento penais. A convenção usa um sistema flexível de obrigações de instauração do procedimento penal e com isto dá preferência à solução processual nos confrontos de um apanhado de critérios de prioridade substanciais dos Estados. O projeto, além disso,

estende às relacões entre os Estados contratantes o princípio fundamental "ne bis in idem", que até agora só colhia validade na ordem interna dos Estados, individualmente considerados. Importantes normas internacionais vigem, pois, neste campo, para a navegação marítima e aérea. O exercício da jurisdicão penal sobre navios em águas territoriais estrangeiras é regulado pelo art. 19 da Convenção de Genebra sobre mar territorial, de 29 de abril de 1958. Segundo esta Convenção, a jurisdição penal do Estado costeiro e a do Estado da bandeira da embarcação subsistem individual e paralelamente, mas a jurisdição do Estado da bandeira prevalecerá se o Estado costeiro não foi imediatamente lesionado em seus interesses pelo fato criminoso. Em outra hipótese regulada convencionalmente, ao lado do princípio da bandeira intervém o princípio da nacionalidade do agente: com base no art. 11 da Convenção de Genebra sobre alto mar, da mesma data da precedente, no caso de colisão entre navios os responsáveis podem ser perseguidos somente pelo Estado da bandeira ou pelo Estado de que sejam cidadãos os responsáveis (e isto contra a decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional no caso "Lotus", de 1926, fundamental para a sua época). A jurisdição penal para fatos cometidos a bordo de aeronaves no sentido do princípio do concurso, é regulada pela Convenção de Tóquio, de 4 de setembro de 1963 sobre ações puníveis e sobre outras determinadas ações realizadas a bordo de aviões. Nesta Convenção, contudo, estabeleceu-se para o Estado da bandeira a obrigação de perseguir os autores do fato, enquanto responsável pela ordem e segurança a bordo de seus aviões.

4. A questão do limite do poder punitivo com respeito a fatos com elementos estrangeiros, deve ser diferente daquela do âmbito da jurisdição penal interna. Geralmente poder punitivo e jurisdição penal coincidem, já que cada Estado deve tender a fazer exercitar o próprio poder punitivo pelos próprios órgãos, sendo cada Estado internacionalmente responsável pela manutenção da ordem pública na área da própria soberania. Há, entretanto, não poucos casos nos quais determinadas pessoas ou procedimentos são subtraídos, com base em normas do direito internacional consuetudinário ou convencional, à jurisdição penal nacional, não obstante subsistisse per se o poder punitivo do Estado em questão. Isto vale sobretudo para os agentes diplomáticos estrangeiros. A imunidade diplomática e consular da jurisdição penal estrangeira foi regulada novamente pela Convenção de Viena sobre relações diplomáticas, de 18 de abril de 1961 e pela Convenção de Viena sobre relações consulares, de 24 de abril de 1963. A propósito de imunidades devem mencionar-se também os chefes de Estados estrangeiros, os funcionários superiores das organizações internacionais, os representantes dos Estados junto a estas organizações ou junto a conferências e congressos internacionais. Uma importância prática de todo particular tem o regulamento da jurisdição penal

para as tropas estacionadas em países estrangeiros. No âmbito da NATO a questão encontra solução no art. VII do *Estatuto das Tropas* NATO, de 19 de junho de 1951, onde é regulada segundo o princípio do concurso, com certas prioridades.

- II. A extradição e a assistência judiciária internacional nos procedimentos penais.
- 1. O polo oposto do direito penal internacional, no sentido em que ora o tratamos, é dado pela extradição. Enquanto o direito penal internacional disciplina a delimitação do poder punitivo do Estado, nos confrontos de fatos com elementos estrangeiros, a extradição permite que a autoridade do Estado em cujo território se encontra o autor de um crime confie esta pessoa às autoridades de um outro Estado para o fim do procedimento ou da execução penal. Enquanto um dever de extradição do Estado nos confrontos de países estrangeiros surge somente dos tratados, o direito do Estado à extradição nos confrontos do autor de um crime baseia-se no próprio direito interno. A extradicão é ainda bastante disciplinada de um modo muito formalístico e esquemático: a disciplina é dominada por um rígido conceito de soberania e frequentemente trata o sujeito incriminado como objeto de negócios de troca entre os Estados. Por esta razão, o décimo Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Roma no ano de 1969, com base em dois colóquios preparatórios de Friburgo e Siracusa, manifestou importantes solicitações pela reforma da disciplina jurídica da extradição. Foi assim proposto, por exemplo: a extradição deve ser consentida mesmo independentemente da existência de um tratado. A condição de reciprocidade como uma regra rígida deve ser abolida. O pressuposto da punibilidade do fato em ambos os Estados deve ser em princípio mantido, mas o Estado requerido deve poder subtrair-se a esta condição. A viabilidade da instauração de procedimento sobre o fato em ambos os países (anistia, prescrição) deve cair como pressuposto da extradição nos limites em que a ação não cai ainda sob o poder punitivo primário do Estado requerido. O princípio da não extradição em razão do caráter político dos delitos deve ser limitado onde se trata de crimes contra a humanidade e de crimes de guerra. A extradição deve poder ser recusada ainda ali onde se teme que o processo penal não satisfaça as exigências mínimas de um Estado de direito. Os Estados que não concedem a extradição dos próprios cidadãos, como em geral é o caso do continente europeu, devem ser obrigados a instituir um próprio processo sob pedido do Estado requerente. Os Estados devem, enfim, limitar-se ao exame formal dos pressupostos da extradição e não devem desenvolver um procedimento próprio probatório para examinar a culpa do acusado (denegação do reexame do mérito).

- 2. Estas exigências do Congresso de Roma já estão sendo amplamente consideradas em recentes projetos de lei e em recentes tratados. Assim, o "Projeto da nova lei alemã sobre a extradição". em acordo com outras leis européias sobre extradição, suprime o requisito da reciprocidade como condição da extradição. Neste projeto, o princípio da punibilidade em ambos os países vem limitado; a viabilidade do procedimento penal em ambos vem colocada ainda apenas no caso da prescrição e só no pressuposto do poder punitivo concorrente de ambos os Estados. A Convenção européia sobre a extradição, de 13 de dezembro de 1957, reduz, por sua vez, o princípio da reciprocidade; além disso garante o direito de asilo, se houver motivos sérios para supor que a extradição, posto requerida em nome de uma ação punível baseada no direito comum, se refira a um acusado na realidade perseguido por motivos raciais, religiosos, nacionais ou políticos. Finalmente a Convenção européia sobre a assistência judiciária nos procedimentos penais, de 20 de abril de 1959, renuncia totalmente ao requisito na punibilidade do fato em ambos os países.
- 3. A colaboração dos Estados europeus no campo da política criminal internacional fez, entretanto, ulteriores progressos. Enquanto a extradição representa ainda e sempre o clássico meio da perseguição internacional aos crimes, após a segunda guerra mundial desenvolveram-se novas formas de colaboração jurídica internacional, as quais em parte substituem a extradição, em parte a integram. Estas novas formas são a avocação de um procedimento pendente ou iminente do exterior; a execução de sentença penal estrangeira e a vigilância de pessoas condenadas no exterior com suspensão condicional da pena. A avocação de um procedimento penal foi introduzida primeiramente no campo dos delitos de circulação estradal porque neste setor é evidente o significado prático de tal nova medida. A Convenção européia sobre perseguição das infrações contra as normas sobre circulação estradal, de 1964, funda um poder punitivo particular para os Estados contratantes e uma obrigação de assumirem o procedimento no caso em que os seus cidadãos cometam no estrangeiro um crime relativo à circulação estradal. Um significado ainda maior da avocação do procedimento penal terá o encargo da execução de sentencas estrangeiras. Um degrau preliminar para a exequibilidade de sentencas penais estrangeiras já está contido na Convenção européia sobre circulação estradal de 1964. Baseando-se nisto, no caso da circulação estradal, o Estado em que foi cometido o fato pode requerer ao Estado em que reside o agente, não somente que esse se encarregue do procedimento, mas também que execute uma sentença penal. A conclusão desta evolução foi constituída pela Convenção européia sobre validade internacional das sentenças penais, de 1970. A possibilidade da avocação da execução compreende, segundo esta Convenção, todas as sentenças penais estrangeiras que apliquem penas ou medidas de

segurança privativas da liberdade, penas pecuniárias ou estabeleçam interdição de direitos e licencas. Com maior razão aqui, o elemento decisivo é dado pela existência de um significativo elemento de união que deixe parecer mais oportuna a execução do juízo no Estado requerido porque o condenado tem aí sua residência ou permanece habitualmente, ou porque aí estão outras condições melhores para a desejável ressocialização. Uma terceira forma de colaboração integra as duas precendentes. Com base na Convenção européia sobre a vigilância de pessoas condenadas com a suspensão condicional da pena e postas em liberdade condicional, de 1964, o Estado em que foi pronunciada a condenação e que aplicou uma medida condicional (por exemplo suspensão condicional da pena, "probation", suspensão condicional do procedimento, liberdade condicional) pode requerer ao Estado em que resida o condenado, que esse assuma a vigilância do mesmo. No caso de revogação da suspensão condicional, o Estado em que foi pronunciada a sentença pode pedir ao Estado requerido também a execução da sentença penal; em suma, o Estado em que foi pronunciada a sentença pode transmitir, depois da pronúncia, todas as outras competências ao Estado de residência, de modo que este deve levar avante em nome próprio o procedimento até a sua conclusão. Isto significa o completo inserimento do procedimento e do acusado no ordenamento jurídico de um outro Estado para promover a ressocialização do condenado. A unidade do direito europeu e a tendência à unidade de todo o universo cultural encontra expressão de particular clareza nesta Convenção.

- III. Medidas penais para a proteção da paz, dos direitos do homem e de outros bens jurídicos supranacionais.
- 1. Passo agora a tratar brevemente da tutela penal da paz, dos direitos do homem e de outros bens jurídicos supranacionais. É este o campo que vem com frequência rotulado resumidamente sob o conceito de direito internacional penal. As normas penais para a proteção da paz são as que têm maior significado político. São algo de novo no direito penal internacional e até hoje não está totalmente esclarecido se tais normas propriamente existem. Não obstante os processos de Nuremberg e de Tóquio, dos anos de 1946 e 1948, o crime contra a paz, como objeto de norma penal aplicável contra os homens de Estado e os militares responsáveis pela alta política, permanece em discussão. Que seja reconhecida no direito internacional a punibilidade individual da guerra de agressão é mais do que duvidoso. É verdade que a Assembléia Geral das Nações Unidas "confirmou" os princípios fundamentais do Estatuto de Nuremberg e da sentenca de Nuremberg, com uma resolução de 11 de dezembro de 1946; mas, a Assembléia Geral não tem um próprio poder legislativo, e como prova da existência de uma norma consuetudinária internacional, a resolução po-

deria servir somente se houvesse outros elementos para sustentar que os Estados reconheceram um crime contra a paz como objeto de uma norma jurídica internacional. Mas é justamente isto que falta. O crime contra a paz foi acolhido, é verdade, pela Comissão do direito internacional da ONU no Projeto de Código dos delitos contra a paz e a segurança da humanidade, de 1954, mas até agora as instâncias competentes das Nações Unidas não alcançaram concordar sobre este projeto e, em particular, sobre o conceito de agressão que é considerado como preliminar. Isto não pode espantar se se perguntar por exemplo quem no Oriente Médio deve ser considerado como agressor.

Nestas circunstâncias devem ser consideradas com ceticismo as novas normas sobre atentados contra a paz contidas nos artigos 80 e 80a do Código Penal alemão com relação ao dever de determinação

posto no art. 103 inc. 2 da Constituição.

- b) A recente evolução acerca da viabilidade de perseguição aos "crimes de guerra" foi muito semelhante à da viabilidade de perseguição da guerra de agressão. Mas neste último setor está a notável diferença de que a perseguição dos crimes de guerra por parte do país inimigo baseava-se num antigo direito internacional consuetudinário, enquanto que a da guerra de agressão foi introduzida pela primeira vez em 1945. Por isso a definição das "infrações graves" contidas nas quatro Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, que constituem uma espécie de Código mínimo dos crimes de guerra, foi rapidamente afirmada a nível internacional. As "infrações graves" foram integradas pelas infrações contra a Convenção para proteção dos bens culturais em caso de conflito armado, de 14 de maio de 1954. Os Estados cumpriram, cada um de maneira diferente, a obrigação de promulgar as normas penais necessárias para a perseguição dos crimes de guerra. Na República Federal alemã essas normas penais foram elaboradas em projeto por uma Comissão mas ainda não entraram em vigor. Em 1968, a Assembléia Geral das Nações Unidas acolheu por maioria, mas com o voto contrário ou a abstenção de quase todos os Estados ocidentais, uma Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade que prevê uma abrogação completa e retroativa das normas sobre a prescricão para os crimes de guerra e para os crimes contra a humanidade. Mas isto está evidentemente em contraste com os princípios do estado de direito relativos à retroatividade das normas de direito penal.
- c) O conceito de crime contra a humanidade é novo como o do crime contra a paz somente em parte. A diferença está sobretudo no fato de que aqui o campo dos comportamentos puníveis coincide, em grande parte, com o direito penal existente, mesmo se a violação das regras mínimas da convivência humana representa um particular ponto de vista jurídico e criminológico. Também o crime contra a humanidade foi introduzido numa Convenção internacional vinculante. Trata-se aqui da Convenção sobre prevenção e sobre punição do ge-

nocídio, de 1948, para cuja aplicação igualmente os Estados, entre os quais a República Federal alemã, promulgaram normas penais. Além disso, pertence a este contexto a Convenção sobre a eliminação de toda forma de discriminação racial, de 21 de dezembro de 1965, a qual, porém, a par da Convenção de Genebra e da Convenção sobre genocídio, impõe somente uma obrigação para os Estados de incriminar, sem conter normas penais próprias.

- 2. O movimento internacional para a "tutela dos direitos do homem" através do direito internacional, foi muito além do limite dos crimes contra a humanidade. Este desenvolvimento se completou emboa parte fora do direito penal, mas teve consequências notáveis também para o mesmo direito penal. Assim, já a declaração geral dos direitos do homem, feita pelas Nações Unidas no ano de 1948, contém uma série de princípios que servem para realizar o estado de direito especialmente no campo do direito penal e processual. A declaração da ONU tem, entretanto, apenas um peso moral e não é em si mesma uma norma jurídica vinculante. A International Covenant on-Civil and Political Rights, de 19 de dezembro de 1966, ainda não está vigorando. Diferente é o caso da Convenção européia para a tutela dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, de 4 de novembro de 1950, que constitui matéria de direito internacional vinculante para os Estados, e que é considerada em certos países, entre os quaisa República Federal alemã, como direito de aplicação imediata. O artigo 3.º desta Convenção veta penas ou tratamentos desumanos ou humilhantes, o que tem importância sobretudo para o desenvolvimento do regime penitenciário. O artigo 7.º fixa o princípio da legalidade: para os crimes e para as penas. Ainda mais marcantes são as consequências da Convenção sobre direitos do homem no processo penal. Aqui encontramos, no art. 3.º, a proibição da tortura, proibição que nos nossos tempos alcançou novamente uma triste atualidade. Tornaram-se normas de grande importância prática as do art. 5.º sobre a prisão preventiva, que levaram a uma vasta série de pronunciamentos por parte da Comissão européia e da Corte européia para direitos do homem. Deve ser lembrado, além disso, o importante artigo 6.0 da Convenção que fixa as condições mínimas de um "fair trial" europeu.
- 3. Outros bens jurídicos da comunidade internacional são expressamente reconhecidos em tratados internacionais, mas gozam de uma tutela bastante diferente por parte do direito penal. Para a "pirataria", vale, de tempos remotos, o princípio da universalidade, para tornar possível em qualquer parte a punição do hostis generis humani. Mas uma obrigação para os Estados de incriminar, posta pelo direito internacional, foi introduzida só recentemente. Assim, a Convenção sobre alto mar, de 29 de abril de 1958, contém a "repressão da pirataria em alto mar" como obrigação convencional dos Estados. Contra

a pirataria aérea existe agora a Convenção sobre a repressão de apoderamento ilegítimo de aviões, de 16 de dezembro de 1970, que impõe aos Estados o dever de estabelecer severas incriminações.

Além disso a Convenção compreende normas sobre direito penal internacional, que tornaram possível a perseguição aos autores do fato em qualquer lugar. A tutela da moeda é assegurada pela Convenção internacional pela luta contra a fabricação de moedas falsas, de 20 de abril de 1929, com uma obrigação de incriminação que trata a moeda nacional e a moeda estrangeira da mesma forma. Assim também a nova Convenção pela repressão e abolição do tráfico dos seres humanos e do aproveitamento da prostituição alheia, de 2 de dezembro de 1949, contém vastas obrigações de incriminações contra o tráfico de seres humanos e contra o aproveitamento da prostituição. Os correspondentes fatos típicos vêm em geral declarados delitos para os quais é possível a extradição e estabelece que os Estados contratantes recusem a extradição dos próprios cidadãos, devem garantir a avocação do procedimento segundo o princípio de nacionalidade do agente. A Convenção única sobre estupefacientes, de 30 de marco de 1961, impõe também aos Estados contratantes grandes obrigações de incriminações pelo abuso de estupefacientes, obrigações que alcançam até a requerer expressamente, para infrações graves, que cada Estado deva exercer seu próprio poder punitivo segundo o princípio do procedimento penal substitutivo. Das infrações contra bens culturais comuns, reguladas em tratados internacionais, faz parte, além disso, o comércio de publicações obscenas. A Convenção internacional pela luta contra a difusão e o comércio de publicações obscenas, de 12 de setembro de 1923, a qual recentemente foi denunciada pela Dinamarca, requer aos Estados contratantes a punição de todas as acões relacionadas. A Convenção parte, segundo os critérios tradicionais, do princípio de territorialidade, mas remete também ao princípio de nacionalidade do agente, e todavia só nos limites da legislação nacional, a fim de tornar possível a adesão de Estados que facam parte do âmbito jurídico anglo-americano, dado a seu conceito de poder punitivo limitado fundamentalmente ao próprio território.

IV. O Direito penal no âmbito das Comunidades européias.

A constituição das "Comunidades européias", a partir de 1951, fez surgir novos problemas de direito internacional penal. Também aqui se trata de bens jurídicos internacionais, cuja tutela é, todavia, garantida em parte por um poder sancionatório próprio das Comunidades, poder através do qual as comunidades se apresentam como portadoras de próprios direitos de soberania. Os tratados das comunidades européias não contêm normas penais. A tutela das comunidades e a garantia da aplicação de decisões dos órgãos comunitários, são possíveis por três procedimentos diferentes: em primeiro lugar,

o direito comunitário pode remeter ao direito penal nacional dos Estados-membros; em segundo lugar, as autoridades comunitárias vêm providas de uma própria autoridade sancionatória; em terceiro lugar, os órgãos comunitários podem impor aos Estados membros a promulgação de normas penais que servem à tutela da comunidade. Todos os três métodos encontram-se no direito europeu.

- 1. Uma remissão ao direito nacional dos Estados-membros está contida no art. 27 do Estatuto da Corte da Comunidade Econômica Européia e do EURATON, de 25 de marco de 1957. Baseado nisto, todo Estado-membro considera "o falso juramento de uma testemunha ou de um perito como uma ação criminosa cometida diante dos próprios tribunais competentes em matéria civil". Esta norma constitui direito imediatamente aplicável, e isto significa que as normas penais macionais sobre falso juramento entram diretamente em função. Isto deve acontecer, no âmbito da Comunidade econômica européia, sem levar em conta a cidadania do autor do fato nem o lugar onde este sucedeu. O art. 27 do Estatuto coloca, por isso, um princípio de territorialidade extensivo a toda a comunidade. O mesmo acontece, com base no art. 194 do Tratado da EURATOM, para a tutela penal dos deveres de segredo. Os Estados-membros devem perseguir penalmente todas as violações de tais deveres a partir das próprias normas penais sobre seguranca do Estado ou sobre violação de segredos profissionais. e isso sem levar em conta a nacionalidade do autor do fato ou do âmbito nacional no qual entra o lugar onde esse sucedeu. Pode-se ainda falar, neste caso, de um princípio de tutela extensivo à toda comunidade. De maneira um tanto diversa é regulada a remissão ao direito nacional dos Estados-membros, no art. 28, inc. 4.º, do Estatuto da Corte da Comunidade européia do carvão e do aco, de 18 de abril de 1951. No caso de declarações não verídicas de testemunhas ou peritos, a Corte pode dirigir-se ao Ministro da Justica do Estado ao qual pertença a testemunha ou o perito a fim de que se apliquem as penas previstas pelas leis nacionais. Esta norma toma então como base o princípio de nacionalidade do agente, e a remissão é portanto limitada ao direito penal do Estado-membro ao qual pertence o autor do fato. Esta matéria apresenta uma grave falha no caso da testemunha ou do perito não serem cidadãos de algum dos Estadosmembros.
- 2. O meio mais idôneo para fazer respeitar as normas em matéria de política econômica e a decisão dos casos particulares pelos órgãos europeus é, naturalmente, uma autoridade sancionatória autônoma. Mas as autoridades européias não têm um próprio poder punitivo, mesmo se um tal poder pudesse, sem mais, vir juridicamente fundado. Entretanto, o Tratado sobre a instituição da Comunidade européia do carvão e do aço, de 1951, prevê em numerosas normas a aplicação de multas por parte da Alta Autoridade nos con confrontos de

empresas. O Tratado sobre a Comunidade econômica européia usou este meio de maneira muito mais parcimoniosa. Uma clara competência para aplicar multas está contida somente no art. 87, inciso 2.º. o qual conserva a proibição de limitações da concorrência e o abuso de uma posição dominante do mercado. Sobre esta competência baseia-se o art. 15 do regulamento n.º 17 do Conselho da Comunidade econômica européia, de 6 de fevereiro de 1962, que prevê multas elevadas pela violação do direito europeu sobre cartéis. Baseada nisto, com uma decisão de 16 de julho de 1969, a Comissão das Comunidades européias aplicou elevadas multas contra seis empresas participantes do cartel internacional do quinino. O recurso de anulação apresentado por três destas empresas contra tal decisão foi rejeitado pela Corte das Comunidades européias pela famosa sentenca de 15 de julho de 1970. A sentenca é interessante sobretudo pelo fato de declarar imprescritíveis os fatos puníveis, uma vez que o tratado não prevê um termo de prescrição. A Corte, de resto, não considerou possível uma aceitação das normas do direito nacional dos Estados-membros sobre a prescrição. Uma competência para aplicar multas se insere, além disso. no regulamento n.º 11 do Conselho, o qual se funda no art. 79, § 3.º. do Tratado sobre a Comunidade econômica européia, que se refere a eliminação de discriminações para as empresas de transporte. Não há aí tutela ulterior das Comunidades através de uma própria autoridade sancionatória.

3. Os órgãos das Comunidades européias podem, enfim, obrigar os Estados-membros, através de regulamentos ou diretrizes, a promulgarem normas sancionatórias adequadas. Ainda que estas normas permanecam direito nacional, valem também para essas, as normas do direito penal internacional do Estado em questão. Estas normas devem, por isso, ser elaboradas de modo a poder alcançar a sua finalidade, a poder abarcar infrações contra o direito comunitário independentemente da nacionalidade do autor do fato e da área nacional na qual está compreendido o lugar onde o fato ocorreu. Por ora, entretanto, isto não está estabelecido nos Estados-membros particulares. Assim, a nova lei alemã sobre contravenções de 1968, que constitui a base de todas as decisões relativas a multas aplicadas pelos órgãos administrativos, contém no § 4.º o princípio de territorialidade e não se fala, ali, de uma ampliação ao campo inteiro das Comunidades européias, ampliação que se revelaria indispensável para uma proteção mais eficaz dos bens das Comunidades. Segundo notícias nos jornais "a europeização" do direito penal econômico dos Estados-membros é iminente.

V. A jurisdição internacional em matéria penal.

A conclusão e o coroamento do direito internacional penal seria constituída pela instituição de uma jurisdição internacional em maté-

ria penal. Esta seria viável, por um lado, como portadora de um poder punitivo supraestatal, mas por outro, também, como instância de controle internacional para o exercício do poder punitivo por parte dos Estados.

- 1. A idéia de uma Corte internacional penal com um poder punitivo próprio remonta ao tempo da Sociedade das Nações, ainda que, na ilusória confianca na onipotência do direito e na entusiástica submissão a grandes projetos internacionais se pensasse, com tal instituição, formular uma contribuição determinante à tutela da paz e da segurança mundial. Depois da sentença de Nuremberg foi sobretudo o juiz francês professor Donnedieu de Vabres, de Paris, a esforcar-se pela instituição de uma Corte internacional penal permanente dotada de um poder punitivo próprio. A situação parecia, primeiramente, favorável a uma tal instituição, ainda mais que a Comissão pelo direito internacional da ONU, em 1950, pronunciou-se a seu favor. Duas comissões especiais da Assembléia Geral da ONU, em 1951 e 1953, elaboraram o Estatuto de uma Corte internacional penal, a qual, porém, não se tornou nunca realidade. As guerras de agressão, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade que se sucederam depois de Nuremberg e Tóquio, permanceram impunes; mas não teriam sido julgados pela Corte internacional penal, nem se essa existisse já que, por ora, os Estados não estão dispostos a ceder a uma tal Corte parte de seu poder punitivo. A transferência da autoridade punitiva nacional, por parte dos Estados contratantes, a um tribunal internacional, é dificilmente viável num mundo tomado por fortíssimas tensões e perigos e ainda menos se pode imaginar uma autoridade punitiva própria da Corte internacional de justiça porque isso pressuporia uma integração supraestatal de potências ciosas dos próprios poderes soberanos. A idéia de um tribunal internacional penal deve ser considerada por enquanto como uma utopia, que é embora seguida com energia pelo movimento internacional World Peace through Law.
- 2. O primeiro exemplo de uma instância jurisdicional internacional, possuidora do dever de controlar o exercício do poder punitivo nacional por parte das autoridades judiciais e nacionais foi constituído pela Comissão Européia e pela Corte européia pelos direitos do homem, que foram instituídas com a Convenção pela tutela dos direitos do homem e das liberdades fundamentais de 1950. Trata-se aqui da tutela internacional dos direitos fundamentais garantidos pela Convenção e ainda de muito mais do que a mera jurisdição penal. Todavia, esta esfera jurídica adquiriu importância na prática, sobretudo para o direito e o processo penal. O sistema de tutela jurídica, próprio da Convenção sobre os direitos do homem, é construído em dois graus. No primeiro grau estão os recursos dos Estados e os recursos individuais, sendo ambos tratados, em primeira instância, pela comissão pelos direitos do homem, formada por membros independen-

tes. Ambos os recursos são algo de novo no direito internacional: os recursos dos Estados o são pelo fato de que o Estado recorrente não tem necessidade de fazer valer uma lesão de direitos próprios para ser escutado, mas pode, ao contrário, recorrer mesmo pela tutela de direitos fundamentais, por eles mesmos; os recursos individuais são qualquer coisa de novo no direito internacional pelo fato de que com esses, pela primeira vez, é concedido aos indivíduos particulares um instrumento jurídico contra a violação dos direitos do homem para usar diante de uma instância internacional até contra o próprio Estado. Diante da Comissão há inicialmente um procedimento de conciliação. Se a conciliação amigável do conflito não tem êxito a questão entra no segundo grau do procedimento, no qual tornam-se operantes ou o Comitê de Ministros ou a Corte de Justica. O Comitê de Ministros decide com a maioria de dois tercos se a Convenção foi violada. Se for constatada a existência da violação, o Comitê de Ministros indica ao Estado em questão quais medidas serão necessárias para eliminar a situação contrária à Convenção. No caso de uma violação continuada dos direitos fundamentais, é prevista, segundo o art. 7.º do Estatuto do Conselho da Europa, a exclusão do Estado de que se trata, pelo Conselho. Dentro de três meses, a contar da apresentação do Relatório da Comissão ao Comitê de Ministros, a controvérsia pode ser levada também diante da Corte de Justiça. Para requerer perante a Corte de Justica são legitimados a Comissão e os Estados-membros, mas não os indivíduos particulares. A Corte de Justiça não tem o poder de cassar ou de modificar a decisão de um órgão de um Estadomembro. Pode, todavia, impor com uma sentença, ao Estado contratante, que elimine a situação contrária à Convenção no âmbito da própria legislação nacional; ou mesmo, quando não seja possível, por exemplo porque uma decisão transitou em julgado, de reparar ao menos o sujeito lesado. A Corte de Justica tomou até agora somente poucas decisões; estas têm, porém, um notável peso próprio no campo penalístico, sobretudo na questão da prisão preventiva.

O direito penal internacional é um campo onde domina o super-lativo. Pela concorrência do direito estadual, do direito internacional e do direito comunitário europeu de uma parte, do direito substancial, do direito processual e do ordenamento jurisdicional por outra parte, atinge o mais alto grau de complexidade técnica. Na questão dos limites ao poder punitivo estadual, irradia-se sobre todo o âmbito do direito penal. Com respeito à extradição, suas conexões tomam todo o globo. A extradição e a assistência judicial internacional são o principal instrumento da luta comum contra a criminalidade. Com a tutela dos supremos bens jurídicos e culturais da comunidade dos povos, o direito penal internacional contribui para a conservação da paz, da segurança e dos direitos do homem. No contexto do direito comunitário europeu, o direito internacional penal faz parte dos elementos construtivos voltados para o futuro de um novo ordenamento

de uma jurisdição penal internacional, chega até ao limiar do Estado que, pouco a pouco, supera os Estados nacionais. Com a instituição universal. O direito penal internacional é, enfim, de extrema atualidade, porque muito disso se encontra no estágio inicial de desenvolvimento: alguma coisa aspira a passar da utopia à realidade, mas no conjunto, isso tem o maior significado para o bem de um mundo ameaçado em sua existência por numerosos perigos.

ESPÉCIES DE DOLO E OUTROS ELEMENTOS SUBJETIVOS DO TIPO

JUAREZ TAVARES

1. Introdução

O dolo situa-se, na moderna estrutura finalista do delito, como constitutivo essencial da parte subjetiva do tipo de injusto. (1)

Esta sistematização resulta de se entender a ação integrante do tipo em seu momento dinâmico objetivo-subjetivo. A vontade determina-se, é verdade, de modo primário, pelas circunstâncias objetivas (realidade social), mas, por outro lado, a resposta humana (conduta) a uma situação não se determina tão-somente pelo dado objetivo momentâneo, senão também pelo seu processo ontogenético de aquisição (passado) e ainda pela função seletiva da atividade refletora da consciência (futuro) no sentido de conservar, alterar ou transformar a condição objetiva. (2) A esta conduta humana, dialeticamente determinada, de relevância social, regida pela vontade dirigida a um determinado resultado, é que chamamos de ação. (3) O tipo de injusto constitui-se, fundamentalmente, desta ação e, se houver, do resultado produzido. O dolo seria, em um dizer mais simples, a vontade diretora da ação típica ou, mais em detalhes, a consciência e vontade em relacão aos elementos objetivos pertencentes ao tipo. (4) A importância desta configuração decorre da exigência de se corresponderem as partes objetiva e subjetiva do tipo. É possível, entretanto, que, às vezes, em virtude de defeito de congruência decorrente do próprio tipo (tipos originariamente incongruentes) ou da forma de manifestação con-

chen Verantwortlichkeit, 1968, pág. 6 e segs.

(4) Cf. JESCHECK, Lehrbuch, pág. 197.

⁽¹⁾ Veja-se a respeito, particularmente, Maurach, Tratado de Derecho Penal, 1962, tradução espanhola de C. Roda, pág. 301 e segs., vol. 1.
(2) Cf. FÖLDVÁRI JÓZSEF, Die determinische Begründung der strafrechtli-

⁽³⁾ Veja-se a respeito de um conceito social de ação, Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts", A.T. 1969, pág. 152 e segs.

creta do delito, não se verifique esta correspondência. No primeiro caso, conforme haja supremacia ou da parte subjetiva ou da parte objetiva, ocorrerão, respectivamente, os chamados delitos de intenção ou tendência (com elementos subjetivos especiais) e os qualificados pelo resultado. Quando os tipos se apresentam originariamente congruentes, mas se a parte subjetiva ultrapassa a objetiva ou se a parte objetiva ultrapassa a subjetiva, apresentar-se-ão, respectivamente, as situações de tentativa e erro de tipo. (5)

2. Espécies de dolo

Partindo desta configuração sistemática do delito, pode-se obter uma melhor focalização do dolo e dos outrora chamados elementos sub-

jetivos do injusto.

As classificações anteriores quanto às espécies de dolo, devem reduzir-se, simplesmente, a duas categorias: dolo direto e dolo eventual. Não há mesmo razão científica alguma na apreciação de terminologia de dolo de ímpeto, (6) de dolo alternativo, dolo determinado, dolo indireto, dolo específico ou dolo genérico, que podem somente trazer confusão à matéria e que se enquadram ou entre os elementos subjetivos

do tipo ou nas duas espécies mencionadas. (7)

Para uma diferenciação destas duas espécies, é necessário um retrospecto ao conteúdo do dolo. Podemos compreendê-lo como constituído de duas partes: um elemento intelectivo e outro volitivo. O primeiro se refere ao conhecimento de todas as circunstâncias objetivas do tipo legal. Nesse momento figuram três situações distintas em relação às circunstâncias do tipo, conforme o autor efetivamente as represente, tome-as em consideração ou apenas tenha pensado nelas, correspondentemente a: a) elegê-las em objetivo final; b) tomá-las como meio para um outro objetivo; ou c) havê-las pensado como circunstâncias acompanhantes ao fato a ser realizado. (8)

Estas três posições correspondem, assim, a graus de intensidade da consciência e devem ser tomadas em consideração na determinação

da vontade delituosa.

O elemento volitivo pressupõe, primeiramente, uma vontade incondicional por parte do agente. (9) A dúvida acerca do querer ilide a consideração volitiva. Não há, evidentemente, dolo no exemplo da

(5) Sobre congruência e incongruência do tipo, veja-se MAURACH, ob. cit., pág. 273 e segs.

(7) A respeito da crítica à terminologia antiga, principalmente MAURACH,

ob. cit., pág. 313.

pessoa que, interpelada pela autoridade policial, saca de uma pistola, sem haver decidido se empregará a arma tão-somente para ameacar ou para disparar sobre seu desafeto. (10) Aqui não se falará de dolo alternativo, que pressupõe vontade certa no sentido das duas alternativas, estando pois o agente disposto, a qualquer preco, a matar ou a ameacar, já havendo se decidido por ambos. Além, entretanto, da incondicionalidade, deve o elemento volitivo dirigir-se à realização do tipo. (11) Vontade de realização não significa vontade de ambicionar ou de possuir alguma coisa, mas sim de realizar algo em concreto, que só pode ser tomado por base em relação ao tipo. Esta vontade pressupõe que o autor atribua a si mesmo uma possibilidade de influência concreta sobre o acontecimento real. (12) Assim, não há dolo, mas apenas desejo ou esperanca, no caso citado por WELZEL, da pessoa que manda seu adversário a um bosque, em meio a uma tempestade, desejando ou na esperança que seja atingido por um raio. (13) Mesmo se tal ocorrer inexistirá vontade de matar, pois esta não pode ser compreendida por uma simples esperanca. É o que se dá, nas mesmas proporções, com o caso do sobrinho, que interessado na morte da tia, a instiga a realizar uma viagem em uma estrada de ferro, onde poderá ocorrer um desastre fatal para a sua vida. Neste caso, fala-se, que não chegará a haver até mesmo a própria causalidade, segundo a teoria da causalidade adequada. (14) Mesmo admitindo-se, contudo, o nexo causal, com base na equivalência dos antecedentes, inexistirá o tipo penal, por ausência de dolo. Tudo o que se localiza assim, fora da possibilidade de influência concreta do agente, pode ser desejado ou esperado, mas não significa querer realizar. (15) Esta possibilidade de influência concreta, tomada em sentido positivo, é que dá ao aspecto volitivo um caráter realístico, afastando-o das meras especulacões abstratas. Entretanto, sendo o dolo um querer realizar, compreende nesta sua tarefa as categorias ditadas pelo seu elemento intelectivo. A vontade de realização, portanto, funde-se, numa unidade dialética, (16) aos graus de intensidade da consciência, do que resultam as três posicões assumidas com respeito à representação das circunstâncias típicas, com objetivo final, meio para o alcance de outros objetivos ou simplesmente consequências paralelas ou acompanhantes do fato. (17) Estas atuações intelectivo-volitivas originam as duas espécies de dolo conhecidas: dolo direto e dolo eventual, bem como darão

(14) Veja-se MAURACH, ob. cit., pág. 237.

(17) Cf. Welzel, ob. cit., pág. 63.

⁽⁶⁾ O dolo de impeto não constitui modalidade especial de dolo. Veja-se inclusive observação nesse sentido de Costa e Silva, Comentários ao Código Penal, reedição 1967, pág. 89 e segs.

 ⁽⁸⁾ Cr. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 1967, pág. 62.
 (9) Cr. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 1967, pág. 63.

⁽¹⁰⁾ Veja-se a respeito a observação de MAURACH, ob. cit., pág. 316.

⁽¹¹⁾ Cf. WELZEL, ob. cit., pág. 63.
(12) Cf. WELZEL, ob. cit., pág. 63.
(13) Cf. WELZEL, ob. cit., pág. 63.

⁽¹⁵⁾ Veja-se mais profundamente a análise de Welzel, ob. cit., pág. 63. (16) A respeito de uma tomada de posição dialética do dolo, consulte-se Helmut Mayer, Strafrecht, A. T., Studienbuch, pág. 117 e segs., 1967.

os elementos para diferençar esta última espécie da discutida culpa consciente.

3. Dolo direto

Diz-se que há dolo direto, quando a vontade de realização associa-se necessariamente à representação das circunstâncias típicas como objetivo final de sua ação, meio para a consecução de outros objetivos ou como conseqüências acompanhantes ao fato. Em outras palavras, conforme a precisão de MAURACH, atua com dolo direto quem representa como desejáveis ou como necessárias as conseqüências de seu obrar. (18) No dolo direto o agente quer o resultado típico ou toma-o como necessário para a consecução de outros propósitos ou como conseqüência necessária de sua atividade.

Referentemente ao objetivo final, elegido pelo autor dentro do tipo, a vontade possui uma direção primária e direta. O agente quer matar e atua neste sentido. O matar constitui seu objetivo. Neste aspecto é indiferente se o alcance do objetivo é tomado como certo ou somente como possível, por parte do autor. (19) Assim, quem, encontrando-se a uma determinada distância da vítima, dispara contra esta, com o fim de atingí-la, mas sem possuir a certeza de poder alcançá-la com o projetil de sua arma, atua, evidentemente, com dolo direto. (20) Como bem acrescenta Welzel, somente quando o resultado for tido como mero acaso, haverá uma substituição da vontade de realização por uma simples esperança de realização, o que descaracterizaria o dolo. (21)

Fala-se ainda de dolo direto de primeiro e segundo graus, segundo MEZGER, conforme o autor, respectivamente, deseje diretamente o resultado (elege-o, portanto, em objetivo final) ou apenas o tome como necessariamente vinculado aos meios ou ao fim. (22) Neste último aspecto a vontade não se dirige diretamente às circunstâncias típicas, mas toma-as como meios necessários ao alcance do objetivo final ou como consequências ligadas necessariamente ao emprego dos meios e ao alcance do fim. O que caracteriza esta situação é a representação da necessidade dos meios, entendida no sentido de estes se constituírem em fatores causais indispensáveis à obtenção do objetivo. (23) Tomados os meios como fatores causais necessários, está claro que pode acontecer de o agente nem desejar, primariamente, utilizá-los, porém, haverá, em qualquer caso, um liame subjetivo entre a repre-

(18) Cf. MAURACH, ob. cit., pág. 314.

sentação-vontade e o fato, caracterizador do dolo direto. A este respeito, bem esclarece MAURACH, com base na jurisprudência do Reichsgericht, que o fato de o autor desejar um resultado extratípico e reconhecer como necessário o resultado típico, estende a vontade da ação a este último, ainda quando seja tomado em consideração pelo sujeito de modo contrário à sua vontade, como algo inevitável. (24) Exemplo de ligação volitiva entre o querer um resultado extratípico e tomar como meio necessário o resultado típico, encontra-se no fato de o agente incendiar uma casa, que possui conjuntamente com outra pessoa, com o fim de indenização de seguro. Está claro que destruição da casa é meio necessário para o alcance do fim (seguro). O fato de o agente lamentar, inclusive, a sua destruição não ilide, pois, o dolo direto de dano.

À medida que se vai descendo na intensidade consciente da representação do autor, encontram-se tracos de ligação entre o dolo direto e o dolo eventual. É o que se dá com a vontade em relação a circunstâncias típicas como consequências acompanhantes do fato. Estas são registradas pelo autor apenas secundariamente em vista de sua vontade e na medida em que o autor as reconheça como parte integrante do complexo total de realização. (25) Estas circunstâncias ligam-se no processo de representação do agente, apenas quando este reconhece que, empregando os meios necessários ao alcance do objetivo, pode levá-las consigo, como efeitos paralelos ou independentes a este objetivo. Trata-se de caso diverso da tomada das circunstâncias típicas como meios necessários ao alcance do fim. Naquele há predominância do elemento volitivo: o agente quer o objetivo extratípico diretamente e para isto deve eleger os meios para alcançá-lo. Estes meios constituem fatores causais necessários ao alcance do fim e por isso deve o agente empregá-los, compreendendo-os indiretamente em sua vontade de realização. No caso em apreço, há predominância do elemento intelectivo: o agente ao empregar os meios, representativamente reconhece ou conta que as circunstâncias acompanhantes constituem parte integrante do emprego dos meios ou do alcance do fim. (26) A ligação necessária entre as consequências e o emprego dos meios ou o alcance do fim é que possibilita estender-se a elas a vontade de realização do autor. Referentemente à ligação necessária das consequências ao emprego dos meios, deve ser considerada como certa pelo autor a verificação destas consequências; no caso de ligação com o fim já basta a possibilidade de sua verificação, pois o alcance do fim pode ser tido somente como possível. (27)

Como exemplo de ligação necessária entre as consequências acompanhantes e o emprego dos meios ou o alcance do fim, situa-se o caso.

⁽¹⁹⁾ Cf. Welzel, ob. cit., pág. 63; também Jescheck, ob. cit., pág. 199. (20) Cf. Welzel, ob. cit., pág. 64; exigindo a probabilidade, Baumann, Strafrecht, A. T. 1965, pág. 376.

⁽²¹⁾ Cf. WEIZEL, ob. cit., pág. 64.

⁽²²⁾ Cf. MEZGER-BEI, Strafrecht, Studienbuch, 1965, pág. 173, vol. 1, A.T.

⁽²³⁾ Cf. WELZEL, ob. cit., pág. 64.

²⁴⁾ Cf. Maurach, ob. cit., pág. 314 e segs.

⁽²⁵⁾ Cf. WELZEL, ob. cit., pág. 64. (26) Cf. WELZEL, ob. cit., pág. 64.

⁽²⁷⁾ Cf. WELZEL, ob. cit., pág. 65.

referido por BINDING a respeito de Alexander Keith (Thomas), que colocara uma máquina infernal a bordo de um navio para que este afundasse depois de oito dias, entre Southampton e-New York, a fim de que ele recebesse o prêmio do seguro, apesar de contar como certa a morte das pessoas a bordo. Neste caso há, evidentemente, dolo direto em relação à morte das pessoas, embora este não fosse o objetivo do agente. (28)

4. Dolo eventual

Agir com dolo eventual significa que "o autor toma a realização do tipo seriamente como possível e com isto se conforma". (29)

O autor, neste caso, representa as consequências como possíveis de serem derivadas do emprego de meios ou do alcance do objetivo e se conforma com a sua verificação. A diferenciação com o dolo direto deve se dar, primeiramente, em que naquele, a associação representativa s fixa na certeza de que as consequências ligar-se-ão necessariamente aos meios ou ao fim, enquanto que neste, esta ligação se representa apenas como possível na mente do autor. O caráter de ligação necessária ou somente possível na mente do autor é que marca já, dentro do momento intelectivo, a linha divisória entre as duas espécies de dolo. Porém, ao representar como possível a verificação das consequências, pode o autor penetrar em duas situações distintas: a) contar ou conformar-se com o acontecimento, ou b) confiar na sua não verificação.

Na primeira (contar ou conformar-se com o acontecimento), a vontade de realização se caracteriza como dolo eventual. Na segunda. não há propriamente vontade de realização, sendo somente admitida a hipótese de culpa consciente. (30) Em forma concreta, segundo Welzel, devemos diferenciar nestas duas situações acima, dois grupos de casos, conforme o autor tenha a verificação das consequências em dependência da sua atividade ou independentemente desta. (31) No primeiro caso, pode o autor não atribuir a si mesmo qualquer chance de evitar o resultado, cuja verificação deixa ao acaso. Aqui haverá dolo eventual, porque a dependência da atividade futura é menosprezada conscientemente pelo autor, o que demonstra indiretamente uma vontade de realização, um conformar-se com o resultado. Ainda neste caso pode o autor confiar em poder evitar o resultado, através da condução de sua atividade, em razão de sua habilidade, presença de espírito, atenção ou cuidado. (32) Então atua o autor sem vontade de

realização, mas apenas com culpa consciente. Assim, no famoso caso citado por LACMANN: A aposta com B de que acertará numa bola de vidro colocada na mão de u'a moça, encarregada de segurá-la, usando de um rifle e sem produzir lesões de qualquer espécie. Se produzir lesões, há que se distinguir o fato em relação às regras apresentadas: se o autor confiou, através de sua habilidade (por estar seguro de si mesmo), de que poderia evitar o resultado. haverá somente culpa consciente; se, contudo, o autor, consciente de sua inabilidade, conta com a possibilidade de verificação das lesões (ou conforma-se com

esta possibilidade), haverá dolo eventual. (33)

No segundo grupo de casos, referido por WELZEL (o autor tem a verificação das consequências independentemente de sua atividade), o autor pode estar em dúvida quanto à constituição do objeto do fato, como pode estar consciente de não poder evitar as consequências futuras, através da condução adequada de sua atividade. Haverá dolo eventual se o autor contar com a verificação das circunstâncias (consequências) e culpa consciente se possui apenas dúvida remota em relação a estas. (34) Referentemente a estes dois casos, situam-se como exemplos os fatos citados por MEZGER: o autor quer subtrair uma coisa mas possui dúvida acerca de se lhe pertence ou não (se é, enfim, coisa alheia). Se ele conta com a possibilidade de a coisa não lhe pertencer, haverá dolo eventual; se possui, entretanto, apenas dúvida remota, haverá culpa consciente. Um rico proprietário rural mata com um disparo de fuzil um cervo situado além dos limites de sua propriedade reconhecendo como possível esta situação no momento de disparar: haverá dolo eventual se ele contou com esta possibilidade; culpa consciente se possuía dúvida remota em relação a ela. (35) Para esclarecer melhor a diferença ou os limites entre dúvida remota e "contar com as consequências", pode-se tomar por base o critério de MEZGER alicercado na probabilidade do acontecimento: se o autor pensa-o ou toma-o como possível, haverá dúvida remota e, consequentemente, culpa consciente; se, pelo contrário, toma-o como provável, conta com o resultado, havendo dolo eventual. (36)

Uma das questões mais difíceis do Direito Penal aparece, justamente, na diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, chegando mesmo Roxin, um dos maiores penalistas alemães, a afirmar que uma fixação conceitual neste terreno torna-se pouco possível de ser atendida. (37)

A tentativa de diferenciação teve lugar, primeiramente, através da elaboração de duas teorias que focalizavam o dolo, respectiva-

Cf. Maurach, ob. cit., pág. 318, vol. 1.

(36) Cf. MEZGER, Tratado, vol. II, pág. 163.

⁽²⁸⁾ Cf. BINDING, Normen, II, pág. 852; veja-se a respeito, ainda, BAU-MANN, ob. cit., pág. 377.

Cf. JESCHECK, ob. cit., pág. 201. Cf. Welzel, ob. cit., pág. 65.

Cf. Welzel, ob. cit. pág. 65.

Cf. WELZEL, ob. cit., pág. 65; veja-se, principalmente, MAURACH, ob. cit., pág. 221, vol. 2, sobre conceito preciso de culpa consciente.

⁽³⁴⁾ Cf. WELZEL, ob. cit., pág. 66. (35) Cf. Mezger, Tratado de Derecho Penal, tradução espanhola, 1949, vol. 2, págs. 163-165.

⁽³⁷⁾ Cf. ROXIN, Juristische Schulung, 1964, pág. 59.

mente, segundo o seu elemento intelectivo (teoria da probabilidade) ou volitivo (teoria do consentimento).

De acordo com a primeira, busca-se encontrar uma diferença relevante na consciência do fato, por parte do autor, capaz de estabelecer as fronteiras dolosas e culposas. (38) Assim, agiria com dolo eventual o autor que tomasse o fato como provável e não somente como possível. Como bem salienta SCHMIDTHÄUSER, esta teoria contraria os outros momentos do conceito corrente de dolo, pois pode exigir também este, quando o autor persegue um fim, cuja consecução é muito improvável (exemplo do tiro à distância, como dolo direto). (39) Porém, pode-se valer desta teoria, como o faz MEZGER, quando o acontecimento independe da condução da atividade futura do agente.

Nos moldes da segunda teoria, haverá dolo eventual, quando o agente, além de tomar o fato como possível. consente no resultado. Não se exige que o agente tome o fato como provável, bastando a possibilidade de conexão entre as consequências e o emprego dos meios ou o alcance do fim. Esta teoria apresenta algumas variações, segundo se exija que o autor "tolere o resultado", "esteja de acordo com ele" ou "assuma o risco de produzí-lo". Os Códigos brasileiros de 1940 e de 1969 adotaram esta última variante, que vinha consignada no projeto alemão da época do nazismo (40) e que, com variações, teve acolhida no Projeto de Alternativas (A.E.) para a reforma penal naquele país (1966). Esta última regra acarretou sérias divergências entre os autores. (41) que a abandonaram na recente lei alemã de reforma de 1969, por não esclarecer suficientemente o assunto. É evidente que a simples menção de "assumir o risco" não determina as fronteiras entre o dolo eventual e a culpa consciente. O projeto alemão de 1962, disciplinando a matéria, estabelece duas regras alternativas, de culpa consciente e dolo eventual, através das expressões "conformar-se com a possibilidade subsistente de realização do tipo" ou "confiar na sua não verificação", que devem ser entendidas como conceitos complementares, isto é, quem se conforma com a possibilidade de realização do tipo não confia na sua não verificação e vice-versa, mas somente se conforma com a possibilidade de realização do tipo quem não confia na sua não verificação. (42) O Código brasileiro de 1969 dispõe, mais ou menos nos mesmos moldes, com uma regra alternativa, ao definir o dolo eventual como assunção do risco do resultado e culpa consciente como previsão do resultado, em que o agente supõe levianamente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.

Seguindo a teoria do consentimento pode-se determinar o dolo eventual, segundo duas conhecidas fórmulas de FRANK. (43) A primeira, hoje quase que abandonada, estabelece que só se alcanca o conceito de dolo eventual, quando, além da previsão de tal resultado como certo. não houvesse se contraposto ao autor como um contramotivo decisivo (teoria hipotética do consentimento). A segunda fórmula, que pode esclarecer acerca da regra do Código brasileiro, indica que se o autor diz a si mesmo: "seja assim ou de outra forma, suceda isto ou aquilo, em qualquer forma atuo" haverá dolo eventual (teoria positiva do consentimento). Haveria, assim, culpa consciente, quando o autor, se soubesse que o resultado se produziria com certeza, não teria atuado. O que marca o dolo eventual para esta teoria é a posição do autor em relação à preferência da execução da ação perigosa, apesar de concorrer a possibilidade de produção do resultado. Contra a posição mantida por essa teoria é de se salientar, principalmente, a sua rigidez excessiva. Como bem esclarece Welzel, seguido por Jescheck e por MAURACH, essa teoria desconhece, justamente, que a vontade de realização (dolo) pode também relacionar-se com alguns resultados que o autor em nenhuma hipótese consente, mas até repele ou lamenta. (44) Isto se verifica mais claramente com os meios de ação e com as consequências acompanhantes previstas como possíveis, com as quais conta o autor. O famoso caso decidido pelo Supremo Tribunal alemão, sob n.º 7.363, seria enquadrado, no Direito brasileiro, como culpa consciente: dois ladrões pretendem roubar X depois de o haverem reduzido à incapacidade de resistência. Como meio para romperem a resistência de X, escolhem, primeiramente, uma correia que deveria ser colocada no pescoço da vítima. Como, entretanto, contassem com a possibilidade da morte de X, por estrangulamento, decidem abandonar este meio e utilizar um pequeno saco de areia, com o qual X deveria ser atordoado. Assim, conduzem, primeiramente, sua atividade. Seu objetivo é a bolsa da vítima, como a evitabilidade de sua morte. Quando, porém, o saco de areia não atordoa a vítima, os autores se voltam para o primeiro meio, afixando-o na garganta da vítima e deixando-o preso a uma fivela, enquanto roubam e empacotam suas coisas. Quando, porém, soltam a correia, X encontra-se morto. Segundo a regra do Direito brasileiro, de analisar, exclusivamente, o fato de modo isolado, haveria tão-só culpa consciente, pois os autores não assumiram o risco da morte de X, pois até a excluíram de seus planos, supondo que ela não ocorresse. Porém, como contaram anteriormente com a possibilidade da produção dessa morte, é certo que isto se liga à vontade de realização (dolo), pois ao mudarem de meio para alcancar o objetivo visado, tiveram como possível a produção das consequências, conforme seu plano anterior, conformando-se com isto.

⁽³⁸⁾ JESCHECK, ob. cit., pág. 203.

⁽³⁹⁾ Cf. Schmidhäuser, Strafrecht, A.T., 1970, ns. 10-94 e segs.

⁽⁴⁰⁾ Cf. Nelson Hungria, Comentários, 1958, vol. I, tomo II, pág. 121.

⁽⁴¹⁾ Cf. Crítica de JESCHECK, ob. cit., pág. 201.

⁽⁴²⁾ Cf. JESCHECK, ob. cit., pág. 202.

⁽⁴³⁾ Cf. Mezger, Tratado, pág. 160, vol. II.

⁽⁴⁴⁾ Cf. Welzel, ob. cit., pág. 66; Jescheck, ob. cit., pág. 203.

A melhor solução será dada, assim, dentro do caso concreto, devendo observar-se o complexo total de realização e não, simplesmente, o resultado típico de forma isolada, com base em regras rígidas. (45)

5. Espécies de dolo nos tipos penais.

O Código Penal Brasileiro equiparou, para efeito de igual tratamento, as duas espécies de dolo: dolo direto e dolo eventual. Há ocasiões, entretanto, que a lei exige um conhecimento mais certo por parte do autor das circunstâncias típicas, descartando, destarte, o dolo eventual e acolhendo, unicamente, o dolo direto. Tal ocorre, principalmente, quando o texto legal se refere a certas expressões como "com consciência", "conscientemente" ou "de que sabe", etc.

Além disso, embora o dolo eventual se equipare ao dolo direto, deve-se atender à diferenciação para a medida da pena, conforme, aliás, exigência do art. 42 do estatuto vigente e art. 52 do Código de 1969. A expressão ali contida acerca de "intensidade do dolo" só pode ser entendida em relação ao dolo direto e ao dolo eventual.

6. Elementos subjetivos do tipo

Ao lado do dolo, podem figurar nos tipos penais, outras séries de características psíquicas ou determinadas psiquicamente, que servem à estrutura ou fundamentam certos tipos agravados ou atenuados.

Estas figuras, que correspondem a uma tendência subjetivadora do legislador, vêm originar uma nova modalidade de sistematização do delito. Geralmente os autores as enquadram no setor da antijuridicidade, sob a denominação de "elementos subjetivos do injusto", (46) por considerá-las como pertencentes à caracterização do injusto de uma espécie de delito. Hoje são estes elementos estudados dentro do tipo, por razões sistemáticas e porque formam, de qualquer modo, a estrutura do tipo. (47) Contudo, as expressões "elementos subjetivos do tipo" e "elementos subjetivos do injusto" possuem o mesmo significado. Também deve ser salientado, como bem observa Jescheck, que nem todos os fatores psíquicos descritos como parte integrante de uma disposição penal constituem elementos subjetivos do tipo. Paralela-

(47) Cf. JESCHECK, ob. cit., pág. 212.

mente a estes há, ainda, os elementos da culpabilidade, que, às vezes, na prática, podem ser confundidos com aqueles. A diferenca entre eles se apresenta como questão árdua do Direito Penal e deve partir do conceito que se tenha do injusto e da culpabilidade. Segundo SCHWEI-KERT, (48) caracterizam a culpabilidade aqueles elementos que afetam a existência ou o grau de reprovabilidade, enquanto pertencem ao tipo os elementos ligados ao ânimo do autor. Mais claramente, pode-se reconhecer que para o injusto do fato, estes caracteres subjetivos serão somente determinantes quando caracterizam a vontade de agir do autor ou indicam a forma de comissão do fato ou o bem jurídico protegido, enquanto os elementos da culpabilidade serão aqueles que atingem mais profundamente a vontade do autor em relação aos seus motivos, indicativos de maior ou menor reprovabilidade. (49) A diferenciação tem grande importância no tratamento penal do inimputável. Se, por outro lado, é pacífica a admissão da vontade no inimputável, por outro seria, às vezes, de todo impróprio atribuir-lhe certas qualidades, que só dizem respeito à reprovabilidade do fato, como a boa ou má-fé, a torpeza e outros motivos.

Os elementos subjetivos do tipo, dizendo respeito à vontade do autor, dirigida a um fim determinado, previsto pelo tipo, englobam assim o antigo dolo específico.

Também é de se notar a diferença entre os genuínos elementos subjetivos do tipo e formas qualificadas de dolo. Por estas últimas entende-se uma série de delitos, nos quais o dolo deve ter em vista determinados fins, que não chegam a ultrapassá-lo, mas que se encontram dentro da área de sua extensão e devem ser por ele englobados. (50) Tal se verifica nos delitos em que o agente pratica duas ações materiais (uma serve de meio à outra) ou em que o agente pratica uma ação no sentido de que outra pessoa faça algo que aquele tem em vista. (51) No Direito brasileiro encontram-se entre outros exemplos de dolo qualificado, justamente nos crimes de denunciação caluniosa e constrangimento ilegal.

Praticamente, costuma-se classificar os elementos subjetivos do tipo em dois grupos: (52)

1. O primeiro compreende os chamados delitos de intenção, em que se exige do agente a persecução de um objetivo compreendido no tipo, isto é, referido no tipo, mas que ele não precisa alcançar pra-

⁽⁴⁵⁾ Cf. Maurach, ob. cit., pág. 318; também Mezger, Tratado, pág. 161, vol. II; entre nós, observa Aníbal Bruno, Direito Penal, vol. II, 1959, pág. 76, que, se da observação das circunstâncias do fato concreto, não se conduz seguramente a uma conclusão, e a dúvida se mantém a respeito da configuração do dolo eventual ou da culpa consciente, deve-se admitir a solução menos severa, que é a da culpa consciente (neste mesmo sentido veja-se Von Hippel, Deutsches Strafrecht, 1925-1930, vol. II, pág. 315).

⁽⁴⁶⁾ Veja-se, por exemplo, Mezger, Tratado, pág. 333, vol. I; no Brasil

segue a mesma orientação ANÍBAL BRUNO, ob. cit., vol. I, pág. 346.

⁽⁴⁸⁾ Cf. Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957, pag. 148.

⁽⁴⁹⁾ Cf. JESCHECK, ob. cit., pág. 214. (50) Cf. MAURACH, ob. cit., pág. 328.

⁽⁵¹⁾ Veja-se análise de Welzel a respeito, sob outro prisma, ob. cit., pág. 76. (52) Mezger e Jescheck compreendem, ainda, os delitos de expressão, entre

os grupos de elementos subjetivos do tipo. Esta colocação, entretanto, se nos parece difícil de ser atendida face às normas do Direito Brasileiro. Veja-se a respeito, Mezger, *Tratado*, vol. I, pág. 345, e Jescheck, ob. cit., pág. 215.

ticamente. O crime se consuma, desde logo, com a ação do agente. Aqui se situam os delitos que contenham expressões designativas de intenções especiais, como "para...", "com o fim de...", "em proveito...", etc.

2. O segundo grupo corresponde aos delitos de tendência, nos quais a ação do fato torna-se dominada através de uma direção de vontade do autor, que não possui correspondência integral no acontecimento objetivo. (53) A este grupo, entre outros, pertencem os delitos contra os costumes que, segundo sua natureza, exigem que a ação se desenvolva seguindo uma intenção sexual. (54)

O conhecimento destes elementos subjetivos do tipo se apresenta de particular importância prática no concurso de agentes e na ten-

tativa.

No caso de co-autoria devem ser atendidos por todos os co-autores. Para os partícipes ou instigadores basta que sejam atendidos pelo autor principal e que os mesmos tenham consciência disto. (55)

Na tentativa devem estar presentes em toda a sua extensão, pois o que falta neste caso é simplesmente a consumação do tipo objetivo.

(56)

Sendo, finalmente, tais elementos, assim como o dolo, parte do tipo, devem estar presentes quando se queira aplicar a um inimputável uma medida de segurança, pois sua ausência acarretaria desnaturação da figura típica e consequentemente do pressuposto da medida. (57)

CRIME PUTATIVO

RAPHAEL CIRIGLIANO F.º

1. — Importância do conceito. 2. — Conceito amplo. 3. — Conceito restrito. 4. — Erro de direito. 5. — Erro de fato. 6. — Crime de ensaio. 7. — Consequências do exato enquadramento. 8. — Apreciação da Súmula 145. 9. — Conclusões.

1. — Quando se observa que o crime putativo é um crime imaginário, sem existência real, compreende-se bem a reserva com que muitos autores examinam essa categoria conceitual, considerando-a uma "preziosità dotrinale" (MAGGIORE, Dir. Pen., 5.ª ed., v. I, p. 411). De qualquer maneira, porém, com maior ou menor atenção, a doutrina se detém diante do crime putativo, procurando dar-lhe um conceito preciso e confrontá-lo com o crime impossível. A divergência que logo se nota diz respeito à sua exata localização; alguns, como MAGGIORE, ASUA, SOLER, A. BRUNO, BASILEU GARCIA, J. FREDERICO MARQUES, tratam-no como capítulo do erro; outros o estudam como capítulo da tentativa (ANTOLISEI, MEZGER, MAURACH, WELZEL); outros ainda, como ausência do tipo (BELING).

Na verdade, não se pode desprezar o estudo do crime putativo, figura contemplada em textos legais (1) e, entre nós, prevista na Súmula do S.T.F. (n.º 145).

⁽⁵³⁾ Cf. Jescheck, ob. cit., pág. 215. (54) Cf. Jescheck, ob. cit., pág. 215; veja-se ainda Heleno Fragoso, Lições, vol. 2, pág. 495 e segs., 1962, admite o dolo específico nos crimes contra a liberdade sexual.

⁽⁵⁵⁾ Cf. JESCHECK, ob. cit., pág. 215. (56) Cf. JESCHECK, ob. cit., págs. 215-216.

^{.(57)} Cf. Jescheck, ob. cit., pág. 215

⁽¹⁾ Código Penal Italiano, art. 49: "Non é punibile chi commette un fatto non costituente reato, nella supposizione erronea che esso costituisca reato."

Código Penal Uruguaio, art. 8.º: "No se castiga el hecho juridicamente lúcito, cometido bajo la convicción de ser delictivo, ni el hecho delictuoso provocado por la autoridad para obtener su repressión. Queda el juez facultado en tales casos, para adoptar medidas de seguridad."

Código Penal Etiope (1957), art. 77: "No puede ser penado quien incluso obrando intencionalmente, ha creído por erro cometer una infracción punible, cuando su acción o su omisión no estaba sancionada por la ley penal."

2. — O crime putativo consiste numa errada suposição: o agente pensa estar praticando um crime, ou tê-lo praticado, quando, realmente, nenhum crime ocorre. Só existe na mente do seu autor, é crime imaginário, sem a menor correspondência no ordenamento jurídico vigente.

Muitos autores dão ao crime putativo um sentido amplo, de forma a abranger hipóteses de erro de direito e de erro de fato. (2) Alguns, explicitando o pensamento, relacionam três modalidades de crime putativo. Assim, por exemplo, N. HUNGRIA (3) que, seguindo de perto a lição de VALSECCHI, considera existir crime putativo:

a) — por erro de direito, quando o autor tem falsa idéia sobre a existência da norma penal; b) — por erro de fato, quando o agente se engana sobre o objeto específico do crime ou sobre a qualidade jurídica de um dos elementos que compõem o tipo e c) nos casos em que o agente é induzido, ardilosamente, a participar de um crime que não passa de mera encenação (hipótese de crime de ensaio ou de experiência).

Da mesma forma, distingue MANZINI (4) crime putativo por errônea suposição quanto à existência do crime (erro quanto à norma; erro quanto aos elementos constitutivos) e por errônea suposição quanto à possibilidade de consumação.

Em conceito assim tão amplo, ficará certamente incluída a tentativa impossível, como, aliás, admitem claramente os que seguem aquela orientação (5).

3. — Outra parte da doutrina — e a nosso ver, com mais acerto — tem entendimento diverso: limita o conceito de crime putativo à hipótese de erro de direito. Bem claros, a respeito, SOLER e MAGGIORE. Escreve o primeiro: "Los casos auténticos del delito putativo son aquellos en los cuales media un error acerca del contenido del derecho. El sujeto comete un error teórico y realiza una acción inocente, una acción que ningún tipo penal describe como ilícita en la crencia de realizar un delito." (Der. Pen. Argentino, 4.º ed., 1970, v.1, p. 411). Acentúa o segundo: "nel reato putativo il soggetto s'inganna sul diritto: si pone cioè il problema se il fatto sia vietato dalla legge e lo risolve, erroneamente, in senso afirmativo" (Ob. cit., v. 1, p. 411).

Numerosos são os autores que seguem esta orientação (ASUA, MEZGER, A. BRUNO), capaz de, entre outros efeitos, operar a distinção entre crime putativo e crime impossível.

4. — Um exame, mesmo superficial, que se faça da hipótese de crime putativo acolhida por todos, tenham dele conceito amplo ou restrito, mostrará que ali se encontra um erro de direito ao inverso.

Se existe a norma penal e o agente a desconhece, haverá, sem dúvida, um fato punível e a imposição de pena, porque error iuris nocet. É certo que tal princípio é largamente censurado, sob a alegação de chocar-se frontalmente com o princípio básico da culpabilidade. Tem-se pleiteado sua supressão, ou, pelo menos, que fique reduzido, exclusivamente, ao campo da norma penal. O erro de direito extra-penal, equiparado ao erro de fato essencial (6), teria relevância (error iuris non criminalis excusat). Mas também é certo que, no correr dos tempos, o princípio tem resistido às críticas, justificado por evidente razão prática de política criminal (7), como esclarece a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940.

No crime putativo, ocorre situação exatamente contrária: inexiste a norma penal, mas o agente assim não pensa e julga estar, com sua conduta, violando o ordenamento jurídico. Ora, enquanto vigorar o princípio da legalidade, que na estrutura do crime se traduz pelo requisito da tipicidade, um fato praticado naquela persuasão jamais poderá constituir crime. Só a lei tem o poder de incriminar condutas. O nullum crimen, por um lado, impede o arbítrio do julgador no recurso à analogia in malam partem e, por outro, prevalece sobre a imaginação do homem, negando valor ao crime putativo. O crime é sempre um fato concreto, real, jamais uma fantasia. O crime que o agente supõe existir não se adapta a qualquer tipo penal e, pois, é um caso de non reato, ou, como assinala Fragoso, o "caso mais evidente de ausência de tipicidade" (Conduta Punível, 1961, n.º 111).

Como se pode revelar esse erro de direito ao inverso? Em várias situações, animado sempre o agente da falsa idéia de ser criminoso seu procedimento, porque, como bem pondera ASUA, "el sujeto es más exigente que el ordenamiento jurídico" (Ob. cit., v. 6, p. 680).

Em primeiro lugar, apresenta-se o caso em que o agente julga existir o tipo legal e ele falta por completo. É a hipótese a que J. F. MARQUES chama de atipicidade total (8) e que pode ocorrer quando a lei jamais incriminou a ação, ou a incriminava, mas já não está em vigor.

Em segundo lugar, está o caso em que o agente julga ajustar sua conduta ao molde penal, que realmente existe, mas não satisfaz ela todos os elementos exigidos pela lei. É hipótese de atipicidade específica, ainda segundo J. F. MARQUES. Exemplos: supõe o agente

(8) Ob. cit., vol. 2.°, § 63:

⁽²⁾ BETTIOL, Dir. Penale (P. Gen.), 5.ª ed., pág. 407; PANNAIN, Man. Dir. Pen. (P. Gen.), 2.ª ed., n.º 130; ANTOLISEI, Man. Dir. Pen. (P. Gen.), 2.ª ed., n.º 130; ANTOLISEI, Man. Dir. Pen. (P. Gen.), 5.ª ed., n.º 166.

⁽³⁾ Coments. Código Penal, vol. 1, n.º 71. (4) Tratt. Diritto Penal e Italiano, 4.º ed., n.º 211; II.

⁽⁵⁾ N. HUNGRIA, ob. cit., loc. cit.; MANZINI, ob. cit., loc. cit..

⁽⁶⁾ CARRARA, Opuscoli, T. VIII, pág. 337.

⁽⁷⁾ MAGGIORE, ob. cit., vol. 1, pág. 403; ANTOLISEI, ob. cit., pág. 307; A. Bruno: "a verdadeira razão é de ordem prática, é uma necessidade política relacionada com a segurança social." (Direito Penal, 1.ª ed., I, pág. 494).

haver praticado sedução, embora seja a mulher maior de 18 anos; outro, apresentado por ASÚA, "el hombre que cree cometer adulterio por amar idealmente a la mujer de su amigo" (Ob. cit., v. 6.º, p. 680).

Vê-se configurar, em ambas as hipóteses, um erro de direito, pois o juízo do autor recai sobre a existência ou a extensão do tipo legal.

5. — Importa examinar a hipótese de erro de fato, ou melhor, de erro de fato ao inverso: equivoca-se o agente não quanto à existência ou alcance da norma penal, mas quanto à realidade exterior, isto é, quanto à matéria fática. Por exemplo: subtração de coisa própria, pensando ser alheia; ingestão de substância abortiva por mulher que não está grávida; relação sexual com a própria esposa, julgando ser outra mulher (9).

Da mesma forma, pode enganar-se o agente, supondo possuir a qualidade que em certos casos a lei exige na descrição do tipo (crimes próprios).

Ora, em todas essas hipóteses, ocorre, realmente, tentativa inidônea ou impossível (Cód. Pen., art. 14), que não se pode confundir com o crime putativo. Lembra MAGGIORE que ambos têem uma comum base psicológica — o erro — mas que isso não autoriza sua identificação (Ob. cit., v. cit., p. 412). MEZGER, depois de acentuar que a base conceitual do crime putativo está na esfera normativa e depois de lamentar a extensão desmedida que se lhe tem dado, gerando extraordinária confusão, diz que ele pode abranger a hipótese de tentativa, "cuando ésta no es punible en virtud de otras causas diversas de las raziones normativas" (Trat. Derecho Penal, trad. esp., 1 v. 2, p. 222).

Entre nós, também operam a distinção A. Bruno (10) e MAGA-LHÃES NORONHA (11).

Mesmo aqueles que concebem o crime putativo como um gênero e o crime impossível como uma de suas espécies, encontram diferenças entre ambos. Assim, por exemplo, J. FREDERICO MARQUES: "O crime impossível é espécie de que o delito putativo é o genus. Filia-se esta figura jurídico-penal ao crime putativo por erro de fato. Todavia, por circundar o ilícito punível e tangenciar o círculo onde se situam os bens e valores tutelados pelo Direito Penal, — há no crime impossível certa estrutura específica nos quadros do crime putativo. Se o crime putativo por erro de direito é um verdadeiro não-crime, o delito impossível é um quase-crime" (Ob. cit., v. cit. § 93).

6. — Passemos agora à hipótese do crime de ensaio ou de experiência, que ocorre quando alguém é induzido, sugerido, animado (12) a praticar um delito para, naquele momento ser preso. Exige-se aí a figura do agente provocador (13), cujo objetivo único e exclusivo é surpreender o agente na prática delituosa.

O fato não é punível porque a vigilância policial impede a ofensa e tudo não passa — ou não deve passar (14) — de uma encenação: "o autor é protagonista inconsciente de uma comédia", como ensina N. HUNGRIA (Ob. cit., vol. 1.º, p. 279).

Deve ficar bem esclarecida uma situação distinta: a polícia intervém, porque previamente avisada, e impede a consumação do delito, tramado e iniciado pelo agente, por iniciativa própria, sem qualquer interferência estranha. Neste caso, tem-se entendido, com evidente acerto, ocorrer tentativa punível ou até crime já consumado, situação diversa do crime de ensaio. Veja-se a observação de N. Hungria: "Já não há falar em crime putativo, quando, sem ter sido artificialmente provocada, mas previamente conhecida a iniciativa dolosa do agente, a este apenas se dá o ensejo de agir, tomadas as devidas precauções. Em tal caso, se se trata de crime formal ou de mero perigo, este se integra em todos os elementos de sua definição legal; e se se trata de crime material (subordinado o summatum opus à condição de efetividade do dano) haverá apenas tentativa, posto que o dano não possa verificar-se precisamente devido à prévia ciência e vigilância de outrem." (Ob. cit., v. 1.º, p. 280).

Outra não é a lição da jurisprudência (16).

anima a prática de crime que a pessoa não quer cometer" (Idem, Rev. Trib. n. 249/81).

(13) "... colui che induce altri al reato, per coglierlo in fatto e arrestarlo nell'iter ciminis" (BATTAGLINI, ob. cit., pág. 426).

"... individuo che, fingendo di essere d'accordo con altre persone le provoca un'azione delituosa per farle cadire nelle mani della polizia" (Antolisei, ob. cit., págs. 421 e seguintes).

"... instigación a cometer un delito sin proposito de que el individuo llegue a consumarlo, con el solo fin de que sea penado (por venganza, por recibir una recompensa, etc) constituye la actividad del llamado agente provocador." (C. CALON, Dir. Pen., 14.ª ed., vol. 1.º, pág. 624).

(16) "Habeas corpus denegado. Não há falar-se em crime putativo, sem

⁽⁹⁾ Este último exemplo, apresentado por vários autores, é considerado cômico por VANNINI, que o repete "a titolo di riposo mentale" (Il Problema Giuridico del Tentativo, 1952, pág. 93).

^{(10) &}quot;O crime impossível ou tentativa inidônea não se confunde com o crime putativo ou crime imaginário" (Ob. cit., vol. cit., pág. 631).

^{(11) &}quot;Diverso do crime impossível é o delito putativo, que alguns denominam imaginário. Só existe na imaginação do agente". (Direito Penal, 1959, vol. 1.º, n.º 78).

^{(12) &}quot;No flagrante preparado o agente não quer cometer o crime e o comete animado pelo provocador." (Ac. Trib. S. Paulo, 13-12-55 Rev. Trib. 246/77).

"O flagrante é preparado quando o agente da autoridade pública instiga,

⁽¹⁴⁾ Quid iuris se a vigilancia policial não consegue impedir a realização do crime? Embora largamente discutida na doutrina a responsabilidade do agente provocador, como esclarece Maggiore (ob. cit., vol. 1.º pág. 594), a melhor solução parece ser aquela preconizada entre nós por N. Hungria (ob. cit., vol. 1.º, n.º 119) e A. Bruno (ob. cit., t. 2.º, pág. 654): ou a conduta do agente foi culposa — e a este título responderá, caso o crime o permita — ou foi dolosa — e então responderá como co-autor do crime praticado pelo induzido ou incitado. Anote-se, a propósito, a dificuldade em admitir-se o dolo direto, que, realmente, não combina com a figura do agente provocador, tal como é conceituado.

Será o crime de experiência espécie do crime putativo? Não duvida N. Hungria em responder afirmativamente. Basileu Garcia considera que pode constituir crime impossível ou crime putativo, conforme as circunstâncias (ob. cit., v. cit., ps. 279/280). A. Bruno, entretanto, conclui por se tratar de crime impossível, dada a inidoneidade "no conjunto das circunstâncias, adrede preparadas, que eliminam a possibilidade de constituir-se o crime". (Ob. cit., v. cit., p. 507) (17) Também como crime impossível é tido por Asúa (Trat., v. 6.º, n.º 1819), Soler (ob. cit., v. 2., p. 215), Vannini (ob. cit., p. 81), Eduardo Correia (Dir. Criminal, Coimbra, 1968, v. 2.º, p. 233 nt. 1), Manoel Pedro Pimentel (Advocacia Crim. 1965, p. 134).

7. — A distinção entre crime putativo e crime impossível não constitui simples divagação doutrinária, como se poderia imaginar; pelo contrário, apresenta acentuado interesse prático. Basta notar que na segunda hipótese, pode o juiz aplicar medida de segurança (liberdade vigiada, Cód. Pen., arts. 14, 76, parágrafo único, n.º 94, III), se convencido (18) da periculosidade do agente e na hipótese de crime putativo não cabe qualquer sanção penal.

Compreende-se logo a diversidade de tratamento: o autor da tentativa impossível revela indiscutível intenção criminosa, que pode, em nova oportunidade, escolher um caminho idôneo à consumação do delito; ou autor do crime putativo, pelo contrário, revela escassa ou nenhuma periculosidade (19).

8. — O verbete 145 da Súmula do S.T.F., catalogado no índice como *crime putativo*, dispõe: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação."

A respeito, duas observações podemos logo fazer. A primeira é que os eminentes julgadores optaram pelo conceito amplo de crime putativo, alvo de várias críticas, como acima anotamos (n.º 5). A segunda é que os termos em que está redigido o verbete são demasiadamente dilatados, pois abrangem a hipótese de flagrante, haja ou

induzimento ou provocação pela autoridade, ou com o seu concurso". (Ac. Trib. G. B., 26-4-71, H. C. 26.289, Rev. Dir. MP. Guanabara, vol. 14/167).

(17) No mesmo sentido: ac. Trib. S. Paulo, 11-8-61, Rev. Trib. 322/412;

idem 16-6-67, Rev. Trib., 412/98.

não a interferência do agente provocador. Ora, como deixamos acentuado, é punível a tentativa se não atua o agente provocador. O aviso dado à polícia para impedir a consumação não desnatura a tentativa: a iniciativa criminosa foi do agente, sem qualquer induzimento ou sugestão. Inteiramente acertada, a nosso ver, a crítica que se faz ao aludido verbete, na sua redação atual (20). Aliás, por várias vezes, teve o Pretório Excelso que reduzir o alcance daquele verbete, recusando sua aplicação a casos em que não interviera qualquer agente provocador (21).

- 9. Das considerações ora feitas, podemos extrair, com segurança, as seguintes conclusões:
- a) há um conceito amplo e um conceito limitado de crime putativo;
- b) o conceito restrito, mais correto e preciso, permite distinguir o crime putativo do crime impossível;
- c) a Súmula 145 do S.T.F. tem redação muito extensa e deve ser interpretada restritamente.

(20) H. Fragoso, Jurisprudência Criminal, n.º8 5 e 6.

(21) "Limitando a polícia, apenas, a tomar as providências necessárias para surpreender o criminoso no ato da consumação do crime, não há falar em flagrante preparado" (RHC 49.159, DJU 25-2-72, pág. 756).

[&]quot;Não ocorre a nulidade do flagrante como se crime putativo fosse, se o funcionário exige peita para o ato de seu ofício e ao lhe ser entregue esta, a polícia avisada, realiza o flagrante." (Ac. Trib. GB., 5-10-61, Rev. For. 205/315).

⁽¹⁸⁾ É necessário que se positive tal requisito, pois, como esclarece A. BRUNO, "não se admite no caso presunção de perigosidade." (Ob. cit., t. 3.º, página 300).

^{(19) &}quot;Nell'ipotesi di tentativo impossibile può applicarsi all'autore di esso una misura di sicureza; nella ipotesi di reato putativo ciò non è possibile, perchè il fatto non riveste quel valore sintomatico di pericolosità sociale che giustifica, dal punto di vista della prevenzione specifica della criminalità, l'applicazione di un misura di sicurezza", (PANNAIN, ob. cit., pág. 207).

[&]quot;A Súmula n.º 145 é um pouco extensa demais. A polícia pode preparar o flagrante, desde que não haja induzimento por parte dela, sem que isso corresponda à nulidade do processo." (RHC 48.438, Rev. Trib. 432/399).

DELITO E REPARAÇÃO DO DANO, NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

MANOEL PEDRO PIMENTEL

1. Conceito de dano. 2. A reparação do dano decorrente do delito, no direito brasileiro. 3. O sistema atual. 4. A disciplina da reparação do dano ex-delicto no Anteprojeto do Código Civil Brasileiro. 5. Formas procedimentais previstas no Projeto do Código de Processo Civil e no Anteprojeto do Código de Processo Penal. 6. Os efeitos civis da sentença penal condenatória, no Anteprojeto do Código Civil Brasileiro. 7. Os efeitos civis da sentença penal absolutória, no mesmo Anteprojeto: a — quanto à inexistência material do fato; b — quanto às causas de exclusão da antijuridicidade; c — quanto às causas dirimentes; d — quanto à ausência de provas: I — da existência do fato: II — da existência do fato típico; III — da existência da autoria ou da co-autoria, e IV — ausência de provas suficientes para a condenação. 8. Contravenções e reparação do dano. 9. Conclusão.

1 — Conceito de dano.

Segundo lição de José Maria Stampa Braun, o delito pode ser definido como "o comportamento humano que a norma penal proíbe ou ordena, sancionando com uma pena quem o realizar ou se abstiver de realizá-lo". (1)

E, na conformidade do ensinamento de NELSON HUNGRIA, "todo crime produz um dano (real, efetivo) ou um perigo de dano (relevante possibilidade de dano, dano potencial), isto é, cria uma alteração do mundo externo que afeta a existência ou a segurança do bem ou interesse que a lei protege com a última ratio da sanção penal." (2)

(1) JOSÉ MARIA STAMPA BRAUN, Introducion a la Ciencia del Derecho Penal. Miñon. S.A., Valadolid, 1953, pág. 24

(2) NELSON HUNGRIA, Comentarios ao Código Penal, Ed. Rev. For., Rio

1949, vol. I, págs. 190/191.

CÂMARA LEAL o conceitua como "o efeito nocivo produzido por alguma coisa, determinando, em relação à pessoa que o sofre, alguma diminuição do seu bem-estar ou do seu patrimônio" ou, em síntese, "o prejuízo material ou moral sofrido por alguém". (3)

Tão antiga quanto a noção do dano é o entendimento de que o responsável pela prática de um delito, deve repará-lo. Vem do direito romano a regra et delicta et noxa caput seguuntur. (4)

2 — A reparação do dano decorrente do delito, no Direito brasileiro

Esta concepção é da tradição do direito brasileiro. Assim já dispunha o art. 21 do Código Criminal do Império: "O delingüente satisfará o dano que causar com o delito", enquanto que o art. 22 exigia: "a satisfação será sempre a mais completa possível".

Por isso, o Código de Processo Criminal de 1832 impunha ao juiz a formulação, ao Conselho de Sentença, da questão "se há lugar" à indenização?" (5)

A Lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841, revogou expressamente esses dispositivos, separando a matéria criminal da civil, e dispondo que a indenização deveria ser demandada no juízo cível. Mas, no seu art. 68, ressalvou expressamente: "Não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, e sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime".

Este dispositivo foi trasladado, com pequena alteração de redação, para o Código Civil vigente, em seu art. 1.525, in verbis: "A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime".

O Código Penal de 1890 não alterou o sistema, uma vez que, no art. 69, letra "b", impunha a "obrigação de indenizar o dano", mantendo o entendimento do diploma anterior e que veio ratificado pelo disposto no art. 159 do Código Civil, segundo o qual todo aquele que, "por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo, fica obrigado a reparar o dano".

⁽³⁾ ANTONIO LUIZ DA CÂMARA LEAL, Dos efeitos civis do julgamento criminal, Saraiva Ed., S. Paulo, 1930, pág. 31.

⁽⁴⁾ L. 1, § 18, depositi.

⁽⁵⁾ Art. 269, § 5.

Prevaleceu, portanto, o postulado de que "a ilicitude penal pressupõe sempre uma ilicitude extrapenal", na feliz expressão de Fre-DERICO MARQUES. (6)

3 — O sistema atual

Vige atualmente o mesmo princípio, deduzido da conjugação das normas codificadas do Direito Civil, do Direito Processual Penal e do Direito Processual Civil. Ensina o mesmo FREDERICO MARQUES que "a condenação, ao mesmo tempo que impõe a regra sancionadora da norma penal, declara que houve a prática de um ato ilícito e, consequentemente, de um ato que violou direito de outrem". (7)

Esta projeção dos efeitos da condenação penal no âmbito do direito privado decorre dos termos expressos do art. 74, I, do Código Penal vigente: "São efeitos da condenação: I, tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime". E, como já vimos, esta obrigação vem também definida no art. 159 do Código Civil.

Correspondente a estes dispositivos é a norma do art. 63 do Código de Processo Penal atual: "Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros".

No sistema atual, portanto, a obrigação de reparar o dano decorre, em princípio, da condenação criminal, e será demandada no juízo cível, onde não poderá ser novamente questionada a existência do fato, ou quem seja o seu autor, desde que já decididas tais questões no juízo criminal. A propósito, diz FREDERICO MARQUES que "a condenação penal é, assim, um fato jurídico que traz imanente a obrigação de indenizar". (8)

4 — A disciplina da reparação do dano ex-delicto no anteprojeto do Código Civil Brasileiro

Trata este Anteprojeto, nos arts. 187 a 189, dos atos ilícitos, alterando a redação do atual Código Civil, para incluir o dano causado a outrem, ainda que simplesmente moral, enquanto que a lei vigente somente se refere ao prejuízo, sem esta especificação.

Dispondo no art. 187 que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que simplesmente moral, comete ato ilícito", o Anteprojeto se manteve fiel à teoria da culpa, também chamada teoria da responsabilidade subjetiva. Entretanto, acolheu igualmente os postu-

lados da teoria da responsabilidade objetiva que, no dizer de WASH-INGTON DE BARROS MONTEIRO, "se apresenta sob duas faces no direito moderno, a teoria do risco e a teoria do dano objetivo". (9)

Noé Azevedo, com apoio em opinião erudita de Orozimbo Nonato, sustentava que os casos tidos como de responsabilidade objetiva, no Código Civil atual, eram na verdade exemplos de culpa "in vigilando" ou "in eligendo", com exceção da hipótese prevista no art. 1.519. (10)

A teoria do risco foi francamente acolhida, por exemplo, no art. 188 do Anteprojeto, que soa: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manúfestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelo bons costumes". Ou, ainda mais claramente, no art. 986, parágrafo único: "Todavia, haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, grande risco para os direitos de outrem, salvo se comprovando o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas". (Os grifos são nossos).

Agasalhou, também, a mesma teoria nos arts. 990 e 992, estatuindo este que "As pessoas indicadas nos ns. II e III do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos

atos praticados pelos terceiros ali referidos". (grifamos)

A teoria do dano objetivo encontrou guarida nos arts. 995, 996 e 997, que repetiram os dispositivos dos arts. 1.527, 1.528 e 1.529, com algumas modificações de redação. Mas, principalmente, tornou-se patente a opção do Anteprojeto, relativamente aos postulados desta teoria, quando estabeleceu expressamente, no art. 1.003, que "A indenização não se mede pela gravidade da culpa, mas pela extensão do dano", — grifo nosso — dispositivo que constitui novidade.

Relativamente aos efeitos civis da sentença penal, manteve-se o Anteprojeto na mesma linha do Código atual, inscrevendo no art. 986 a obrigação da reparação do dano causado por ato ilícito, e repetindo no art. 994, que "a responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime".

A matéria relativa à indenização é regulada nos arts. 1.033 e seguintes do Anteprojeto, com modificações de redação, sendo que a mais importante é a que já assinalamos acima, para acolher a teoria do dano objetivo. Claro está que o acolhimento da teoria da res-

⁽⁶⁾ JOSÉ FREDERICO MARQUES, Tratado de Direito Penal, Ed., Saraiva, S. Paulo, 1966, 2.ª ed., vol. III, pág. 290.

⁽⁷⁾ Op. loc. cit. (8) Op. cit., pág. 291.

⁽⁹⁾ WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, Curso de Direito Civil, Saraiva Ed., 6,2 ed., São Paulo, 1969, 5.º vol., pág. 415.

⁽¹⁰⁾ Noé Azevedo, Decisão do Juízo Criminal como coisa julgada quanto à ação civil, Emp. Gráf. "Rev. dos Tribs.", São Paulo, 1933, pág. 18.

ponsabilidade objetiva apenas pode ser entendido como válido no campo do cível, pois o Direito Penal exige, sempre, a demonstração da responsabilidade subjetiva (culpa sensu).

5 — Formas procedimentais previstas no projeto do Código de Processo Civil e no anteprojeto do Código de Processo Penal

Manteve o Código Penal de 1969, na sua linha mestra, a posição que afirma ser um dos efeitos da condenação "tornar certa a obrigação de reparar o dano resultante do crime". (Art. 91, n.º I). Paralelamente, o Projeto do Código de Processo Civil (11), inclui a sentença penal transitada em julgado entre os títulos executivos judiciais, estabelecendo no art. 596: "São títulos executivos judiciais: II — a sentença penal transitada em julgado, que torna certa a obrigação de o réu indenizar o dano resultante do crime". E, no art. 595, inscre ve: "Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial". Ficou, assim, resolvida a dúvida doutrinária: a sentença penal transitada em julgado é, em si mesma, título executório também civil, independentemente da condenação à reparação do dano.

Portanto, é a forma executiva direta eleita para a reparação do

dano ex-delicto, no juízo cível.

Inovação de relevo, todavia, trouxe o Anteprojeto do Código de Processo Penal, ao estabelecer, no art. 803, § 1.º, que "quando o juiz criminal exercer também a jurisdição civil, a execução far-se-á nos próprios autos da ação penal". Portanto, nas comarcas onde houver jurisdição cumulativa a execução se fará nos próprios autos da ação penal.

Pensamos que o novo sistema trará vantagens ,de acordo com os princípios da economia processual e da concentração, mas receiamos que, na prática, resultem alguns inconvenientes em virtude do acúmu-

lo das execuções criminal e civil nos mesmos autos.

O parágrafo 2.º desse artigo ressalva que "quando não ocorrer a hipótese prevista no parágrafo anterior, o ofendido poderá extrair carta de sentença, para executá-la no juízo cível". A carta de sentença funcionará como título executivo judicial, segundo a referida norma do Projeto do Código de Processo Civil.

6 — Os efeitos civis da sentença penal condenatória, no anteprojeto do Código Civil Brasileiro

Conforme ficou dito, a obrigação de indenizar, decorrente do ato ilícito, veio afirmada no art. 986 do Anteprojeto. E ficou mantida a mesma sistemática do Código Civil atual, quanto aos efeitos civis da sentença penal, projetando-se no juízo civil a decisão que resolver

(11) Projeto n.º 810-A, de 1972.

a respeito da existência do fato, ou quem seja o seu autor, ressalvada a independência da responsabilidade civil da responsabilidade criminal.

Relativamente à sentença penal condenatória, não são importantes as divergências. Afirmado, pelo juiz criminal, que o agente praticou ato ilícito incluído entre os delitos definidos em lei, a sentença condenatória projeta seus efeitos soberanamente na jurisdição civil; não se discutirá mais se o fato é criminoso e se o agente foi o seu autor. A propósito, ensina Washington de Barros Monteiro: "Efetivamente, repugna conceber que o Estado, em sua unidade, na repressão de um fato reputado como ofensivo da ordem social, decida soberanamente, por um de seus órgãos jurisdicionais, que esse fato constitui crime, que seu autor é passível de pena e o condene a sofrer o castigo legal; e que esse mesmo Estado, prosseguindo na repressão do fato antijurídico, venha a declarar, por outro ramo do Poder Judiciário, que ele não é delituoso, que é perfeitamente lícito, que não acarreta responsabilidade alguma para o seu autor, que não está assim adstrito ao dever de compor os danos a que deu causa. Chocante, ofensiva do prestígio da justica, seria essa contradição, pela qual o mesmo ato seria, a um tempo, justo e injusto, lícito e criminoso, irrepreensível e condenável, legítimo e punível".

E, prossegue o eminente autor: "no tocante à sentença condenatória proferida no crime, não há possibilidade de qualquer dúvida; o juiz criminal, para que possa lavrar condenação, terá que reconhecer o fato e quem seja o seu autor; nessas condições, a decisão proferida no crime terá irretorquivelmente decisiva influência no cível; onde houve prova de dolo ou culpa criminal, capaz de determinar condenação, transparece positivamente a responsabilidade civil de reparar o dano". (12)

Estas considerações doutrinárias correspondem à melhor orientação, seguida também pelo ilustre penalista Costa E Silva: "Quando, em processo criminal, se profere uma sentença condenatória, o primeiro efeito da condenação, passada em julgado, é, segundo o artigo supra, tornar certa a obrigação de indenizar. Essa obrigação tem sua origem no fato criminoso; mas a sentença condenatória, definitiva, torna-a insuscetível de nova discussão e apreciação. Nisso consiste a certeza a que a lei se refere". (13)

Firmou-se o Anteprojeto, portanto, nessa mesma linha que já vinha sendo seguida pelo Código Civil, mantendo o entendimento de que a sentença penal condenatória projeta soberanamente seus efeitos no juízo cível.

⁽¹²⁾ Op. cit., págs. 424/425. (13) A. J. DA COSTA E SILVA, Comentários ao Código Penal, Contasa Ed., 2.a ed., São Paulo. 1967. vol. I. pág. 276.

7 — Os efeitos civis da sentença penal absolutória, no mesmo anteprojeto

Repetiu o Anteprojeto, no art. 189, ipsis verbis, o disposto no art. 160 do Código Civil vigente. Portanto, os mesmos problemas atualmente existentes na doutrina prosseguirão sem uma solução legislativa final, quanto aos efeitos civis da sentença penal absolutória.

Esta a razão que nos levará a tecer algumas considerações preliminares a respeito do assunto e, depois, procurar as soluções ade-

quadas a cada um dos referidos problemas.

Duas foram as maneiras de encarar os efeitos civis da sentença penal absolutória, no direito brasileiro, conforme bem observou MI-GUEL REALE: "Apontam os tratadistas duas fases fundamentais distintas do Direito pátrio no que tange à determinação no cível da eficácia da sentença penal absolutória, por negativa do fato delituoso ou de autoria: o período que da lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841, cujo artigo se transladou para o art. 1.525 do Código Civil, vem até a promulgação do atual Código de Processo Penal; e o período surgido com as novas normas dos artigos 65 e 67 da Lei Processual vigente".

O advento da Lei n.º 261, em face da redação do seu artigo 68, permitiu o entendimento autorizado de João Monteiro e Azevedo MARQUES, sustentando que somente a sentença condenatória constituiria coisa julgada oponível no cível. Câmara Leal transcreve a lição de João Monteiro: "A indenização, em todos os casos, será pedida por ação civil. Não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, e sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se achem decididas no crime. Isto quer dizer que, quando no juízo criminal passar em julgado a sentença que condenou Pedro como autor do crime X, se no posterior juízo civil para satisfação do dano causado por este mesmo crime X, Pedro vier negando ou a existência. ou a autoria deste crime, o autor lhe oporá a coisa julgada para que não mais sejam aqueles pontos sujeitos à discussão. Dizemos a sentença que condenou, porque parece não mais suscetível de dúvida a opinião que não vê coisa julgada na sentença de absolvição, obtida no juízo criminal, sobre a ação civil de satisfação. Nem outra pode ser a interpretação gramatical ou lógica do nosso art. 68 da lei de 3 de dezembro, o consoante a doutrina dos mais abalizados especialistas da matéria. Quando as questões sobre a existência do fato e sobre quem seja o seu autor estejam decididas no crime, diz a lei, e isto só pode significar que o crime ficou provado e que é autor dele a pessoa condenada. Portanto, se o indiciado foi absolvido porque não se provou ou a existência do crime ou que fosse ele o autor, tal sentença não poderá ser oposta como coisa julgada no juízo civil para impedir a ação de satisfação. E óbvia é a razão: o fato pode ser verdadeiro e outra pessoa o seu autor, ou mesmo o acusado, mas sem o concurso das condições de imputabilidade criminal". (15)

A estas judiciosas considerações opôs-se Spencer Vampré, conforme relato também transcrito por Câmara Leal: "ninguém negará que quando, absolvido o réu no juízo criminal, se pretende demonstrar, no juízo civil, que ele é autor do fato, suscita-se a mesma questão que já foi decidida, e se questiona sobre a existência do fato ou a imputação do fato ao absolvido. — o que a sentença criminal já definitivamente resolvera. A razão que a João Monteiro parece "óbvia", segundo a nossa opinião, prova demais. A "possibilidade de ser verdadeiro o fato ou de ser outra pessoa o seu autor, ou mesmo o acusado, mas sem o concurso das condições de imputabilidade criminal" — tanto se aplica às sentenças absolutórias, como às condenatórias e, a ser admitida, permitiria que se questionasse sempre no cível sobre o fato e o seu agente, quer este tivesse sido absolvido, ou condenado". Tanto são possíveis as absolvições, como as condenações injustas, e sempre, no juízo civil, se aprecia a responsabilidade com critério e latitude diferentes das com que se apreciam no juízo criminal. Não. Não se pode, com João Monteiro, e com os que o apoiam, afirmar que as sentenças absolutórias nenhum efeito produzem no cível". (16)

Parece-nos que a lição de João Monteiro não foi bem compreendida. A leitura do texto transcrito não nos convence de que fora sua intenção negar qualquer ineficácia, quanto aos efeitos projetados no juízo civil, da sentença penal absolutória. A doutrina exposta pelo renomado mestre distinguia a sentença absolutória "porque não se provou ou a existência do crime ou que fosse ele o autor". E somente esta "não poderá ser oposta como coisa julgada no juízo civil para

impedir a ação de satisfação".

Interpretada, assim, restritamente, a opinião de João Monteiro pode ser conciliada com a de Clóvis Bevilaqua, apontada como oposta por Câmara Leal quando citou o ensinamento deste: "se a lei ordena que não se questione mais no civil sobre o fato e sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime, não nos é lícito distinguir entre sentença absolutória e condenatória. Se o fato é verdadeiro e outra pessoa seu autor, a sentença absolutória não cria obstáculo à ação penal, senão a respeito da pessoa inocentada. Mas, se o julgamento no crime absolveu, porque o fato não se tenha dado, o ingresso no juízo civil está absolutamente fechado. Se a absolvição, apenas, significa não ser o indiciado criminoso, por não se verificarem as condições de imputabilidade, afirma a existência do fato e reconhece o seu autor, e no civil não se vai

⁽¹⁴⁾ MIGUEL REALE, Nos quadrantes do Direito Positivo, Ed. Michalany, Ltda., São Paulo, 1960, 1.ª ed., pág. 381.

⁽¹⁵⁾ Op. cit., pág. 176.

⁽¹⁶⁾ Op. cit., pág. 179.

contestar o que a sentença criminal declarou ser verdade. É lícito, porém, exigir a indenização, porque não são reparáveis, somente, os prejuízos determinados por atos puníveis". (17)

Estas distinções aclaram o assunto. Casos há em que a sentença criminal absolutória projetará peremptoriamente seus efeitos no juízo civil. Em outros, porém, apesar de absolvido, ficará o réu sujeito

à demanda para a reparação do dano.

Versando o tema, e tendo em vista estas peculiaridades, MIGUEL REALE opinou: "Se a sentença declara apenas provável a inexistência do fato, e por tal motivo exclui a responsabilidade criminal do réu, é justo que se torne a produzir prova sobre o fato quando da apuração das responsabilidades civis. O mesmo acontecerá na hipótese de serem julgadas insuficientes as provas carreadas para o processo-crime: em tal caso não ocorre negativa do fato, mas suspensão do juízo sobre ele, em virtude de carência de elementos de convicção. Já se não pode chegar a idêntica conclusão quando a sentença, sopesando os elementos probatórios, e mesmo apontando possíveis dúvidas não deixa, no entanto, de concluir enunciando a convicção da existência do fato ou da autoria, na plenitude de seu peso lógico". (18)

Bastam estas observações para demonstrar a necessidade de examinar-se cada caso separadamente, a fim de verificar-se em quais deles a sentença penal absolutória se impõe categoricamente no juízo civil e em quais permanece aberta a discussão na demanda privada.

a — Quanto à existência material do fato. O art. 994 do Anteprojeto do Código Civil em exame abrigou a afirmativa de que "não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato" quando esta questão se achar decidida no crime.

A regra, portanto, é no sentido de fazer coisa julgada no cível a sentença absolutória que afirmou a inexistência material do fato. A questão não pode ser reaberta na esfera civil. Idêntica ressalva consta do art. 66 do Código de Processo Penal vigente: "Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato".

Vale dizer que, reconhecida categoricamente a inexistência ma-

terial do fato, a questão não pode ser reaberta no juízo civil.

Este entendimento prevalecerá no futuro, pois o Anteprojeto do Código do Processo Penal, no art. 806, trasladou o mesmo dispositivo no art. 66 da atual lei processual.

b — Quanto às causas de exclusão da antijuridicidade. — O art. 188 do Anteprojeto do Código Civil estatuiu: "Não constituem atos ilícitos: I — Os praticados em legítima defesa ou no exercício regu-

(17) Op. cit., pág. 178.(18) Op. cit., pág. 386.

Contemplam-se aqui as causas excludentes da antijuridicidade do ato, também chamadas justificativas. Nota-se a falta de uma, inserida no art. 19, n.º III, primeira parte, do Código Penal vigente, e considerada também no Código Penal de 1969, em seu art. 27, inciso III: o estrito cumprimento de dever legal.

Já se sustentou, todavia, à luz do dispositivo do Código Penal de 1940, e do atual Código Civil, cujo artigo 160 é idêntico ao art. 188 acima aludido, que o cumprimento de dever legal está compreendido na expressão "exercício regular de um direito reconhecido". Neste sentido é a opinião de Frederico Marquess "O próprio cumprimento de dever legal" não explícito no artigo 160, nele está contido, porquanto atua no exercício regular de um direito reconhecido aquele que pratica um ato "no estrito cumprimento de dever legal". (19)

E, como autor do Anteprojeto do Código de Processo Penal, o mesmo eminente jurista fez constar expressamente esta justificativa no art. 807, com a seguinte redação: "Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em legítima defesa, estado de necessidade excludente de crime, exercício regular de direito, ou estrito cumprimento do dever legal. Os efeitos civis de qualquer uma dessa excludentes penais ficam subordinados ao que dispuser a legislação de direito privado".

Esta ressalva final do dispositivo tem sua razão de ser. No âmbito do direito penal foi amplamente debatida a questão de se saber qual a extensão do reconhecimento de uma das causas de exclusão da antijuridicidade, pela sentença penal absolutória, quanto aos seus efeitos civis.

O fato é que, mesmo no atual Código de Processo Penal, segundo se vê do art. 65, o "estrito cumprimento de dever legal" já estava incluído entre as causas justificativas, suprindo, assim, o claro deixado pelo Código Civil no art. 160.

Caberá reparação do dano, se no juízo criminal se houver afirmado, a favor do réu, a procedência de uma das justificativas legais?

Frederico Marques responde pela negativa: "Coincidentes que são as duas áreas das causas excludentes da ilicitude, entendeu o legislador que a decisão do juiz penal sobre qualquer delas, reconhecendo-as como causa de absolvição do acusado, deve ser imutável para o juiz civil. Daí o preceito citado do art. 65, da lei processual". (20)

lar de um direito reconhecido. II — A deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único — Neste último caso, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo".

⁽¹⁹⁾ Op. cit., pág. 295.

⁽²⁰⁾ Op. cit., pág. 295.

MAGALHÃES NORONHA acolhe, em princípio, essa argumentação, mas pondera que "o ato penal lícito nem sempre o é fora desses domínios. No exemplo dado, se A, defendendo-se, não atingir seu agressor, mas um terceiro, por erro na execução (art. 53), responde civilmente para com o atingido, consoante o determina expressamente o art. 1.540 do Código Civil, mas tem ação regressiva contra aquele, que também lhe assiste, quando, dele se defendendo, danificar coisas de outrem, na forma do art. 1.520, parágrafo único". (21)

Em atitude de franca oposição à primeira negativa se encontra BASILEU GARCIA: "Em outras palavras: o art. 65 do Código de Processo Penal derrogou o Código Civil, nos arts. 1.519 e 1.540? Que sim, é a opinião de José de Aguiar Dias, autor do mais completo estudo sobre a responsabilidade civil já escrito em nosso país. E com pesar esse magistrado e escritor exterioriza a sua conclusão, pois lhe

parece profundamente censurável a diretriz tomada".

E prossegue o ilustre professor paulista: "Não percebemos, todavia, inconciliabilidade nos referidos preceitos da legislação privada em face do art. 65 do Código de Processo Penal, que não pode ter tido o intuito de contrastá-los. A linguagem de que a sentença penal absolutória por estado de necessidade, legítima defesa, etc., faz coisa julgada no cível, não tem outro efeito que o de enunciar a impossibilidade de reabrir-se, no setor civil, a discussão sobre a intercorrência dessas justificativas no caso concreto. Mas o legislador processual não dispôs — nem era sua missão fazê-lo — acerca de não caber ou caber, sempre ou às vezes, a indenização, em havendo alguma daquelas justificativas. A tal respeito, o Código de Processo pressupôs o Direito Civil e todas as suas distinções, como, aliás, é normal entender sempre que o antagonismo não seja indubitável". (22)

O que parece estar assentado na doutrina, portanto, é que as causas justificativas reconhecidas na sentença penal absolutória se impõem ao reconhecimento, também, do juiz civil, que não poderá negá-las. Todavia, o decreto absolutório, em tais casos, não veda a via civil para a reparação do dano estranho à própria ação legitimada. Os exemplos dados pelos mencionados autores, relativamente à legítima defesa real, quando é atingido terceiro, que não o agressor, mostra bem a hipótese em que a ação civil reparatória é cabível.

Também assim pensamos. Claro que o oficial de justiça, no cumprimento de dever legal, pode causar danos ao executar uma diligência, ferindo direitos alheios. Responderá por eles. O mesmo se dirá de um agente policial que, no exercício da função, venha a causar danos a uma casa comercial para prender um ladrão.

(21) E. MAGALHÃES NORONHA, Direito Penal, Saraiva Ed., 6.ª Ed., São Paulo, 1970, 1.º vol., pág. 307.

Como vimos, o Anteprojeto do Código de Processo Penal, no art. 807, parte final, dispôs: "Os efeitos civis de qualquer uma dessas excludentes penais ficam subordinados ao que dispuser a legislação de direito privado". Esta ressalva mostra que não são absolutos os efeitos civis da sentença penal absolutória, pelo reconhecimento de qualquer uma das justificativas, resolvendo-se, a partir da edição do novo estatuto processual penal, o tormentoso problema doutrinário.

Com maior dose de razão, excluem-se os casos de estado de necessidade excludentes de culpabilidade e a legítima defesa putativa. Em relação ao primeiro, o próprio art. 807 do Anteprojeto do Código de Processo Penal implicitamente o afastou, embora usando de linguagem pouco técnica. Ao enumerar as causas justificativas, referiuse ao "estado de necessidade excludente de crime" (o grifo é nosso), certamente para distinguí-lo do estado de necessidade excludente de culpabilidade.

Sabido, hoje, que o estado de necessidade pode ser reconhecido como causa excludente da antijuridicidade ou como excludente da culpabilidade, conforme bem o demonstrou MIGUEL REALE JÚNIOR em sua tese de doutoramento "Dos Estados de Necessidade".

Ora, ao falar em estado de necessidade excludente de crime, o Anteprojeto foi ambíguo, porque também deixa de ser crime o fato a que não se ajunta o requisito da culpabilidade, já que o conceito jurídico do crime inclui este elemento na definição de delito.

Mas, é certo que a exclusão da culpabilidade converte em dirimente a justificativa do estado de necessidade. O mesmo acontece relativamente à legítima defesa putativa, conforme sucintamente adverte MAGALHÃES NORONHA: "Não é necessário dizer que a legítima defesa não abrange a putativa, pois, como já se viu, ela não é justificativa, mas dirimente e para esta outros são os princípios, como se verá". (23)

No mesmo sentido, BASILEU GARCIA: "A referência não abrange a legítima defesa putativa, que é dirimente e, como tal, sujeita ao influxo de normas diferentes, conforme adiante veremos". (24)

c — Quanto às causas dirimentes. — O estado de necessidade excludente da culpabilidade, a legítima defesa putativa e as demais dirimentes previstas no Código Penal, nos arts. 17, 18, 22 e 24, quando reconhecidos na sentença penal absolutória, não impedem a propositura da ação cível. A doutrina é quase unânime nessa afirmativa e com boas razões. Relativamente ao reconhecimento da inimputabilidade do réu assenta MAGALHÃES NORONHA, opondo-se à opinião discordante de BASILEU GARCIA: "Não concordamos, pois, com BASILEU GARCIA, quando sustenta o contrário. Neste caso, não se nega a exis-

⁽²²⁾ BASILEU GARCIA, Instituições de Direito Penal, Max Limonad Ed., São Paulo, 1952, vol. I, tomo II, págs. 583/584.

²³⁾ Op. cit., pág. 307.

⁽²⁴⁾ Op. cit., pág. 582.

tência do fato, reconhecida no juízo penal, mas unicamente se verifica e confirma que a absolvição do acusado, por não existirem as condições de imputabilidade, não tem influência civil, porque é lícito exigir a indenização do acusado nessas circunstâncias, por não serem reparáveis somente os prejuízos determinados por atos puníveis. No mesmo sentido CLÓVIS BEVILAQUA". (25)

Portanto, somente quanto à parte da decisão que afirma a existência do fato e a autoria é que a sentença absolutória penal, pelo reconhecimento de causa dirimente, faz coisa julgada no cível. A reparação do dano, todavia, pode ser demandada, pois o efeito civil da absolvição, nesse caso, não impede o reconhecimento da obrigação de reparar.

d — Quanto à ausência de provas:

I — da existência do fato. — A falta de provas suficientes da existência do fato não se equipara à prova da inexistência do fato. A primeira pode autorizar a absolvição do acusado no juízo criminal, mas persiste a possibilidade de ser reaberta a discussão, integralmente, na instância civil.

Se provada a inexistência do fato, assim julgando o juiz criminal, a questão ficará preclusa, não admitindo nova disputa no juízo civil. Mas, se o caso for de absolvição nos termos do art. 386, n.º VI, do atual Código de Processo Penal, livre estará a via civil para a solução reparatória.

Observa-se, de passagem, que o Anteprojeto do Código de Processo Penal não repetiu a disciplina do art. 386 do atual estatuto processual que, na prática, funcionava como verdadeiro norteador do juiz, apontando as causas que autorizavam a absolvição do réu, além de exigir fossem elas explicitadas na sentenca.

II — da existência do fato típico. — Pode acontecer do juiz criminal decidir que o fato existiu, mas que não se subsume em nenhum tipo penal, deixando, por isso, de ser delituoso. A absolvição, com tal fundamento, não impede também a demanda civil. É o que ensina FREDERICO MARQUES: "o ato penalmente lícito pode ser civilmente ilícito. É o que sucede com os fatos não típicos que causam dano a alguém: embora se encontrem excluídos da órbita penal, eles dão causa à indenização civil, porquanto o Código Civil os considera ilícitos (artigo 159)". (26)

A sistemática do Anteprojeto do Código Civil adotou a mesma orientação vigente, resultando que seguirá sendo esta a doutrina acertada, tal como hoje é entendida.

Nesta mesma ordem de considerações lembra-se que também não vedam o acesso à via civil, para a reparação do dano, as sentenças

(25) Op. cit., págs. 308/309.

que, embora definitivas, deixam de impor pena ao réu, pelo reconhecimento de alguma causa especial de isenção. Tais decisões, comparadas por alguns autores às sentenças absolutórias, na verdade são condenatórias, implicando no julgamento de procedência da ação penal. Somente deixa-se de impor a pena ao réu que, entretanto, terá seu nome lançado no rol dos culpados, firmando-se antecedentes para fins de reincidência.

III — da existência da autoria ou da co-autoria. — Afirmado pela sentença penal absolutória que o réu não foi o autor do crime; que reconheceu ter existido, tal decisão projetará seus efeitos na instância civil, segundo o expresso dizer do art. 994 do Anteprojeto do Código Civil, da mesma forma que, à luz do art. 1.525 do vigente Código Civil é entendido. E essa decisão será soberana.

Todavia, a falta de provas suficientes para a afirmação da autoria, ou da co-autoria, embora autorize a absolvição do acusado; não impede a reabertura da questão no juízo civil, para os fins de reparação do dano.

Trata-se de uma situação em que o juiz criminal pronuncia o non liquet, à luz dos princípios da justiça penal, que exigem a certeza para a condenação, não bastando indícios. Todavia, na instância civil é possível a perquirição da autoria ou da co-autoria, indefinidas no juízo criminal por falta de provas.

IV — ausência de provas suficientes para a condenação. — Este último ítem é quase um resumo de todos os outros já analisados. A ausência de provas suficientes para a condenação implica no juízo de absolvição do réu, dadas as características do julgamento criminal. No entanto, nada impede que a instância civil busque os elementos de convição necessários para a imposição da reparação do dano, pois são bem outras as exigências para o reconhecimento da culpa na esfera civil.

Convém recordar, com MAGALHÃES NORONHA que "CARVALHO DOS SANTOS lembra que a decisão do Júri não impedirá a propositura da ação cível, pois, negando o primeiro quesito que engloba a existência do fato e a autoria, nunca se saberá qual das negativas os Jurados afirmaram, não ficando, pois, em boa hora, trancada a via civil". 27)

8 — Contravenções e reparação do dano

Consoante opinião sustentada por uma corrente doutrinária, os efeitos da condenação previstos no art. 74 do Código Penal não se aplicam às contravenções. Argumentam que, sendo o Direito penal subordinado ao princípio da reserva legal, não se incluiriam as contravenções no referido dispositivo porque, alí, há referência a crime, expressão que é diversa de contravenção.

⁽²⁶⁾ Op. cit., pág. 294.

⁽²⁷⁾ Op. cit., págs. 308.

Se a lei penal aludisse a *infração penal*, sustenta essa corrente, aí, sim, estariam incluídas as contravenções. Mas, tal não se deu. Referindo-se tão-somente a *crime*, inaplicáveis seriam os postulados do art. 74 do Código Penal às contravenções.

Contra essa opinião manifestou-se José DUARTE: "Dispõe o Código Penal, na Parte Geral, art. 74, aplicável às contravenções, pelo art. 1.º do dec.-lei n.º 3.688, que são efeitos da condenação: I — Tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante de crime". (28)

Para este insígne autor, o art. 1.º da Lei das Contravenções Penais, ao dispor que "aplicam-se às contravenções as regras gerais do Cód. Penal, sempre que a presente lei não disponha de modo diverso", resolveu inteiramente a questão. Sendo certo que a Lei das Contravenções Penais não se referiu à matéria, implicitamente é de se admitir que às contravenções se aplica a regra geral do art. 74 do Código Penal.

A verdade, porém, é que o interesse relativo a esta questão é escasso. A grande maioria das contravenções corresponde a infrações de mera conduta, em que não há vítima, pois inexiste ofensa material a ser considerada.

Por outro lado é de se recordar que a legislação civil que regula a espécie tornaria despicienda a discussão, pois a resolveu expressamente ao dispor que a reparação é obrigatória quando o dano decorrer de ato ilícito. Ora, a contravenção é ato ilícito, incluindo-se, portanto, na conceituação genérica do Código Civil. Assim sendo, se a conduta contravencional causar, eventualmente, dano, aplicar-se-á, em tudo e por tudo, a mesma disciplina relativa ao delito, no que diz respeito à reparação do dano no juízo civil.

9 — Conclusão

De todo o exposto neste trabalho, que demandou espaço maior do que pretendíamos inicialmente, dada a complexidade dos temas envolvidos, concluimos que o Anteprojeto do Código Civil Brasileiro não trouxe muitas novidades no seu contexto, quanto à reparação do dano ex-delicto. Sublinhamos que, a par das inovações relativas à adoção com maior destaque das teorias do risco e do dano objetivo, houve um esforçado empenho no sentido de aperfeiçoar os institutos respectivos, empenho esse que pode ser notado na redação mais técnica dos dispositivos legais, visando aprimorar sua conceituação.

No entanto, é preciso que se diga, o Anteprojeto deveria ter atentado com maior acuidade para a solução dos problemas doutrinários, suscitados pelas correntes que se degladiam a respeito dos efeitos ci-

vis da sentença absolutória penal, procurando encaminhar soluções concretas, que melhor caberiam nesse diploma legal específico.

A omissão pode ser explicada pela circunstância de vir a jurisprudência solucionando satisfatoriamente as questões surgidas e, também, pela razão de ser mais acesa a disputa entre os penalistas. Mas, a oportunidade seria bem aproveitada se ficassem definidas na lei as soluções julgadas mais corretas.

Observa-se, ainda, que, extranhamente, a inovação mais importante sobre a matéria foi dada pelo Anteprojeto do Código de Processo Penal, ao permitir a execução civil nos próprios autos da ação penal, quando o juiz acumule as jurisdições penal e civil. E, paralelamente, nota-se que o Projeto do Código de Processo Civil, ora em discussão no Congresso, silenciou inteiramente a esse respeito.

Finalmente, poderia o Anteprojeto atualizar alguns conceitos superados, tais como "ferimento" (arts. 1.009 e 1.011), "patrão" e "amo" (art. 991, n.º III), substituindo-se por outros que melhor se ajustariam à nossa época.

⁽²⁸⁾ José Duarte, Comentários à Lei das Contravenções Penais, Ed. Rev. For., Rio, 1944, pág. 224.

O CRIME DE CONCUSSÃO NO DIREITO COMUM E NO DIREITO MILITAR

ROBERTO LYRA

Consulta

O ilustre advogado Dr. Lino Machado Filho honrou-me com a seguinte consulta:

"A denúncia oferecida pelo Dr. Procurador Militar ao Dr. Juiz Auditor da 1.ª Auditoria do Exército da 1.ª C. J. M. contra P. P. de Q. e T. K. de M. integra a tipicidade do crime de concussão previsto no art. 305 do Código Penal Militar?"

Restituo as cópias e certidões que instruiram a consulta e passo a manifestar-me.

Parecer

- 1. Confronto entre o código comum e o código militar. 2. Concussão e fisco. 3. Concussão violenta e concussão fraudulenta. 4. Elemento objetivo. 5. Relação de causalidade. 6. Elemento subjetivo. 7. Sujeito ativo. 8. Sujeito passivo.9. Ausência de tipicidade.10. Crime impossível.
- 1. Confronto entre o código comum e o código militar. Como único sobrevivente da comissão elaboradora do código penal comum que serviu de base ao código penal militar em vigor, como ao de 1944, posso expor motivos de valor exegético. É que o crime sob o nomen iuris concussão tem as mesmas definições e posições nos dois diplomas vigentes. Difere apenas a cominação da multa. O objeto da tutela penal é, respectivamente, a administração pública e a administração militar.

Art. 316 — Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de asumí-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena — reclusão, de dois a oito anos, e multa, de dois cruzeiros novos a vinte cruzeiros novos.

Código Militar

Art. 305 — Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumí-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena — reclusão, de dois a oito anos.

- O Código comum reuniu no mesmo artigo os crimes de concussão (art. 316), excesso de exação (§ 1.º) e desvio (§ 2.º) e o militar incluiu os três no mesmo capítulo (III do título VII).
- 2. Concussão e fisco. A topografia sistemática dos preceitos corresponde a invariável elemento histórico. Em nosso Direito, o crime de concussão tipifica e tipificou sempre o ilícito fiscal penalmente relevante. Em regra, o sujeito passivo foi e é contribuinte como tal.

Código criminal de 1830:

SEÇÃO IV

Concussão

Art. 135 — Julgar-se-á cometido este crime:

1.º — Pelo empregado público, encarregado da arrecadação, cobrança, ou administração de quaisquer rendas, ou dinheiros públicos, ou da distribuição de algum imposto, que direta, ou indiretamente exigir ou fizer pagar aos contribuintes, o que souber não deverem:

Pena — de suspensão do emprego por seis meses a dois anos. No caso em que o emprevado público se aproprie do que assim tiver exigido, ou o exija para esse fim:

Penas — de perda do emprego; prisão por dois meses a quatro anos, e de multa de cinco a vinte por cento do que tiver exigido, ou feito pagar.

2.0 — Pelo que, para cobrar impostos, ou direitos legítimos, empregar voluntariamente contra os contribuintes meios mais gravosos, do que os prescritos nas leis; ou lhes fizer sofrer injustas vexações:

Penas — de suspensão do emprego por seis a dezoito meses; e as mais, em que incorrer pela vexação que tiver praticado.

O que, para cometer algum destes delitos, usar de força armada, além das penas estabelecidades, sofrerá mais a de prisão por três meses a dois anos.

3.º — Pelo que, tendo de fazer algum pagamento em razão do seu ofício, exigir por si, ou por outrem, ou consentir que outrem exija de quem o deve receber algum prêmio, gratificação, desconto, ou emolumento não determinado por lei:

Penas — de perda do emprego; prisão por dois meses a quatro anos, e de multa de cinco a vinte por cento do valor exigido, que restituirá si o tiver recebido.

4.º — Pelo que deixar de fazer pagamento, como, e quando dever por desempenho do seu ofício, a não ser por motivo justo:

Penas — de suspensão do emprego por um a três meses, e de multa de cinco a vinte por cento do que indevidamente deixar de pagar.

5.º — Pelo que, para cumprir o seu dever, exigir direta ou indiretamente, emolumento, ou prêmio não determinado por lei:

Penas — perda do emprego; prisão por dois meses a quatro anos, e de multa de cinco a vinte por cento do valor exigido, que restituirá, si o tiver recebido.

O que em qualquer dos casos mencionados nos números primeiro e segundo se figurar munido de ordem superior, que não tenha:

Penas — de prisão por seis meses a um ano, além das mais estabelecidas, em que incorrer.

Art. 136 — As pessoas particulares, encarregadas por arrendamento, ou por outro qualquer título, de cobrar, e administrar rendas, ou direitos, que cometerem algum dos crimes referidos no artigo antecedente, incorrerão nas mesmas penas, como si fossem empregados públicos".

Código de 1890:

Seção IV

Concussão

Art. 219 — Julgar-se-á cometido este crime:

§ 1.º — Pelo empregado público encarregado de arrecadação, cobrança ou administração de quaisquer rendas ou dinheiros públicos, ou da distribuição de algum imposto, que direta, ou indiretamente, exigir dos contribuintes, ou os obrigar a pagar o que souber não deverem:

Pena — de suspensão do emprego por três meses a um ano.

No caso em que o empregado público se aproprie do que assim tiver exigido, ou exija para esse fim:

Penas — de prisão celular por seis meses a um ano, multa igual ao triplo do que tiver exigido, ou feito pagar, e perda do emprego.

§ 2.º — Pelo que, para cobrar impostos, ou direitos legítimos, empregar voluntariamente contra os contribuintes meios mais gravosos do que se prescritos nas leis, ou os fizer sofrer injustas vexações:

Penas — de suspensão do emprego por seis meses a dois anos, além das mais em que incorrer pela vexação que tiver praticado.

Si, para cometer algum destes crimes, usar de força armada, além das penas estabelecidas, sofrerá mais a de prisão celular por três meses a um ano.

§ 3.º — Pelo que, arrogando-se dolosamente, ou simulando atribuição para fazer qualquer ato do emprego, aceitar oferecimento ou receber dádiva, direta ou indiretamente, para fazer ou deixar de fazer este ato:

Penas — de prisão celular por seis meses a um ano, perda do

emprego, e multa igual ao triplo do valor recebido.

Art. 220 — As pessoas particulares, encarregadas por arrendamento, arrematação, ou outro qualquer título de cobrar e administrar rendas ou direitos e que cometerem algum ou alguns dos crimes referidos nos artigos antecedentes, incorrerão nas mesmas penas".

3. Concussão violenta e concussão fraudulenta. Ao contrário da codificação italiana, a codificação brasileira comum e especial só incriminou a concussão violenta (concussão própria, de primeiro grau ou explícita) que tem por meio o constrangimento — exigência. Seria aplicar analogicamente a lei penal substantiva contra a Constituição e os códigos penais comum e militar (art. 1.º) punir a concussão fraudulenta (imprópria, de segundo grau ou implícita) que tem por meio o induzimento.

Os padrões italianos eram os de maior importância técnica, à época da elaboração do código penal comum vigente — pelo qual foram modelados, vimos, os códigos penais militares de 1944 e de 1969. Nós os consultamos sempre, como fez Batista Pereira, autor do código de 1890, em relação ao código Zanardelli. O fato de termos presente e influente o código Rocco, pela técnica e não pela política, evidencia o pensamento expresso na letra do art. 316 do código de 1940 de não incriminar a concussão fraudulenta. Mantivemos a tradição de independência dos codificadores brasileiros.

4. Elemento objetivo. O elemento objetivo do crime de concussão é a exigência, em razão da função, de vantagem indevida. Em razão da função, quer dizer de tarefa administrativa própria, da qual depende o objeto da exigência (metus publicae potestatis).

O art. yizinho (304) alude a cargo ou comissão e, no mesmo capítulo, o art. 307 refere-se a cargo ou função. No crime de concussão a ação dinamiza a efetividade funcional, imediata, direta decisória.

A exigência, em razão da função, há de dominar e determinar a vontade do sujeito passivo.

- 5. Relação de causalidade. O crime de concussão é comissivo e implica dupla relação de causalidade: 1.º entre a função e a exigência; 2.º entre a exigência e a vantagem (arts. 29 do código penal militar e 11 do código penal comum).
- 6. Elemento subjetivo. O sujeito ativo do crime de concussão, sabendo indevida a vantagem (cienter et libenter) quer ou assume o risco de produzir resultado específico (art. 33, n.º I do código penal militar e art. 15, n.º I do código penal comum).
- 7. Sujeito ativo. O sujeito ativo do crime de concussão é quem exerce função em si mesmo apta a produzir o efeito e propiciatória dele. A exigência pode ser indireta, mas a vantagem indevida destina-se ao ocupante da função favorecedora.
- 8. Sujeito passivo. O elemento histórico, a posição do preceito, sua capitulação, sua vizinhança positivam que o sujeito passivo é, em regra, contribuinte como tal.

O sujeito passivo é coagido à prestação para escapar a vexames e gravames que supõe inevitáveis de outro modo (certat de damno vitando). Proporciona a vantagem indevida sob coação.

9. Ausência de tipicidade. O código penal militar, como o código penal comum, não prevê a concussão fraudulenta (vide n.º 3). Da denúncia não resulta a configuração de crime de concussão violenta que depende de inflexíveis pressupostos, atributos e requisitos (n.ºs 4 a 8). Consta, expressamente, do teor oficial da acusação o reconhecimento de que se trata de "irregularidades". Estas foram punidas com o máximo rigor segundo imperativos éticos e disciplinares.

Os sujeitos passivos teriam sido enganados, mas, para o crime de concussão, é imprescindível a caracterização de violência ou grave ameaça. Não se cogita de crime contra o patrimônio e sim contra a administração. E esta não poderá ser atingida, à altura da proteção penal, por irregularidades. Para estas, funcionam sistemas sancionatórios correspondentes à gravidade de transgressões estatutárias, internas e peculiares.

10. Crime impossível. A administração militar, como objeto da tutela penal, não está em causa no caso da consulta. Seria impossível consumar-se o crime (arts. 3 e 2 do código penal militar e 14 do código penal comum). Ela nem foi, nem poderia ser vulnerada. Ninguém admitiria a eficácia de exigências de médicos pertencentes a equipe interdependente, como todo grupo, íntima e permanentemente conjugada e auxiliares, e dependente da administração de um hospital militar, por sua vez controlado por escalões administrativos até as mais altas hierarquias. E isto por vários meses. De 28 de julho de 1969 a 2 de dezembro de 1970, diz a denúncia.

Resposta:

A denúncia oferecida pela douta Procuradoria Militar não integra a tipicidade do crime de concussão previsto no art. 305 do Código Penal Militar.

TENTATIVA DE HOMICÍDIO. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. OUTROS ASPECTOS

ROBERTO LYRA

Consulta

Pergunta-se sobre a classificação do ilícito penal imputado a Eurico-Corrêa Feijó (processo n.º 638/1970, Comarca de Santa Maria Madalena, Estado do Rio de Janeiro). Antes da prova judicial e ante o contraditório constitucional foi apresentada a versão de crime tentado de homicídio.

Restituo o processo e os documentos que instruiram a consulta e passo a emitir meu parecer.

Parecer

- Crime tentado. 2. Crime tentado de homicídio. 3. O fato e a prova.
 Desistência voluntária. 5. Conclusão.
 - 1. Crime tentado. O art. 12 do Código Penal estabelece:

"Art. 12. Diz-se o crime:

I. consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

II. tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma, por circunstâncias alheias à vontade do agente".

Portanto, não há crime tentado (n.º II) sem o início da execução obediente a vontade dirigida ao resultado específico. Daí os requisitos:

- 1.º início da execução;
- 2.º vontade do agente;
- 3.º não consumação por circunstâncias alheias a essa vontade.

Atente-se na redação da lei: "circunstâncias alheias à vontade do agente"... O dispositivo alude à inconfundível e inflexível categoria psicológica — vontade. Por isso, repeli sempre a fecundação artificial do preceito pela interpretação e até pela aplicação para abranger o dolo eventual (assunção do risco).

A exposição de motivos (n.º 11, 5.º período) refere-se ao dolo eventual e até à culpa. Como membro da comissão responsável pela codificação e não pela exposição ministerial fico à vontade para a discordância. Prefaciando o livro de J. Nicanor de Almeida, Interpretação Autêntica das Leis Penaisem Vigor, Rio, 1954, escrevi: É conhecida a imagem de Radbruch: a lei é um navio que, em águas de porto, necessita de prático para, em mar livre, seguir rumo próprio pilotado por seu capitão. Por isso, a interpretação jurídica não repensa algo já pensado, mas pensa uma idéia até seu último extremo. Parte da interpretação filológica da lei para atravessá-la seguindo a rota marcada.

E rota, entre as tempestades, que são a rotina de nossa época.

É claro que não se pode suprimir o navio e sua bandeira — a idéia a extremar.

Solon, ao terminar sua obra legislativa, teria procurado o desterro voluntário. O legislador real, empírico, entregava o campo ao legislador ideal que vive na lei. Mas, não seria legislador ideal se operasse fora do campo.

Na verdade, Hobbes disse que legislador não é aquele por cuja autoridade fez-se a lei, mas aquele por cuja autoridade ela continua sendo lei. Radbruch não atribuiu ao filósofo um conceito anárquico, o que só se admitiria por desapreço a ambos.

Porquanto, manter a autoridade da lei é aplicá-la. E aplicá-la não podeser revogá-la acintosamente, pelo repúdio. Daí um conflito de que não poderiam cogitar os juristas: entre a lei — lei e a lei que está na mente do-"aplicador" absolutista.

Mesmo quando, excepcionalmente e, portanto, expressamente, o legislador (note-se, o legislador) autoriza a tarefa supletiva, é na *omissão* da lei e, ainda assim, obrigando-se o juiz a atender à anologia, aos costumes e aos princípios gerais do direito, na decisão *do caso* (art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil). Se autorizado (pela lei) a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador (art. 114 do Código de Processo-Civil). Somente então, legisla idealmente, por delegação peremptória e anômala. Aliás, o preceito precisa passar pelo "nihil obstat", dos constitucionalistas, senão dos civilistas substantivos...

- 2. Crime tentado de homicídio. Em face do art. 12, n.º II, do Código Penal, o crime tentado de homicílio tipifica-se pela rigorosa coexistência dos seguintes requisitos:
 - 1.º início da execução de um homicídio;
 - 2.º dolo específico direto;
- 3.º não consumação do homicídio por circunstâncias alheias à vontade do agente.

3. O fato e a prova. O prof. Heleno Fragoso, sempre agudo e preciso, além de singularmente autorizado, acentuou em parecer incluído na instrução da presente consulta:

> "A leitura dos autos revela que o acusado desfechou três tiros de revólver contra a vítima, causando-lhe as lesões descritas no auto de exame de corpo de delito de fls. 39. Não houve morte. Verificouse que sua arma era um revólver de calibre 32, apresentando cinco cápsulas, uma das quais intacta (fls. 19 e 83). Após haver atingido a vítima, e tendo-a à sua mercê, o acusado tirou-lhe a arma que portava e que era um revólver "Taurus", calíbre 38, com cinco cápsulas no tambor, uma das quais deflagrada (fls. 20 e 81).

> Não há dúvida de que o acusado e a vítima discutiram, empunhando cada qual a sua arma, e que um segurou, com a mão livre, a arma do outro. Nessa situação, o acusado alvejou a vítima que, ao que tudo indica, estava alcoolizada. Tendo-a atingido, provocando lesões não letais, o acusado tirou-lhe a arma e se retirou do local, sem procurar alcançar o resultado morte. Revelando inclusive a inexistência ou o abandono de qualquer propósito homicida, segundo a testemunha de fls. 107, o acusado disse à vítima: "Eu podia te matar mas não mato". Repetidamente afirma o réu que disse à vítima: "não te mato porque não quero" (fls. 17 e 89v.).

> Objetivamente não cabe dúvida de que o acusado se retirou do local, verificando que não atingiu mortalmente a vítima, levando consigo armas que lhe permitiriam reiterar os golpes e matar seu adversário, então inteiramente subjugado".

4. Desistência voluntária. O art. 13 do Código Penal determina:

"O agente que, voluntariamente, desiste da consumação do crime ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados".

Como se conclui das escrupulosas fixações do Professor Heleno Fragoso, o denunciado desistiu, voluntariamente, da consumação de homicídio. Fê-lo antes de esgotar a execução e certo de que não havia perigo de vida para seu adversário. A lei interessa o agente nessa interrupção do iter criminis. Trata-se de oferta política à opção individual e, assim, independente de motivos. O art. 13 do Código Penal cuida apenas da voluntariedade, do objeto e do fim da desistência. No arrependimento eficaz, sim, atuam os laivos éticos da resipiscência. da expontaneidade da penitência. Vede, também, a circunstância atenuante do art. 48, n.º IV, letra b, do Código Penal.

5. Conclusão, Eurico Corrêa Feijó só responde pelos atos praticados antes da desistência, isto é, as lesões corporais.

DA FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA REPRESSÃO DO CRIME (*)

WALDEMIR DE OLIVEIRA LINS

Atribuições, Poderes e Meios de Atuação

1. O crime é um ato humano inafastável da sociedade. Nenhuma esperança otimista ou ilusão ingênua deve ser alimentada no sentido de extirpá-lo ou aboli-lo, em decorrência do progresso. Ele sobreviverá enquanto houver vida social, com seus desajustamentos e conflitos.

Sob certo prisma, como observou Durkheim, o crime é um fato normal, visto

estar presente em todas as sociedades.

A preocupação dos nossos dias não reside, pois, na simples existência da criminalidade "normal", mas em se constatar a sua exacerbação em todo o mundo. Principalmente nos centros urbanos.

2. A urbanização, fenômeno estreitamente vinculado ao desenvolvimento, é responsável por alguns graves problemas sociais que concorrem, em maior ou menor grau, para o aumento da criminalidade.

Fatores diversos — o êxodo rural, o crescimento industrial, o aumento demográfico, a atração dos grandes centros — vêm determinando a concentração da população nas cidades. Essa concentração, nos países em desenvolvimento, é assinalada por seu ritmo mais rápido e nível mais elevado que os verificados nos países adiantados. (1)

As cidades, porém, não têm condições para absorver, incorporar e integrar esses contingentes humanos no seu processo produtivo e no seu contexto comunitário. Faltam acomodações, o abastecimento é precário, são insuficientes os empregos, os serviços indispensáveis não atendem à demanda.

^(*) Trabalho apresentado ao IV Congresso Interamericano do Ministério Público, Brasília, 22 a 25 de maio de 1972.

⁽¹⁾ PIZZORNO, cit. por Calderon Beltrão, Sociologia do Desenvolvimento ed. Globo, Porto Alegre, 1965 - pág. 82.

Em consequência, agrava-se a crise habitacional, a marginalização, o desemprego ou o subemprego, a desassistência — fermentos da desorganização familiar e social.

Assim, conforme já foi ressaltado com acerto "em lugar de favorecer o encontro fraterno e a ajuda mútua, a cidade, pelo contrário, desenvolve as discriminações e também as indiferenças, ela presta-se para novas formas de explorações e de domínio, em que uns especulam com as necessidades dos outros, disso auferindo lucros inadmissíveis. Por detrás das fachadas escondem-se muitas misérias, ignoradas mesmo pelos vizinhos; outras estabelecem-se onde soçobra a dignidade humana: delingüência, criminalidade, droga, erotismo, etc." (2)

Pode dizer-se que uma sociedade desse tipo, extremamente complexa e diversificada, onde os processos de mudança são intensos e particularmente acelerados, com a produção de tensões internas muito agudas, está permanentemente em estado de desorganização social. É uma sociedade intranquila, insegura. impaciente, ressentida, revoltada, em que a violência é multiforme - brutal, aberta, sutil, insidiosa, dissimulada, anônima, irresponsável - e está em toda parte. A um passo do crime, portanto.

E. nos grandes centros, por sua instabilidade exacerbada, alterações intensas de status, mobilidade física e social, violentos desajustes — a criminalidade é fenômeno presente, em todos os tipos e nas formas mais variadas. (3)

Daí o agudo problema da delingüência juvenil, em todos os países; os movimentos de rebelião de jovens, a pretexto das mais variadas motivações; o uso de drogas, principalmente entre os jovens; o terrorismo, forma enlouquecida de ação política e radicalização ideológica: o acirramento das tensões sociais, dos antagonismos de classe.

3. Por outro lado, o desenvolvimento, a par dos inegáveis benefícios que trouxe, condicionou comportamentos e situações não previstos na ordem jurídico-penal, ou insuficientemente disciplinados.

Isto, aliás, não escapou a JIMENEZ DE ASÚA, quando, ao organizar em Buenos Aires, em 1960, as "Jornadas de Derecho Penal", incluiu o tema "As novas figuras da Parte Especial dos Códigos Penais" entre os assuntos debatidos naquele conclave. (4)

O professor chileno EDUARDO N. MONREAL, analisando esses fatos novos resultantes do progresso técnico e científico, menciona alguns, no setor biológico a inseminação artificial, a fecundação in vitro, os transplantes de órgãos humanos — repletos de implicações na esfera do Direito Penal, a reclamarem estudo, disciplinamento ou reformulação legal. (5)

4. A expansão da indústria automobilística e a consequente facilidade de aquisição de veículos determinaram um vertiginoso aumento dos delitos come-

(5) Progresso humano e Direito Penal, in Revista de Direito Penal — Rio, 1971 — n.º 2, pág. 17.

tidos por meio de automóvel. Esses delitos constituem, segundo salienta HANS WELZEL, o tipo penal de maior incidência na República Federal Alemã. (6) Idêntica é a situação em quase todos os países.

Trata-se de categoria de crimes que apesar da aparência de menor gravidade, adquiriu importância em face da sua alta incidência. Importância que pode ser aquilatada pela simples consideração de que tais delitos culposos foram um dos temas do VIII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Lisboa, em 1961.

5. Ante esse diagnóstico — inevitavelmente sucinto e incompleto — da sociedade contemporânea, no que tange ao crescimento generalizado da criminalidade, aumenta a responsabilidade do Estado.

Concebido como a organização política da nação, como a finalidade de realizar o bem comum, não pode ele ficar impassível e indiferente em face desses atentados aos bens jurídicos que lhe cumpre defender e preservar. Cabe-lhe. com o poder de autotulela que lhe é inerente, reagir às ameaças e ataques dirigidos à ordem jurídica e à paz social.

O jus puniendi é o seu poder específico para esse fim, nascendo com a prática de um fato com aparência de criminoso.

6. Mas, para o Estado, tão importante quanto o seu dever de velar pela paz e segurança sociais, é o de resguardar a liberdade individual.

O jus puniendi não deve ser exercido com o sacrifício do jus libertatis, ou seja, daquele direite "que todo cidadão possui de não ser punido senão nos casos previstos pela lei como delito e com as penas ali estabelecidas". (7)

Razão por que, no Estado de Direito, o exercício do jus puniendi é submetido ao controle jurisdicional prévio, através de um devido processo legal (o due process of law).

Assim, a persecução criminal, atividade com que o Estado procura tornar efetivo o seu direito de punir, é "jurisdicionalizada" e "processualizada", indo o Estado-Administração pedir ao Estado-Juiz a aplicação da norma incriminadora do acusado. (8)

7. Nestas condições, diante da notitia criminis, o Estado desenvolve atividade destinada a concretizar o jus puniendi — a persecução criminal — que compreende dois momentos: o da investigação e o da ação penal.

No primeiro, exercita atos preparatórios da ação penal: investigações. diligências, enfim, a pesquisa de informações sobre o fato e o seu autor.

Apurada a notícia do crime, e, havendo suspeita da sua prática, formula, por meio da ação penal, o pedido de julgamento da pretensão punitiva. É o segundo momento.

Aí, de modo particular, se desenvolve a atuação do Ministério Público.

⁽²⁾ PAULO VI, "Carta Apostólica, por ocasião do 80.º aniversário da Encíclica Rerum Novarum" - ed. Paulinas, 1971 - pág. 10.

⁽³⁾ FELIPE A. DE MIRANDA ROSA, Patologia Social — Zahar Editores, 1966 — págs. 122/123.

⁽⁴⁾ V. Jornadas de Derecho Penal — Buenos Aires, 1962 — págs, 247 e 360.

⁽⁶⁾ Culpa e delitos de circulação, in Revista de Direito Penal — Rio, 1971 - n.º 3, pág. 13/14.

⁽⁷⁾ José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, vol. I, pág. 129. (8) ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, Direito Processual Penal Brasileiro. - ed. Sugestões Literárias, São Paulo, 1969 - pág. 159.

8. A alta significação e a real importância do papel do Ministério Público na repressão do crime reside no fato de ser ele o órgão encarregado do exercício da ação penal. É seu dever provocar a prestação jurisdicional com referência à pretensão punitiva do Estado.

A sua posição no ordenamento repressivo brasileiro deve ser perquirida, não apenas nos dispositivos da legislação penal e processual penal, senão também naquilo que nela se acha implícito, e que decorre do sistema adotado e dos princípios constitucionais que a informa.

Nem pode ser esquecida, a este respeito, a notável contribuição da doutrina — ora embasada nos preceitos normativos, ora sugerindo-os ou propondo-os, através de trabalhos de sistematização e análise — indicando a verdadeira e lógica posição do Ministério Público.

9. O Código de Processo Penal, que entrou em vigor a 1.º de janeiro de 1942, no seu art. 257, cometeu ao Ministério Público duas funções primordiais: a de promover a execução da lei e a de fiscalizar essa execução.

Promovendo a execução da lei, assume ele o papel de sujeito ativo da ação penal desenvolvendo, no dizer de MANZINI, "poder jurídico sobre o conteúdo formal do processo penal, isto é, dispõe, nos limites da lei, da forma e dos meios da perseguição penal, mediante manifestações da vontade".(9)

No exercício dessa função, a lei o considera parte (CPP, arts. 499 e 501) — condição que alguns autores só aceitam em sentido formal — asseverando José Frederico Marques que "não se compadece com actum trium personarum, que caracteriza o acusatório, um Ministério Público despido da qualidade de parte". (10)

Já quando atua como fiscal, não é parte, mas age em nome do interesse público, cabendo-lhe velar pelo exato cumprimento da lei, atividade em que, além de opinar sobre a causa, nela poderá influir mais efetivamente, trazendo-lhe novos elementos, com o fim de possibilitar uma sentença justa.

10. O nosso processo penal abraçou o sistema acusatório, conforme se infere da sua Exposição de Motivos:

"O projeto atende ao princípio ne procedat judex ex officio, que, ditado pela evolução do direito judiciário penal e já consagrado pelo novo Código Penal, reclama completa separação entre o juiz e o órgão da acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal." (grifos nossos)

Constitui o núcleo ou o traço característico do sistema acusatório a existência real das funções básicas do processo — a de acusar, a de defender e a de julgar — que, por sua vez, devem ser exercidas separada e independentemente.

O Código Penal (art. 102, § 1.º) e o de Processo Penal (art. 24), confe-

(9) Cit. por Eduardo Espínola Filho, Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, vol. 3, pág. 241.

(10) Elementos de Direito Processual Penal, vol. II, pág. 51.

rindo ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, distinguiram entre o exercício da ação penal e o exercício da jurisdição penal.

Lamentavelmente, a distinção é incompleta, pois, ao invés do que se afirma na Exposição de Motivos, mencionada, não foi dado ao órgão da acusação a exclusividade ou o monopólio da ação penal, mantendo-se o procedimento ex officio para as contravenções, e, mais tarde, pela Lei n.º 4.611/65, para os crimes culposos de homicídio e de lesões corporais.

11. Sendo o órgão encarregado de promover a ação penal, com que instaura o processo, e, cumprindo-lhe, durante o seu desenrolar, demonstrar os fundamentos da acusação, pois seu é o onus probandi — é de se indagar se o Ministério Público, no sistema vigente, dispõe de poderes para interferir nos atos investigatórios de preparação da ação penal, a cargo da Polícia Judiciária.

A lei processual outorga-lhe poderes para requisitar diretamente a abertura de inquéritos policiais (art. 5.º, II) e a realização de diligências (art. 13, II), bem como para requerer ao juiz a devolução do inquérito à autoridade policial para novas diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia (art. 16).

Tais poderes são insuficientes, e, na prática, o Ministério Público se encontra afastado da elaboração do inquérito com sensível prejuízo para a tutela penal. (11)

A míngua de disposições mais expressas e de maior latitude, que permitam uma atuação direta e efetiva, cria-se a errônea idéia de que aquela intervenção é indébita. HÉLIO TORNAGHI chega a dizer que ela representa uma capitis deminutio para a Polícia Judiciária. (12)

No entanto, a participação real do Ministério Público nos atos preparatórios da ação penal é não apenas legítima, mas de evidente necessidade.

Com efeito, o que objetiva o inquérito, em última análise, é a colheita de dados e informações sobre o crime e o seu autor, a fim de possibilitar a propositura da ação penal. A Polícia Judiciária não o faz para si mesma, obviamente, mas para o Ministério Público, que é de fato o destinatário de toda aquela atividade preliminar.

Afigura-se manifesto, assim, o seu interesse em acompanhar a atividade investigatória, para fiscalizá-la, orienta-la, supri-la, complementá-la, reforçá-la. E mais: para evitar possíveis excessos policiais, capazes de comprometer e viciar os elementos informativos apurado se violentar a liberdade do indiciado.

Tanto quanto a Polícia Judiciária, é ele órgão do Estado-Administração, atuando, os dois, com um fim comum: a efetivação do jus puniendi.

A propósito, argumenta JOSÉ FREDERICO MARQUES, com sua habitual lucidez: "Se é o Estado-Administração quem investiga e acusa, é irrelevante o órgão a quem ele atribui uma ou outra função. No Juízo ou no inquérito quem está

(12) Comentários ao Código de Processo Penal, vol. I, tomo 2.º, pág. 44.

⁽¹¹⁾ V. o trabalho do Promotor Público Ubirajara Mont'Serrat Faria Salgado (SP), Atuação direta e direção efetiva do Ministério Público em todas as fases da persecução penal; e o do Promotor Público Vladimir Giacomuzzi (RS), Dos poderes do Ministério Público na fase preparatória da ação penal—ambos apresentados ao I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo, realizado de 5 a 11 de dezembro de 1971, na cidade de São Paulo.

presente é esse Estado-Administração. Que importa, pois, que ele se faça representar, na fase investigatória, também pelo Ministério Público?". (13)

O fato concreto, porém, é que ele está distanciado do inquérito, principalmente nos grandes centros, em detrimento da persecução criminal e. em consequência, da efetivação do jus puniendi.

É imprescindível dar-lhe instrumentos legais mais precisos e explícitos, bem como os meios materiais indispensáveis, que lhe possibilitem e garantam a supervisão e controle dessa importantíssima etapa da persecução criminal.

Sem chegar ao ponto de advogar a entrega definitiva da direção da Polícia Judiciária ao Ministério Público, como preconiza o eminente Procurador CÉSAR SALGADO (14), ou que o parquet deva "chamar a si, por inteiro, a responsabilidade que lhe impõe a qualidade de titular da ação penal pública", como quer o ilustre Procurador HELIO BICUDO (15) — acredito que, embora preservada a autonomia da Polícia Judiciária — que tem de agir como rapidez e mobilidade o Ministério Público é que deverá supervisioná-la, no que se refere à elaboração de inquéritos policiais.

12. Obtidos os dados preliminares sobre a ocorrência do delito após os atos investigatórios da Polícia Judiciária, não pode o Estado, todavia, auto-executar o jus puniendi. Está subordinado ao princípio nulla poena sine juditio, o que vale dizer, a sanção postulada tem que resultar de processo e sentença do órgão jurisdicional. Já Ruy proclamava: "não há pena sem processo, nem processo senão pela justica". (16)

Sendo assim, o Estado, através de órgão especial, vai a juízo pedir o julgamento da pretensão punitiva e consequente aplicação da lei penal objetiva.

O Ministério Público é esse órgão.

Apreciando os fatos apurados no inquérito, se tiver suspeita fundada da prática de crime, deduzirá a acusação e proporá a ação penal, através de denúncia, ingressando em juízo para obter do Estado-Juiz um pronunciamento sobre a pretensão punitiva.

Recebida a denúncia e feita a citação do acusado, estabelece-se a relação processual. A partir de então, há um processo instaurado, com as partes devidamente caracterizadas, outorgando-se-lhes as garantias constitucionais do contraditório e da amplitude de defesa.

13. Adotando um critério subjetivo de classificação, isto é, tomando em consideração o titular do direito de agir — o Ministério Público ou o ofendido - os Códigos Penal e de Processo Penal distinguem dois tipos de ação penal: a ação ex officio (que José Frederico Marques acha ser simples procedimento ex officio) e à ação privada subsidiária da pública.

(13) Promotores no Inquérito Policial, in Estudos de Direito Processual Penal, 1960, pág. 93.

(15) Das investigações policiais, in Arquivos do Ministério da Justiça,

n.º 116, pág. 44.

A ação penal, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido, é sempre pública.

Interessa-nos, aqui, exclusivamente, essa categoria de ação, ou seja, aquela cujo titular é o Ministério Público.

14. Na ação penal pública, o Ministério Público é o dominus litis. Traca os limites e o conteúdo da acusação, não podendo o juiz modificá-la senão in melius (CPP, art. 384); in pejus, só com a expressa manifestação daquele órgão, por intermédio de aditamento à denúncia (idem, art. 384, parágrafo único).

Apesar disso, não tem a sua disponibilidade. Está subordinado ao princípio da legalidade ou da obrigatoriedade da ação penal pública.

A esse princípio alguns países emprestam grande relevância, como é o caso da Itália, que o erigiu à categoria de dispositivo constitucional. (17)

No Brasil, ele não consta de texto expresso, ensinando HÉLIO TORNAGHI (18) que deve ser inferido da expressão "será promovida" do art. 24 do Código de Processo Penal. (19) Para José Frederico Marques, ele se deduz da sistemática legal. (20)

Na opinião desse último processualista, porém, o princípio em exame "não é mais um dogma absoluto", aduzindo que o princípio da oportunidade tem sido acolhido, em certos casos, sob a inspiração da equidade. Concorda com EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, para quem o Código de Processo Penal autoriza um entendimento flexível, nesse particular, pois que "o art. 28 fala do arquivamento aludindo a razões invocadas pelo órgão do Ministério Público, que o juiz examinará se são ou não procedentes. Ora, não dizendo a lei processual que razões são essas, nada impede que o Ministério Público invoque motivos de oportunidade condizentes com o que exige o bem comum". Enfim, admite que o postulado dominante no processo penal pátrio é o da "obrigatoriedade mitigada", (21)

Não obstante as ponderáveis razões de ordem prática e de interesse social que moveram o douto professor, não me convenci de que esse entendimento possa ser acolhido com base na parte mencionada do dispositivo legal.

Com efeito as razões invocadas para o arquivamento, aludidas no art. 28, não podem ser outras senão aquelas mesmas indicadas no art. 43, do diploma processual, que determinam a rejeição da denúncia ou queixa, a saber: (a) o fato narrado evidentemente não constitui crime; (b) já estiver extinta a punibilidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

⁽¹⁴⁾ O Ministério Público no Anteprojeto de Código de Processo Penal, in "Ciclo de Conferência sobre o Anteprojeto de Código de Processo Penal de autoria do professor Hélio Tornaghi" — São Paulo, 1966 — pág. 152.

Anistia inversa, in Coletânea Jurídica, 1928, pág. 120.

^{(17) &}quot;Art. 112 — O Ministério Público tem obrigação de exercer a ação penal", in Mirkine Guetzevitch, Les Constitutions Européennes, Paris, 1951 vol. II, pág. 522.

⁽¹⁸⁾ Comentários..., vol. I. tomo 2.º, pág. 44.

[&]quot;Art. 24 — Nos crimes de ação pública esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo".

⁽²⁰⁾ Elementos..., vol. I, pág. 337.

⁽²¹⁾ Sobre a Ação Penal, in Estudos..., pág. 107.

É irrecusável que aquela parte do art. 28 tem que ser interpretada em harmonia com os incisos do art. 43: idênticos são os motivos que determinam o pedido de arquivamento ou a rejeição da denúncia.

Nesse sentido é o magistério de HÉLIO TORNAGHI. (22)

É certo que a jurisprudência vem moderando o princípio em questão, como foi o caso da decisão do Supremo Tribunal Federal, no habeas corpus n.º 42.812. em que o relator. Min. EVANDRO LINS E SILVA, considerou o fato de que era acusado o paciente — lesões corporais leves — como um "incidente que não teve relevo do ponto de vista jurídico-penal" (Rev. Trim. Jurisp. 36/37).

Mas. segundo escreve HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, nosso direito vigente não oferece solução para os casos em que a ação penal é anti-social, desatendendo aos interesses da justiça penal", concluindo que "a solução de lege ferenda está em estabelecer temperamentos ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. se não se quiser adotar o princípio da oportunidade". (23)

A mitigação, pois, deverá resultar de lei nova.

Disto, aliás, se advertiu o ilustre professor paulista no seu anteprojeto de Código de Processo Penal.

15. Não se exaure com a propositura da ação penal, evidentemente, a função do Ministério Público: cabe-lhe acompanhar e movimentar todos os atos e termos do processo, requerendo o que entender necessário e útil à comprovação da denúncia.

É próprio dessa atividade o empenho e a pugnacidade tendente a demonstrar a procedência da pretensão punitiva. Mas esse empenho, natural e louvável, não deve confundir-se com obstinação cega, transmudado o órgão do Ministério Público naquele "acusador a qualquer preço", de que fala PETRO-CELLI (24). A função do parquet, como órgão do Estado, não é perseguir inocentes, mas apurar a verdade e punir apenas os culpados.

Assim, embora seja basicamente órgão acusador, não lhe é defeso, em casos estritos, se a inocência do acusado resultar extreme de qualquer dúvida, opinar pela absolvição.

16. Tampouco sua atividade se encerra com a sentença.

Se absolutória, é-lhe facultado recorrer para a superior instância. Condenatória, sua atividade se alonga e prossegue na fase da execução.

17. Estruturado em base hierárquica, o Ministério Público apresenta a peculiaridade de os seus membros constituírem um órgão sob uma só direção, podendo ser substituídos uns pelos outros, no exercício das suas funções, sem com isso prejudicar a ação desenvolvida por seus antecessores ou aquela que os seus substitutos passem a objetivar.

Daí se dizer que o Ministério Público é uno e indivisível,

O princípio da unidade e da indivisibilidade se acha consubstanciado no art. 28 da lei processual, in verbis:

(22)Op. e loc. cits.

(23)Jurisprudência criminal, pág. 55.

"Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer pecas de informação, o juiz no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou pecas de informação ao Procurador-Geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento ao qual só então estará o juiz obrigado a atender."

Verifica-se, através desse dispositivo, que o Procurador-Geral no caso de o pedido de arquivamento não ser aceito pelo juiz, poderá oferece-lo ou designar outro promotor para fazê-lo. Não poderá, no entanto, obrigar o promotor que formulou o pedido de arquivamento a rever o seu ponto de vista.

Em ambas as hipóteses, o Ministério Público funciona como um todo, substituídos os seus membros uns pelos outros, em face da unidade e indivisibilidade da Instituição.

Ensina José Frederico Marques, relativamente aos poderes do Procurador-Geral, que duas regras se inferem do já mencionado art. 28, "§ 1.º, o Procurador-Geral, podendo designar um órgão do Ministério Público para oferecer denúncia, tem poderes de direção sobre a instituição de que é chefe; 2.º, quando o órgão do Ministério Público emite uma opinião nem mesmo seus superiores hierárquicos lhe podem reformar a convicção formada pelo estudo "hic et nunc" de determinado caso criminal". (25)

18. O Ministério Público é funcionalmente independente. Esta é uma característica orgânica, essencial, inerente à sua natureza e finalidade.

Seja ele entendido como integrante do Poder Judiciário, seja como do Poder Executivo — a autonomia funcional é condição básica para o desempenho da sua atividade específica.

Sem pretender aprofundar o problema, inclino-me a considerar o Ministério Público como órgão do Poder Executivo - em razão do caráter administrativoda sua função primordial: o exercício da ação penal — embora de tipo especial, sujeito a legislação própria, detentor de uma posição sui generis.

Já de há muito Pontes de Miranda o tinha como um "corpo autônomo, aomesmo tempo ao lado e diferente da magistratura, ligado mas independente do Poder Executivo". (26)

E, mais recentemente:

"Posto que, ligado ao ordenamento judiciário, não faz parte da: Justiça, não é órgão judiciário, mas administrativo. (...) Na Constituição de 1967 foi o Ministério Público colocado em Seção do Capítulo VII, que cogita do Poder Judiciário. Frisou-se a auxiliaridade

O Ministério Público — Órgão de Justica, in Justitia, vol. 61, pág. 184.

Elementos..., vol. II, pág. 48. (25)

Comentários à Constituição de 16 de julho de 1934, vol. I, pág. 778.

à Justiça. Não lhe exageremos a coerência. Prendeu-se, mais na forma do que na substância, a esse conceito exaltador do Ministério". (27)

Outro não é, também, o magistério de SAHID MALUF, ao afirmar:

- "O Ministério Público não é órgão do Poder Judiciário. É, mais aproximadamente, órgão do Poder Executivo; porém órgão autônomo, porque não obedece senão ao seu juízo próprio, isto é, pensa e age livremente, dentro dos limites da lei". (28)
- 19. No seu relacionamento com o órgão jurisdicional, a independência do Ministério Público se manifesta concretamente. Nenhuma subordinação lhe deve; nem está submetido às suas ordens e disciplina.

Como esclarece José Frederico Marques, "juiz e promotor, no processo penal, apenas se entendem e se relacionam como sujeitos processuais".

Isto pode ser observado, mais nitidamente, ora a propósito do pedido de arquivamento, ora no aditamento à denúncia.

No primeiro caso, se o juiz discordar do pedido, não poderá compelir o Ministério Público a oferecer denúncia, nem censurá-lo. Terá de remeter os autos do inquérito ao chefe da Instituição, que dará a última palavra.

Também no aditamento (CPP, art. 384, parágrafo único), se o Ministério Público entender, inobstante o ponto de vista do juiz, que nada há que aditar, este não poderá obrigá-lo a fazer o aditamento, tudo devendo resolver-se, por analogia, na conformidade do art. 28 da lei processual.

20. O Código de Processo Penal, em vigor há mais de trinta anos, parece não mais atender às exigências atuais, como instrumento formal de uma eficiente repressão ao crime. Suas insuficiências e defeitos vêm sendo apontados com crescente insistência, chegando-se a acoimá-lo de "o pior código que possuímos". (29)

A necessidade da sua reformulação foi reconhecida pelo Governo Federal, há quase dez anos, quando incumbiu o prof. HÉLIO TORNAGHI de elaborar um anteprojeto de Código de Processo Penal.

21. ¡Concluído o trabalho, foi publicado em 1963, para receber sugestões.

Em relação ao Ministério Público, o prof. HÉLIO TORNAGHI praticamente nada inovou, salvo a circunstância de haver conferido ao parquet o encargo de funcionar, também, como órgão de defesa dos réus que, por serem pobres, não pudessem constituir advogado (art. 67, II).

A ausência de traços novos, nesse setor, levou o Procurador CÉSAR SALGADO discorrendo a propósito, enfatizar que falaria "não sobre o que se encontra no anteprojeto a respeito do Ministério Público; mas, no meu desvalioso entender, sobre o que não se encontra". (30)

(27) Comentários à Constituição de 1967, vol. IV, pág. 322.

29) José Frederico Marques, Estudos..., pág. 36.

Conquanto elogiado pelo aprimoramento técnico e sistematização científica, o anteprojeto HÉLIO TORNAGHI sofreu tão severas críticas que foi abandonado.

22. A iniciativa da reformulação foi retomada pelo atual Governo, que convidou o ex-magistrado, penalista e processualista José Frederico Marques para elaborar um novo anteprojeto.

Desincumbindo-se da tarefa, o eminente professor apresentou o seu trabalho, que, depois de submetido a uma comissão especial, para ser revisto, foi publicado em junho de 1970 (31), para receber sugestões.

Pelo conteúdo inovador, o anteprojeto despertou as atenções gerais dos estudiosos, que o têm debatido em ciclos de conferências e congressos jurídicos, com os melhores resultados para o seu aprimoramento.

23. Convém, assim, analisá-lo ainda que sucintamente, no que tange à posição que ele reservou ao Ministério Público como órgão encarregado de tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, ante a crescente e preocupante criminalidade dos nossos dias.

24. De uma leitura apressada, poderia resultar a errônea impressão de que o anteprojeto subtrai muitos poderes do juiz, no processo penal.

A abolição definitiva do procedimento ex officio (art. 7.º), a proibição categórica do julgamento ultra petita (art. 417), o fato de o inquérito policial não mais ser remetido ao juiz (art. 259), o afastamento deste da notitia criminis (art. 11), a retirada de sua faculdade de requisitar a abertura de inquéritos policiais (art. 251), sua ausência do exame do arquivamente de inquéritos (artigos 267 e 641 e seus respectivos parágrafos) — tudo isso poderia sugerir tenha havido o propósito de enfraquecer a posição do julgador.

Se se atentar, porém, mais detidamente, para os princípios e premissas adotados, ver-se-á que o anteprojeto foi elaborado dentro de uma nova estrutura, inspirando-se em filosofia jurídica diferente, cuidando de aprimorar e reforçar o sistema acusatório, e tirando, coerentemente, as consequências desse fato.

Com efeito, muito daquilo que parece haver sido retirado do órgão julgador, são funções e tarefas que, a rigor, não lhe pertencem.

Escrevendo sobre o vigente diploma processual, preleciona José Frederico Marques:

"Confere ainda o Código ao juiz certos poderes que não se relacionam diretamente com as funções que exerce no processo, nem com a sua qualidade de julgador ou órgão jurisdicional. Uns dizem respeito à perseguição penal, outros à notícia do crime, e outros enfim à fiscalização da ação penal". (32)

São funções e tarefas que pertencem ao Ministério Público, sendo exercidas, por assim dizer, "supletivamente" pelo juiz, por motivos conjunturais.

⁽²⁸⁾ Direito Constitucional — nova edição, 1968 — págs. 311/312.

⁽³⁰⁾ O Ministério Público no Código de Processo Penal, in Ciclo de Conferências..., pág. 147.

⁽³¹⁾ Foi publicado no Diario Oficial da União, de 29-6-70, Suplemento

n.º 118. (32) Elementos..., vol. II, pág. 17.

É que, conquanto o Código vigente tenha abraçado o sistema acusatório, mitigou-o, temperou-o, entregando ao órgão judicante funções próprias do Ministério Público. Entendeu o legislador, ao ser editado o diploma processual, que o parquet ainda não se encontrava suficientemente preparado para o desempenho de todas as suas funções, sob o ponto de vista da estruturação orgânica, até porque a Carta Constitucional de 1937, então em vigor, de notória inspiração totalitária, quase o desconheceu, a ele só se referindo genericamente, sem fixar as bases de sua organização.

Hoje, porém, estruturado e organizado em todo o país, com respaldo constitucional e disciplina nas legislações estaduais, nada mais lógico e necessárioque entregar ao Ministério Público a plenitude das funções que, especificamente são suas.

Nestas condições, à magistratura nada foi subtraído, salvo o que não lhepertencia, mantendo-se toda a majestade da sua verdadeira função, que é o exercício da jurisdição.

25. O art. 7.0 do anteprojeto aboliu, por inteiro, o procedimento ex officio, concedendo o monopólio da ação penal pública ao Ministério Público. Com isto extirpou esse resquício do sistema inquisitivo, aperfeiçoando o sistema acusatório, um dos objetivos confessados e pretendidos da reforma.

Criticou-se a inovação sob o argumento de que ela impedia a fiscalização da obrigatoriedade da ação penal pública. (33)

A censura não parece ter consistência. Outorgado ao Ministério Público o monopólio da ação penal pública, deveria incumbir aos seus órgãos superiores, por certo, a fiscalização da sua obrigatoriedade. Ilógico seria se assim não fosse. Importaria em negar-se o mínimo a quem se concedeu o máximo. Nesse sentido é a explicação do autor do anteprojeto:

> "O Ministério Público é uma instituição hierarquizada em que há uma única direção justamente para velar pelo cumprimento exato dos deveres funcionais de todos aqueles que integram tão alta corporação. Desse modo, dentro do próprio Ministério Público é que o princípio da obrigatoriedade da ação penal vem imposto a todos os seus membros". (34)

Aliás, não há razão que justifique a crença em que o princípio em questão estará melhor resguardado sob as vistas do juiz que se for confiado à fiscalização do próprio Ministério Público, órgão específico a quem está entregue toda atividade estatal tendente a concretizar a pretensão punitiva.

26. O anteprojeto, ampliando as atribuições do Ministério Público, deu-lhe, como não poderia deixar de ser, meios de atuação mais reais e eficientes. Inclusive na primeira fase da persecução criminal, ou seja, na preparação da ação penal.

(33) J. CANUTO MENDES DE ALMEIDA, Das inovações do Anteprojeto de Código de Processo Penal, in Arquivos, n.º 116, pág. 5.

(34) José Frederico Marques, Em defesa do Anteprojeto, in Arquivos, n.º 116, pág. 236.

Só admitiu, como órgãos encarregados de receber a notitia criminis, ele e a Polícia Judiciária (art 11), excluindo, pois, o juiz, com a justificativa de que, se não cabe a ele movimentar inicialmente o processo, não há por que levar-lhe a comunicação da prática da infração penal. (35)

A intervenção do Ministério Público no inquérito policial, que hoje é insuficiente, passou a ser ampla. Além de poder requisitar ou ordenar a abertura de inquéritos (arts. 94 e 251), pode, igualmente, promover e fiscalizar, quando entender necessário, atos investigatórios da Polícia Judiciária, requisitando ou determinando a prática de diligências que considerar úteis à descoberta da verdade, ou acompanhando diretamente diligências e atos de investigação. Poderá. ainda, em casos específicos, ordenar a prisão temporária do indiciado.

Para alguns, tais poderes são excessivos, atentando contra o princípio da igualdade das partes no processo, consagrado no art. 71 do próprio anteprojeto.

"Surpreendente igualdade", proclama o juiz Dínio de Santis Garcia. do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, "que permite a uma das partes determinar o encarceramento da outra"! (36)

Também Roberto Lyra, um dos autores do Código em vigor, é incisivo, insurgindo-se contra a "prisão pela parte", "os privilégios do acusador", a desigualdade inconstitucional e o deseguilíbrio das partes, reduzindo a defesa a acessório numa mini-instância caixa de surpresas que até o segredo comporta. inclusive para a defesa e contra inocentes". (37)

Volta-se, desta forma, ao problema da legitimidade da participação do Ministério Público na elaboração do inquérito policial.

No atual Código, como foi visto, essa participação não é satisfatória, nem atende aos reclamos da tutela penal.

No anteprojeto, o poder de intervenção foi ampliado e minuciosamente disciplinado. Em ambos os casos, porém, cuido que é uma interferência necessária e que não atenta contra os direitos individuais do indiciado.

A esse respeito explica o projetista:

"Já mostramos que parte, em processo penal, é o Estado-Admiministração, de que o Ministério Público é órgão, assim como a Polícia Judiciária. Que diferença, há, portanto, em ser a investigação dirigida por esta exclusivamente, ou em receber também participação do Ministério Público? Em ambas as hipóteses estão atuando órgãos da tutela penal do Estado com o fim de preparar o ajuizamento da pretensão punitiva. A divisão de trabalho é feita no interesse exclusivo do Estado e da tutela penal". (38)

Nem procede, ao meu ver, a objeção feita à prisão temporária decretada pelo Ministério Público, como violadora da igualdade das partes no processo.

Exposição de Motivos, n.º 5.

Da jurisdição e da competência, in Arquivos, n.º 116, pág. 90.

Novo Direito Penal - Rio, 1971 - vol. III, pág. 30. (38)

Diga-se, de logo, que ela não afronta a Constituição, que confere à autoridade competente o poder de determinar a prisão (art. 153, § 12). É inegável que, se a lei outorga ao Ministério Público esse poder, ele é a autoridade competente.

Depois, aquela medida cautelar só pode ser imposta na fase investigatória. Até aí, não há processo, mas procedimento administrativo. É impróprio, então, falar-se em partes; estas só surgirão após instaurada a relação processual. Inexistindo partes é impossível, obviamente, cogitar-se de igualdade de partes, ou de outras garantias de defesa, que só terão lugar no processo.

Tampouco impressiona o argumento de que, como providência cautelar que é, a prisão temporária deve resultar, necessariamente, da atividade jurisdicional, em que o Ministério Público não tem participação. (39)

Mostra José Frederico Marques que as providências cautelares são não somente jurisdicionais, como também administrativas. Nestas últimas, o controle jurisdicional se opera *a posteriori*, para o exame de sua adequação à lei e à ordem jurídica. (40)

Ora, em perfeita harmonia com o já referido art. 153, § 12 da Carta Magna ("A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal"), não foi outra coisa o que fez o anteprojeto. Determinou que a prisão temporária — sempre de curta duração e só podendo ser decretada em casos estritos — haverá de ser, de imediato, submetida ao controle judicial (art. 498, § 3.º).

Além do mais, há razões de ordem prática que demonstram a sua necessidade e conveniência. Esclarecer a Exposição de Motivos (n.º 31) que "em outras legislações, medidas análogas são encontradas, pois, em determinados momentos, essa restrição rápida e sumária ao direito de liberdade se torna necessária, não só para o bom andamento das investigações, como ainda para assegurar a aplicação de medidas cautelares de maior duração."

Apludindo a inovação do anteprojeto, assim discorre o Procurador OSCAR XAVIER DE FREITAS, em conferência intitulada "Das medidas cautelares":

"Os argumentos que lhe têm sido opostos não atingem os seus fundamentos mais profundos. Preconizada para possibilitar investigações no curso do inquérito policial e para não frustrar a prisão preventiva, é, geralmente, considerada dispensável restrição à liberdade, em desacordo com a concepção do anteprojeto. Poucos terão dado conta de que ela representa uma garantia para a liberdade individual. Na prática ocorrem, com freqüência, detenções no curso do inquérito, toleradas pelas próprias autoridades judiciárias, que, cedendo à realidade de sua necessidade, acabam por convalidá-las com decretos de prisão preventiva, ignorando, apenas formalmente, o constrangimento imposto, por antecipação, pela autoridade policial. A detenção tolerada generaliza-se e enseja o arbítrio intolerável, que foge a qualquer controle, enquanto a disciplina da prisão previne os

abusos e garante a aplicação da lei penal. A sua imposição pelo-Ministério Público é parte de um sistema de controle, que, possibilitando um exame imediato e fiscalizado da necessidade, põe a descoberto as prisões fundadas, exclusivamente, no arbítrio". (41)

27. O anteprojeto não inovou substancialmente no que tange ao arquivamento de inquéritos policiais. Salvo o afastamento do juiz da sua apreciação, a alteração se limitou quase ao modus faciendi.

O controle de tais pedidos ficou, exclusivamente, com o Conselho Superiordo Ministério Público, órgão de natureza processual, com o encargo de supervisionar a atuação funcional dos membros da Instituição.

28. O rigorismo atual do princípio da obrigatoriedade da ação penal foi temperado. É o que se deduz desse trecho da Exposição de Motivos (n.º 3):

"Por fim, fixando cânon geral de alta importância para a tutela do direito de liberdade e do direito de defesa, o anteprojeto antecipase no art. 10.º, ao que depois vem expresso no art. 235, n.º II, declarando condição indeclinável para a propositura de ação penal, o legítimo interesse ou justa causa, identificando esta com a existência de fundamento razoável para a acusação".

Ora, o "legítimo interesse ou justa causa", expressões adotadas como sinônimas (42) e tomadas no sentido de "fundamento razoável", abrange também um juízo sobre a conveniência ou não da ação penal, juízo este inspirado em motivos de política criminal, calcado nas exigências do bem comum e da própria finalidade da justiça penal, como observaram Ronaldo Botelho e Mário A. Fernandes, do Ministério Público do Paraná (43).

Não fosse admissível essa interpretação, inexistiria justificativa para a Exposição de Motivos falar com tanta ênfase em "cânon geral de alta importância para a tutela do direito de liberdade", visto que teria sido mantido, pura e simplesmente, o sistema em vigor.

Isto não significa, porém, que tenha sido acolhido o princípio da oportunidade. Ao invés, foi conservada a obrigatoriedade da ação penal, repetindo o anteprojeto a expressão "será promovida" constante no atual art. 24 do Código, que HÉLIO TORNAGHI entende consubstanciar a compulsoriedade de agir.

Tal princípio, no entanto, foi suavizado, mitigado,

CONCLUSÕES

O Ministério Público é, hoje, uma instituição suficientemente estruturada eorganizada em base hierárquica, estando apto para exercer as suas funções em

⁽³⁹⁾ DINIO DE SANTIS GARCIA, op. e loc. cits.

⁽⁴⁰⁾ Elementos..., vol. IV, pág. 15.

⁴¹⁾ In Arquivos, n.º 116, págs. 132/133.

⁽⁴²⁾ JOSÉ FREDERICO MARQUES, Em defesa do Anteprojeto, op. e loc. cits. (43) O princípio da obrigatoriedade da ação penal no anteprojeto do Código de Processo Penal, trabalho apresentado ao I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo (5 a 11 de dezembro de 1971).

stoda a plenitude. Deve ser-lhe entregue, assim, o monopólio da ação penal pública, com o que se estará purificando e aperfeiçoando o sistema acusatório.

A permanência do procedimento ex officio se afigura como uma verdadeira capitis deminutio para o Ministério Público.

Por outro lado, como titular da ação penal, cabe-lhe, precipuamente, a obrigação de zelar pela eficiência e objetividade da sua tarefa.

Indispensável é o seu empenho, não apenas na etapa processual da persecutio criminis, mas também no procedimento preparatório destinado a colher dados e informações em que se esteiará a ação penal.

Pelo que, é preciso que lhe sejam ampliados e disciplinados, de forma mais explícita, os poderes e meios de atuação na atividade investigatória da Polícia Judiciária, autorizando-se a sua intervenção, quando julgar necessário. O interesse do Ministério Público, neste particular, é inegável, já que lhe cabe o conus probandi no processo.

Evidenciada se encontra, na presente conjuntura, a grande responsabilidade social que recai sobre o Ministério Público, em razão da relevância das suas funções na repressão à preocupante e crescente criminalidade dos nossos dias.

Sua atividade é cada vez mais complexa e diversificada, com a exigência de eficácia e presteza. Daí ser necessária a adoção de uma política de adestramento dos seus membros, atualizando-os com a legislação, a jurisprudência e a doutrina mais recentes, capacitando-os para um melhor desempenho dos seus deveres.

O treinamento, permanente e sistemático, dos membros do Ministério Público, ademais, é uma forma autêntica de valorização do parquet, porque vem de dentro para fora.

Nestas condições, formulo as seguintes conclusões:

- 1. O Ministério Público deve ter o monopólio da ação penal pública, abolindo-se todo o procedimento ex officio.
- 2. Impõe-se a ampliação dos poderes e meios de atuação do Ministério Público na fase preparatória da ação penal, autorizando-o a intervir na atividade investigatória da Polícia Judiciária, quando entender necessário, para fiscalizá-la, orientá-la, suprila, complementá-la ou reforçá-la.
- 3. É recomendável que os órgãos superiores do Ministério Público promovam um sistema permanente de treinamento dos seus membros, atualizando-os com a legislação, a jurisprudência e a doutrina, a fim de torná-los mais eficientes no desempenho dos deveres funcionais.

CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

MIGUEL REALE JÚNIOR

1. O Código Penal já promulgado, cuja vigência vem sendo adiada sine die, além de adotar a mesma solução do Código de 40 a respeito da imputabilidade do agente em estado de embriaguez voluntária ou culposa, contrariamente ao que fixava o anteprojeto Hungria, criou também um tipo novo no capítulo dos crimes de perigo comum: a figura da embriaguez ao volante.

Nos estritos limites desta comunicação é indispensável abordarmos a ques-

tão dos efeitos do álcool sobre o organismo.

O álcool logo após sua ingestão é absorvido pelas paredes do estômago na proporção de 35%, passando o restante para o intestino de onde penetra no sangue, sendo oxidado parte pelo fígado antes de se espalhar por todo o organismo. (1) Os tecidos, como explica Costa Júnior, assimilam o álcool em percentagem proporcional à quantidade de água que possuem, razão pela qual o cérebro, por possuir o tecido nervoso grande quantidade de água, é o órgão que mais álcool recebe. (2)

O álcool age, contudo, sobre todo o organismo causando a dilatação dos vasos sangüíneos, aceleração circulatória e respiratória, excitação ao apetite e

ação diurética. (3)

A ação principal do álcool é sobre o sistema nervoso variando, tal como melhor veremos adiante, os sintomas, conforme a quantidade de álcool ingerida.

ALCÂNTARA MACHADO entendia que o álcool ingerido moderadamente é benéfico, pois estimula as forças psíquicas, influindo positivamente seja física como moralmente. (4) Esta opinião, contudo, é refutada recentemente, pois o estado de embriaguez leve dá à pessoa a impressão de maior rapidez mental e de melhor coordenação motora, porém, objetivamente, experiências demonstram que não

(2) A. JÚNIOR e COSTA JÚNIOR, op. cit., pág. 507; PHILIPE ACHÉ, Respon-

sabilidade Criminal do Embriagado, pág. 42.

(3) Alcântara Machado, A Embriaguez e a Responsabilidade Criminal, pág. 7, e Boaventura Santos, Crimes Cometidos em Estado de Embriaguez, pág. 29; Paolino Ferrari, Infortunistica Stradale Scientifica, pág. 46.

(4) ALCÂNTARA MACHADO, op. cit., pág. 8.

⁽¹⁾ Simonin, Medicina Legal Judicial, pág. 568; A. Almeida Jr. e Costa Júnior, Lições de Medicina Leagl, pág. 505.

passa esta impressão de engano, pois tanto a atenção como o controle muscular são prejudicados, em pequena proporção, graças à ingestão de pequenas doses de álcool. (5)

Os autores (6) estabelecem em sua maioria, três fases na embriaguez, ou seja a fase de excitação, incoordenação motora e coma.

A primeira fase, de embriaguez leve, caracteriza-se por euforia, verbosidade para uns, para outros ocasiona melancolia, havendo pequena diminuição da capacidade mental e motora, mantendo, na sua maioria, entretanto, os levemente embriagados, a consciência de seus atos.

O auto-domínio, o controle sobre os próprios atos, a precisão de movimentos, os critérios de julgamento e análise vão à medida que aumenta a ingestão alcoólica se enfraquecendo. pois o álcool age como narcotizante sobre o cortex celebral, centro do sistema nervoso, receptáculo de todas as sensações, centro superior que preside as ações humanas, impondo o auto-domínio e a razão sobre as forças instintivas. Narcotizado o cortex cerebral a pessoa perde domínio de si, o senso do justo, a capacidade de atenção e a coordenação motora.

Este segundo estágio de embriaguez é denominado empriaguez normal, (7) sendo que terceiro estágio ocasiona um estado comatoso, no qual o embriagado não consegue ficar de pé, com perda acentuada de consciência.

Os métodos para constatação de dosagem alcoólica alcançam níveis de perfeição, podendo-se estabelecer esta verificação através de exame de sangue, do ar expirado, da saliva, e da urina.

O conceito normativo de embriaguez deve basear-se nas conclusões médicas acerca de embriaguez e dos seus efeitos sobre o organismo, não podendo deixar de haver uma coincidência entre o conceito normativo e o conceito médico. Se o estágio de coma não acarreta maiores problemas, pois a embriaguez está caracterizada neste estado e nenhum ato é possível ao embriagado cometer, dificuldades surgem ao se procurar estabelecer quando está o agente em estado de embriaguez normal, ou seja, a dificuldade existe ao se tentar diferenciar o primeiro do segundo grau.

SIMONIN (9) estabelece um escalonamento da embriaguez, graças aos métodos

(5) BOAVENTURA SANTOS, op. cit., pág. 28; este é o resultado também de experiências realizadas em laboratórios de psicologia experimental e revelado por COSTA JR., op. cit., págs. 507 e seg.

de verificação da dosagem alcoólica no sangue, procurando fixar, com reservas, quais os sintomas próprios de cada grau de alcoolização:

De 0,5 a 1,5 — euforia e excitação das funções intelectuais.

De 1,5 a 2 — diminuição de autocrítica, atenção e vontade. Lentidão das respostas psicotécnicas.

De 2 a 3 — Perturbações psicosensoriais, transtornos cérebro-labirintíticos, incoerência.

- 4 Coma
- 5 Morte possível
- 6 Morte certa.

É fato assente, entretanto, que a ação do álcool sobre o organismo, e obviamente as suas repercussões psíquicas, não dependem apenas da quantidade ingerida, mas também de condições pessoais de quém bebe, como p.e., o sexo, alimentação, saúde, idade, o sistema nervoso, alcoolismo dos pais, fígado, rins, habitualidade, ambiente, (10) variando, a sintomatologia, pertanto, de pessoa para pessoa.

As diferenças sintomatológica, conforme as condições pessoais de quem o ingere, levou Alcântara Machado a se contrapor ao sistema do Código de 1890 que estabelecia, na verdade, a responsabilidade do embriagado, conforme o grau de embriaguez. (11)

Se o novo Código cria esta nova figura "dirigir veículo motorizado na via pública, encontrando-se em estado de embriaguez por bebida alcoólica ou qualquer outro inebriante", era imperativo procurar fixar em que consiste este estado de embriaguez, relevante para a configuração típica.

Do exposto podemos concluir que, se a ciência médica possui elementos para determinar a dosagem alcoólica e os sintomas próprios de cada grau de embriaguez, ocorre, entretanto, que por não suceder correlação exata entre a dosagem alcoólica e os sintomas, como também pela interferência de fatores individuais que modificam esta sintomatologia, não se pode se ater exclusivamente, para determinação da embriaguez, a critérios objetivos de dosagem alcoólica.

Cabe, portanto, o exame de cada caso concreto, porque não ocorre uma relação exata e obrigatória entre a quantidade de álcool no sangue e as repercussões no sistema nervoso. (12)

2. Os juristas e médicos normalmente se preocupam com o problema da embriaguez visando a resolver a questão da imputabilidade, (13) o que não

⁽⁶⁾ Luis Cattaneo, Ebriedad, Situación Medico Legal, in Archivo de Medicina Legal, Buenos Aires, 1959, pág. 559; Alcântara Machado, op. cit., pág. 9; Philipe Aché, op. cit., pág. 17; Costa Jr., op. cit., pág. 509; Simonin, Medicina Legal, pág. 572; M. Lopes-Muniz, Acidentes de Trafico, pág. 291; F. Corranza. Trafico. pág. 386.

⁽⁷⁾ BOAVENTURA SANTOS, op. cit., pág. 28. O A. adota esta expressão apesar de não totalmente apropriada, pois todo o estado de embriaguez é normal.

⁽⁸⁾ Sobre estes métodos, vide Luis Cattaneo, op. cit., pág. 564; Nerio Rojas que considera infalível a verificação de dosagem através do exame da urina, Diagnostico de Ebriedad en el Juicio Penal, in Discursos Acadêmicos, Buenos Aires, 1936, Tomo III, pág. 306; Armando Samico, Determinação da Embriaquez pela saliva.

⁽⁹⁾ SIMONIN, *Medicina Legal.* pág. 587; quadro semelhante é adotado por C. JÚNIOR, op. cit., pág. 513; F. CORRANZA, op. cit., pág. 386; M. LOPES-MUNIZ, op. cit., pág. 300.

⁽¹⁰⁾ SIMONIN, op. cit., pág. 587; A. MACHADO, op. cit., pág. 51; CATTANEO, op. cit., pág. 557; NERIO ROJAS, op. cit., pág. 311.

⁽¹¹⁾ A. MACHADO, op. cit., pág. 70. O art. 24, § 40, excluía a responsabilidade penal quando o agente se achasse em estado de completa perturbação de sentidos e de inteligência no ato de cometer crime. O art. 42, § 10, estatuía atenuante consistente em ter o crime sido cometido em estado de embriaguez incompleta.

⁽¹²⁾ BOAVENTURA SANTOS, op. cit., pág. 40.

⁽¹³⁾ Sobre a questão de responsabilidade do agente em estado de inimputabilidade temporária remetemos principalmente aos estudos da A. Bruno, Embriaguez voluntária e responsabilidade penal, in Rev. Bras. de Criminologia,

podemos abordar no âmbito desta comunicação, tendo em vista que nos interessa neste momento analisar o novo tipo estatuído pelo art. 289, do Código adiado.

A perspectiva é diversa, contudo, na análise do art. 289, pois trata-se de saber quando, segundo o legislador, a embriaguez ao volante vem a constituir situação que expõe a perigo a incolumidade alheia. Se, mesmo que efetivamente o agente não realiza qualquer ato que coloque em perigo a segurança de quem quer que seja, caracteriza-se o delito?

Diante dessas questões enfrenta-se o problema mesmo da estrutura do novo tipo, qual seja, se ele configura um crime de perigo abstrato, ou concreto, contra a incolumidade pública.

O conceito de perigo não padece mais de duvida desde Rocco, (13-A) para o qual o perigo é possibilidade de dano, isto é, a idoneidade de um fenômeno de causar um dano, idoneidade esta fundada no mundo real, razão pela qual o juízo de possibilidade é fruto de verificação (14) objetiva.

O aspecto objetivo não exaure o conceito de perigo, visto que este não se revela por si, necessário sendo que esta possibilidade de dano seja percebida. Desse modo, perigo é um complexo objetivo-subjetivo.

A experiência é que nos revela quando um fenômeno é causa de outro, e, também quando um fenômeno pode causar outro consistente em dano ou diminuição de um bem.

Esta possibilidade, de causação de um fenômeno por outro, é inferida gracas às relações de causalidade que a experiência indica, segundo critérios e métodos de fase científica.

Os crimes contra a incolumidade pública se caracterizam pela criação, pelo agente, de uma situação perigosa, idônea a causar dano à segurança geral, com possibilidade de prejudicar indeterminado número de pessoas ou coisas. (15) Nos crimes de perigo comum há exposição de bens indeterminados a perigo de dano não plenamente determinado.

As condições à vida social, sejam relativas às pessoas ou coisas, são indiscriminadamente ameaçadas de dano pela situação perigosa, e o legislador as protege até mesmo dos riscos a que possam ser expostas. (16)

Em relação a determinadas situações o legislador não exige que efetivamente suceda um evento consistente em perigo a bens indeterminados, pois a experiência constantemente revela que nestas situações a incolumidade pública é colocada em risco. Dispensável é, para a qualificação da situação como perigosa que se tenha efetivado um risco ou ameaça de dano a um bem qualquer, pois é inerente a essa situação a qualidade de perigosa, conforme demonstração reiterada da experiência. (17)

A lei presume a periculosidade da situação, mesmo que efetivamente dela nenhuma periculosidade tenha derivado a algum bem jurídico, razão pela qual, nestes casos, o crime consiste em criação de situação perigosa, irrelevante a ocorrência de evento de perigo, já que o delito se consuma com a mera conduta que origina a situação presumidamente perigosa. (18)

Para outros crimes contra a incolumidade pública necessário é que a situação demonstre ser perigosa, a indeterminados bens jurídicos, através do efetivo risco a que os mesmos por ela foram expostos, (19) crimes estes denominados de perigo concreto.

3. Punindo a embriaguez ao volante e o desrespeito a regra de trânsito que cause grave perigo (art. 290) o legislador modificou o critério seletivo das acões relevantes penalmente.

Como bem assinala WELZEL, (20) o grande engano da teoria tradicional acerca do crime culposo está na importância dada ao elemento resultado. (21)

Segundo a concepção finalista, que adotamos, o que dá relevo à ação culposa é a inexistência de adequada diligência objetiva, o que caracteriza a ação culposa. A inadequação no uso dos meios, para alcançar o fim lícito proposto, leva a que se alcance um resultado não desejado. (22) A ação inadequada só é relevante quando um resultado se deve a esta inadequação. O Código vigente considera relevantes apenas as ações realizadas, em desrespeito ao cuidado objetivo, pela incorreção na utilização dos mejos, que tenham causado um resultado danoso. (23) Diante dos índices alarmantes dos acidentes automobilísticos, que tornam o problema de trânsito calamidade pública, impunha-se a extensão, por parte do legislador, do estigma de figura delituosa às ações, em que esta mesma falta de diligência objetiva na utilização dos meios ocasione apenas um grave perigo, uma exposição culposa de bens indeterminados a perigo.

n.º 7, págs. 17 e segs.; CRESPI, Il problema delle colpevolezza nell'ubriachezza volontaria e colposa, in Riv. It. de Dir. Penale, 1950, fasc. 6, págs. 740 e segs.; NARCÉLIO DE QUEIRÓS, em dois artigos sobre Embriaguez e Responsabilidade Penal. insertos na Revista Forense n.º 69, págs. 246 e 455. O retrospecto do tratamento dado pelas legislações européias, americana do norte e porto-riquenha. in BOAVENTURA SOUZA SANTOS, op. cit., págs. 35 e segs.

⁽¹³⁻A) Rocco, L'oggetto del Reato, págs. 288 e segs.

⁽¹⁴⁾ Sobre conceito de perigo vide nosso Estados de Necessidade, págs. 55

⁽¹⁵⁾ NELSON HUNGRIA, Comentários, vol. 12, pág. 10; MAGALHÃES NORO-NHA, Direito Penal, vol. 3, pág. 459; GALDINO DE SIQUEIRA, Tratado de Direito Penal, vol. IV, P. Especial, pág. 492.

⁽¹⁶⁾ S. Soler, Derecho Penal Argentino, vol. IV, pág. 514.

⁽¹⁷⁾ SOLER, op. cit., pág. 518; RANIERI, Manuale di Diritto Penale, vol. II. pág. 510: SABATINI, Istituzioni di Diritto Penale, vol. II. pág. 256.

⁽¹⁸⁾ Neste sentido MAGALHÃES NORONHA, op. cit., pág. 462: MANOEL PEDRO PIMENTEL, Crimes de Mera Conduta, pág. 103; SABATINI, op. cit., pág. 286.

⁽¹⁹⁾ NELSON HUNGRIA, Comentários, vol. IX, op. cit., pág. 15; Soler, op. cit., pág. 520.

⁽²⁰⁾ WELZEL, Culpa e Delitos de Circulação, em Revista de Direito Penal. n.º 3, 1971, pág. 18.

⁽²¹⁾ Vide nosso Estados de Necessidade, págs. 1 e segs.

⁽²²⁾ ZAMPETTI, Il finalismo nel Diritto, pág. 64; WEIZEL, Derecho Penal, pág. 139; nosso Estados de Necessidade, pág. 9.

⁽²³⁾ Como observa Wellel, o resultado é elemento limitativo, pois "o direito positivo se satisfaz em uma seleção feita entre as ações negligentes pelo

resultado que tiveram". Culpa e Delitos de Circulação cit., pág. 29. MANOEL PEDRO PIMENTEL diante da ineficácia da repressão às infrações de mera conduta, de perigo presumido, p.e. direção perigosa de veículos, propugna modificações legislativas que tornem aquela eficaz, op. cit., pág. 165.

Mas cabe analisar se a substituição do resultado pelo perigo, como elemento limitativo das ações inadequadas a serem alcançadas pela repressão penal, deve englobar o perigo concreto e o abstrato.

4. Não nos parece correta a extensão de repressão penal à situação "estado de embriaguez ao volante", independentemente da ocorrência efetiva do perigo.

Segundo o novo código, dirigir embriagado constitui uma situação qualificada como perigosa, malgrado inocorra qualquer perigo efetivo. Para o legislador a periculosidade é inerente à situação de dirigir embriagado, pois é presumida como própria da situação.

Segundo o art. 289, estando alguém, em via pública, embriagado ao volante, consumada se acha uma situação relevante, pois, por ser normalmente perigosa, é indiferente que algum bem tenha entrado na zona de eficácia de sua periculosidade.

Mas, se conforme vimos, inexistem critérios objetivos, que sem reservas possam determinar o que seja embriaguez, visto que os sintomas variam segundo as condições pessoais do agente, é forcoso concluir que esta impossibilidade se acentuará, quando se procurar determinar, com base nos mesmos critérios objetivos, qual o grau de embriaguez que apresenta sintomas incompatíveis com a direção de veículos. É descabido fixar qual seja o estado de embriaguez, que se presuma perigoso na direção de veículos motorizados.

A embriaguez ao volante pode constituir situação perigosa, que expõe a perigo a incolumidade de outrem mesmo em sua primeira fase. BOAVENTURA SANTOS, como outros autores, considera como embriaguez normal aquela em que o embriagado já se encontra sem controle motor, e psiquicamente incoerente. O mesmo BOAVENTURA SANTOS não deixa, entretanto, de assinalar a depressão motora e mental ocasionada pela embriaguez leve. (24)

Os monografistas acerca de acidentes de tráfico ressaltam que a embriaguez, em sua primeira fase, é a que mais perigo traz à condução de veículos. (25) LOPES-MUNIZ alerta no sentido de que poucas vezes se investiga a influência do álcool, onde sua ação foi determinante, pois a embriaguez leve, apesar de não alterar o aspecto exterior do indivíduo, altera a sua capacidade de reação normal. Nesta primeira fase de euforia a pessoa daquire maior confiança em si e destemor, razão pela qual é mais desenfreado e impetuoso no dirigir. (26)

Não se pode, entretanto, esquecer as circunstâncias pessoais, já lembradas, que impossibilitam dizer, através de dados objetivos, como a dosagem alcoólica,

(24) BOAVENTURA SANTOS, op. cit., pág. 29.

(26) LOPES-MUNIZ, op. cit., pág. 290, no mesmo sentido também J. REYES

MONTERREAL, op. cit., pág. 80.

quando se manifestam sintomas que permitam concluir que o agente se encontra em siutação que expõe a perigo a incolumidade pública.

Uma dosagem alcoólica de 0,3 cc por litro de sangue pode configurar um estado de embriaguez incompatível com a direção de veículos ,e no entanto. a Comissão Internacional Contra o Alcoolismo apenas fixa que o motorista, cuja dosagem alcoólica ultrapassa 1,32 cc por litro de sangue, representa um perigo à segurança de circulação. Nos Estados Unidos e Bélgica é permitida maior dosagem. Na Espanha dirigir com percentagem de álcool de 1,5 cc por litro de sangue constitui crime conforme Lei especial de 1962. (27) Em vários outros países menor é quantidade permitida, variando entre 0,5 a 1 cc por litro de sangue como é exemplo a Checoslováquia, Áustria, Finlândia, Suécia. (28)

Se a percentagem de 0,3 cc de álcool no sangue pode tornar perigosa a direção de veículos; se percentagem consideravelmente maior pode. conforme as circunstâncias pessoais do motorista, não tornar perigosa a sua ação de dirigir; se os países têm graus de permissibilidade, que variam desde a percentagem de 0.5 cc até 1.5 cc por litro de sangue, se a distinção entre o primeiro grau e o segundo é dificílima, se a constatação de embriaguez leve é bastante complexa, (29) se a ciência médica não encontrou um critério seguro para dizer o que é embriaguez normal e muito menos que grau de embriaguez é incompatível com a direção de veículos, é descabido o legislador considerar a embriaquez ao volante como crime de perigo abstrato, pois nestes delitos o perigo é presumido com base no que de modo exato se tem revelado pela experiência como constante, como uma situação à qual a periculosidade é inerente.

Por outro lado, outras causas relativas aos motoristas influem de modo decisivo na imensa incidência dos acidentes: causas somáticas, como p.e. defeitos físicos; causas psíquicas, como atitudes antisociais perigosas, conflitos pessoais, instabilidade emocional. (30)

A pessoa com que se vive, pois o nosso modo de viver diferencia do de nossos antepassados principalmente pela velocidade com que se deve corresponder às exigências normais de vida, a existência de um homem incivilizado em um mundo civilizado, (31) as contrariedades, fruto de aspirações não satisfeitas e de desprestígio causado pela não realização de conduta de vida esperada pelo grupo social, são alguns dos fatores que levam a uma frustração, a uma perda do sentido de viver, que é buscado e falsamente encontrado com facilidade na

(28) SIMONIN, op. cit., pág. 586; F. CORREANZA, op. cit., pág. 407.

MONTERREAL, op. cit., pág. 80. (29)

(31) ORTEGA Y GASSET, Rebelión de las Masas, pág. 94. O A. analisa com perspicácia que ocorre hoje uma invasão vertical de bárbaros, através do homem massa, señorito satisfecho, herdeiro de um bem-estar que quer usufrulir

desconhecendo a evolução que o tornou possível.

⁽²⁵⁾ M. LOPES-MUNIZ, op. cit., pág. 291; José Reyes Monterreal, Comentários a la ley de uso y circulación de veículos de motor, págs. 81 e 182. O A. se remete a trabalhos de PERES PETINTO e ROYO VILLANOVA apresentados ao Congresso Internacional de Transito de Madri de 1963, e no qual estes apresentaram comunicação no sentido de que para dirigir automóvel é perigosa, por vezes, a quantia 0,3 cc por litro de sangue, tendo em vista que mesmo esta pequena percentagem pode ocasionar retardamento dos reflexos e menor cautela com menor capacidade de previsibilidade.

^{&#}x27;(27) F. Corranza, op. cit., pág. 407; Monterreal, op. cit., pág. 79.

^{&#}x27;(30) Neste sentido é importante a divisão de M. Lopes-Muniz em causas mediatas e imediatas, aquelas relativas ao veículo, à estrada, aos fenômenos atmosféricos e ao condutor; estas subdivididas em somáticas e psíquicas. As causas imediatas dizem respeito à velocidade, percepção tardia, e condições do veículo e do motorista. Acidentes de tráfego, págs. 63 e seg.

direção de um automóvel, (32) que transforma o fraco em potente, para o qual então as regras de prudência são incompatíveis com a forca recém-adquirida.

Recente estatística mensal (33) acaba de ser feita com resultados alarmantes: 1.050 vítimas em desastres nas estradas do mês de julho em São Paulo. A Polícia Rodoviária considera que a maior parte destes sinistros se devem a falhas humanas, causadas principalmente por pressa, esgotamento com as longas filas, desconhecimento das regras básicas de trânsito.

Desde modo, a embriaguez é uma causa de exposição da segurança alheia a perigo, tal como todas 25 outras acima lembradas relativas ao motorista, que alcançam hoje níveis mais acentuados.

Como se colocar, então, o problema da embriaguez ao volante?

Dirigir embriagado constitui infração à regra de trânstio, estatuído no art. 89, III, do Código Nacional de Trânsito:

É proibido a todo condutor de veículo: "dirigir em estado de embriaguez alcoólica ou sob o efeito de substância tóxica de qualquer natureza."

O novo Código criou, além do tipo que estamos analisando, outro (art. 290) qual seja a violação de regra de trânsito, "expondo a grave perigo a incolumidade de outrem".

Para a configuração típica deste novo delito exige-se a efetividade de um perigo à incolumidade de outrem.

Desta maneira, não apenas as ações realizadas, na direção de veículos, sem o devido cuidado objetivo e que tenham causado resultado danoso a alguém, são penalmente relevantes, mas também aquelas que, efetuadas do mesmo modo, tenham tão somente criado grave perigo à incolumidade de outrem.

Parece-nos incongruente que o legislador eleja a embriaguez, uma das causas dos acidentes, causa hoje de menor importância diante dos outros fatores que influem na ocorrência de desastres, como crime de perigo abstrato, com risco à liberdade individual, quando em relação às causas imediatas dos acidentes, quais sejam o desrespeito às normas de trânsito, exija para a sua configuração delituosa a ocorrência de grave perigo e logo perigo concreto.

O perigo abstrato, como já analisamos, é uma presunção do legislador fundado no que reiteradamente é revelado pela experiência e pela ciência.

A experiência e a ciência não determinam quando ocorre a embriaguez normal, nem quais os sintomas próprios aos diferentes estágios; a experiência por outro lado, demonstra que são inúmeros os fatores determinantes de situações perigosas ao volante, além de embriaguez, sendo forçoso concluir, portanto, que o princípio do quod plerumque accidit, que preside à elaboração dos tipos de crime de perigo abstrato, não pode fundamentar a construção do crime de embriaguez ao volante como de perigo abstrato.

(33) "Jornal da Tarde" de 31 de julho de 1972.

É pelos motivos todos aduzidos que se impõe a supressão do art. 289 e não apenas porque a direção de veículo em estado de embriaguez configure o crime do art. 290, visto que para a adequação típica é indispensável haver grave perigo. A embriaguez ao volante deve, a nosos ver, constituir circunstância qualificadora ou, então, causa de aumento de pena do crime de desrespeito à regra de trânsito estatuído pelo citado art. 290. Havendo este desrespeito, dele derivado grave perigo à incolumidade de outrem e estando o motorista embriagado, este seu estado deve constituir circunstância qualificadora, e não uma figura típica autônoma.

Em estado de embriaguez é, por certo, mais acentuadamente previsível a possibilidade de infração às regras de trânsito, mas esta é uma razão bastante para considerar-se a embriaguez ao volante uma qualificadora do crime, carecendo, todavia, de elementos outros indispensáveis a erigi-lo em crime de configuração própria.

A nossa sugestão de lege ferenda é no sentido, portanto, de que se suprima o art. 289 do Código Penal estatuindo-se, no parágrafo único do art. 290, a embriaguez ao volante como circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena do crime.

⁽³²⁾ Sobre a crise existencial do homem contemporâneo e repercussão deste fenômeno no tráfego, PAOLINO FERRARI, op. cit., pág. 56.

OS RUMOS DA CRIMINOLOGIA

João Mestieri

1 S

I. A posição da Criminologia clássica frente à ciência do Direito Criminal tem sido de nítida subordinação e dependência. Costumamos estudá-la como ciência auxiliar, e é ela assim considerada nos grandes centros europeus. Assim, na Alemanha, o dicionário especializado de ELSTER-LUNGEMANN tem o título de Handwörterbuch der Kriminologie und der anderen Strafrechtlichen Hilfswissenschaften (Berlin, 1933). Isso em termos práticos quer dizer que mesmo uma ciência como a Criminologia é estudada sempre em relação com os postulados abstratos da dogmática criminal e figuras de delito, reservando-se quase nenhum lugar ao estudo empírico na elaboração das teorias criminológicas.

Exame atento do objeto da Criminologia clássica, tal como é entendida entre nós, e na maioria dos sistemas da família romano-germânica, leva-nos à conclusão de ser esta também uma ciência normativa. Seu objeto é pré-definido por não-criminologistas, através das definições formais de crime e de criminoso. Os criminologistas em geral não aceitam o fato de sua ciência ser normativa, sustentando com Mannheim (Comparative Criminology, vol. I. pág. 13, 1965) que o estudo objetivo das normas não é em si mesmo normativo. Não obstante, não é difícil demonstrar esse caráter normativo e repetidor da Criminologia quando vemos em que medida a aceitação passiva da pré-definição e da pré-limitação de seu campo pelo Direito Criminal tem impossibilitado a Criminologia fazer uso de toda a sua carga científica de análise da realidade social. A preocupação de pré-definição externa ao âmbito da Criminologia chega mesmo a se revestir de características curiosas. GALLINO YANZI (El Delito en la Criminologia, in Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofia del Derecho en Homenaje al Profesor Luiz Jiménez de Asúa, pág. 161 ff, B. Aires, 1970), por exemplo, observa, de princípio que "siempre estará referida nuestra investigación al delito y a la contravención descrita y sancionada por el legislador" (pág. 164), apenas observando, quanto a isso, não ser conveniente seguir, na matéria, uma direção próxima ao positivismo jurídico formal, "porque hay contravenciones que no son delitos y que tambien nos preocuparán; tal las infracciones al tráfico o los juegos de azar y otros que si bien son delitos, no tienem encaje en la criminologia, tal los delitos politicos" (!).

MICHAEL PHILLIPSON, autor de uma das mais sérias análises da Criminologia (Sociological Aspects of Crime and Delinquency, London, 1971), as identificar essa falha na Criminologia clássica distingue dois tipos de Criminologia, a (1) deterministic criminology, tradicional, usando métodos naturais de investigação científica, procura diagnosticar a causa ou causas do fenômeno em exame: seu approach aos problemas criminológicos é objetivo: a (2) subjective criminology ou subjective interpretation of criminological phenomena, por primeira vez formulada de forma coerente por MAX WEBER, vê o homem como um sujeito dotado de escolha, procura descrever e entender (a noção weberiana do Verstehen) os padrões típicos de escolha. O termo "subjetivo" refere-se tanto ao método empregado pelo pesquisador para chegar a uma interpretação dos fenômenos sociais, como aos tipos de dados aos quais ele dá primazia, in verbis, os significados subjetivos dos autores cuja atividade ele procura entender (op. cit., 28). Esse tipo de entendimento é qualitativamente diverso da explanação causal, classica; essencialmente, esclarece Phillipson, "it seeks to understand the processes by which actors arrive at their particular pattern of choices and to describe the actor's perceptions of the limits of those choices". O método dessa nova Criminologia é, pois, subjetivo, não determinístico e interpretativo,

Sociólogos-juristas interessados de maneira especial nos problemas de deviant behavior já haviam antecipado essa distinção de Phillipson, partindo de uma posição diferente, e de um conceito de ordem jurídica criminal mais livre. Uma das melhores sínteses dessas duas maneiras de encarar os fenômenos sociais (e assim, os criminais) é aquela de Rubington-Weinberg (Deviance — The Interactionist Perspective, pág. 2 ff, N. York, 1969). Apresentam eles, como sendo característicos do approach objetivo, os seguintes:

- 1. As normas são de primeira importância. Elas são objetos simbólicos em razão dos quais o conceito de deviance é a final estabelecido. Os homens estabelecem regras de conduta e depois tentam fazer com que tais regras sejam observadas por todos. Desvios a essas regras tumultuam a ordem e demandam várias medidas de dinamização ou, em geral, algum sistema de controle social.
- 2. Considera-se deviance qualquer violação às regras, e deviants as pessoas violando essas regras.
- 3. As perguntas que os sociólogos desse tipo formulam, tendo o fato da deviance como objetivamente verdadeiro, são: (a) quem é o deviant; (b) como ele se tornou um deviant; (c) porque ele continua em deviance apesar de os controles sociais haverem sido nele aplicados; (d) quais as condições socio-culturais que melhor se prestam a produzir deviants; (e) como podem os deviants ser melhor controlados.
 - O approach subjetivo tem, a sua vez, como característicos:
- 1. As definições dadas pelos próprios sujeitos acerca das situações é que vem a ser o problema.
- 2. O fato de se considerar ou não um ato como deviant depende de como outras pessoas reagem a ele. Deviance não é uma

qualidade simples, presente em algumas espécies de comportamentoe ausente em outras. Ao contrário, é produto de um processo envolvendo as respostas de outras pessoas ao comportamento.

- 3. O sociólogo estudando deviance como subjetivamente problemática, encara-a como um processo interativo, e isso requer que ele adote a perspectiva daqueles definindo uma determinada pessoa como sendo social deviant.
- 4. As perguntas formuladas, são: (a) quais as circunstâncias nas quais uma pessoa é discriminada no grupo, e considerada deviant? (b) como se sente essa pessoa em seu papel social? (c) que tipo de ações empreendem os sujeitos com base nessa redefinição da pessoa? (d) que valor, positivo ou negativo, atribuem eles aos fatos de deviance? Além dessas questões, passando para o outro lado da interação social, o pesquisador adota a perspectiva da pessoa considerada deviant e passa a considerar questões como: (a) como uma pessoa considerada deviant reage a essa estigmatização? (b) como recebe ela o papel de deviant que pode ter-lhe sido reservado? (c) que mudanças podem advir desse fato em seus grupos de interação? (d) em que medida ela transforma sua auto-concepção para conformá-la com o papel de deviant a ela atribuído?
- II. A Criminologia, assim, para ser uma ciência autêntica, com poder próprio de investigação e condições de criticar o estado atual dos institutos de Direito Criminal (a Política Criminal exerce sua crítica em momento diverso daquele da Criminologia) deve de ser independente em relação aos conceitos e construções da dogmática criminal. O primeiro passo a ser dado neste sentido é o de se adotar um conceito operacional de delito, muito mais abrangente do que aquele do Direito Criminal: tal conceito deve de ser liberto dos limites do típico, de vez que o estudo criminológico do fato social de deviance não é a análise de um Tatbestand de determinado sistema jurídico, mas o exame da norma de conduta correspondente ao preceito, projetada no todo sociológico do deviant behavior. A atividade de criação de tipos em Direito Criminal é eminentemente delimitadora do injusto, descritiva, e assim não abrangendo a totalidade do fenômeno no campo social. Esse fato já de há muito foi observado na sociologia americana. THORSTEN SELLIN (Culture Conflict and Crime, pág. 21, N. York, 1938) por exemplo observa que as categorias legais apresentadas pelo Direito Criminal "do not meet the demands of scientists because they are of a fortuitous nature and do not arise intrinsically from the nature of the subject matter". Neste sentido, Walter Reckless (Criminal Behavior, pág. 10, N. York, 1940): "crime sociologically speaking, is fundamentally a violation of conduct norms wich contain sanctions, no matter whether found in the criminal law of a modern state or merely in the working rules of special social groups".

A principal vantagem dessa concepção livre é a possibilidade de se estudar as causas e condições nas quais um dado comportamento é considerado criminoso pela sociedade; quais as forças, interesses e propósitos que estão por trás da criação jurídica do injusto.

Sobre essas questões consulte-se, em especial, Clarence R. Jeffery, The Structure of American Criminological Thinking, 1956. Consulte-se, ainda, os seguintes trabalhos: DAVID MATZA, Becoming Deviant, N. Jersey, 1969. EDWIN SCHUR, Our Criminal Society, N. Jersey, 1969. JOHN F. SCOTT, Internalization of Norms, N. Jersey, 1971. J. L. SIMMONS, Deviants, Univ. Calif., The Glendessary Press, 1969. Cacioppo, A Reformulated Theory of Criminality: an empirical test, Ph. D. thesis, Iowa, Univ. Microfilms, Ann Arbor, 1954. John P. HEWIT, Social Stratification and Deviant Behavior, N. York, 1970. Lofland, Deviance and Identity, N. Jersey, 1969. W. J. CHAMBLISS, Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions, in Wisconsin Law Review, 1967. J. D. STUART, A Citizen's View of the Impact of Crime, in Crime and Delinquency, vol. 15, n.º 3, 1969. H. BAUER JR., Le Crime en Col Blanc aux Etat-Unis, in Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique, vol. XXIV, n.º 4, Genève, 1970. John E. Conway, Making Research Effective in Legislation, in Wisconsin Law Review, 1967. J. VÉRIN, La Recherche Active en Criminologie, in Revue de Science Criminelle et de Droit Pénale Comparé, n.º 2, Paris, 1969. J. VÉRIN, Les Problémes-Clés en la Criminologie, in Revue de Science Criminelle et de Droit Pénale Comparé, n.º 2, 1970. T. N. FERDINAND, The Offense Patterns and Family Structures of Urban, Village and Rural Delinquents, in The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, vol. 55, n.º 1, 1964. JOHN I. KITSUE, Societal Reactions to Deviant Behavior: Problems of Theory and Method, in Cressey-Ward, Delinquency, Crime and Social Process, N. York — Evanston — London, 1969. STANTON WHEELER-L. S. CONTRELE Jr., The Labeling Process, in Cressey-Ward, op. citada.

III. A par disso, podemos sugerir como interesses importantes de uma ciência criminológica moderna, os seguintes:

- 1. A elaboração de projetos de pesquisa, de natureza empírica, investigando-se o fenômeno do deviant behavior a partir do delinquente, e não com base em categorias objetivas de injusto. Tendo em vista o princípio sociológico de que a motivação para a ação é recebida do meio social e encontra-se distribuída diferentemente na estrutura da sociedade (H. Gerth-C. W. Mills, Character and Social structure, London, 1961) reveste-se de grande interesse o estudo de determinados tipos de motivação, tendo aceitação e importância em grupos determinados da sociedade, e a maneira pela qual esses se expressam em comportamento social. Aqui, é muito mais importante o entendimento que os indivíduos, como grupos, têm da norma do que qualquer conceito objetivo cristalizado no Direito-ciência ou na Sociologia objetiva. Exemplo de um tal esforço, é o conhecido estudo de William F. White, Street Corney Society, The Social Structure of an Italian Slum (1.2 ed. 1943), Chicago-London, 1970.
- 2. Ainda investigando-se o fenômeno do deviant behavior a partir do delinquente, faz-se necessário um programa de pesquisas visando o conhecimento das atitudes e percepções dos delinquentes, assim oficialmente considerados (labeled criminals), e dos vários grupos sociais sobre o crime, a administração da justiça e o meio circundante social. Os resultados obtidos em trabalhos empíricos desse gênero contribuiriam grandemente para o entendimento do fenômeno criminal como um todo além de fornecer subsídios para uma política criminal realista, construindo sua crítica do Direito Criminal vigente a partir do

ser. No Departamento de Ciências Jurídicas da P.U.C./RJ estamos presentemente realizando uma pesquisa empírica desse tipo, intitulada "Atitudes e Percepções da Mulher Delingüente". O tema foi escolhido não só pelas razões acima. apontadas como também pelo estado de relativo abandono em que se encontram. os estudos da mulher delingüente. Nessa linha existem estudos de interesse, merecendo ser nomeados: MARION EARNEST, Criminal Self - Conceptions in the Penal Community of Female Offenders: an empirical study, Ph. D. thesis, Iowa, Univ. Microfilms, 1971. A J. W. TAYLOR, A Brief Criminal Attitude Scale, in The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, vol. 54, n.º 4, 1963, John P. Clark, The Attitude of Juveniles Toward the Legal Institutions, in The Journal of Criminal Law, Crim. and P. Science, vol. 55, n.º 4, 1964. A. D. MYLONAS-WALTER C. RECKLESS, Attitudes Toward Law Enforcement in Greece and the United States, in The Journal of Research in Crimeand Delinquency, 1968-1969. JACOB I. HURWITZ, Three Delinquent Types: a multivariate analysis, in The Journal of Criminal Law, Criminology and Police-Science, vol. 56, n.º 3, 1965. CALDER J. TORO-C. CEDEÑO W. C. RECKLESS, Comparative Study of Puerto Rican Attitudes toward the Legal System Dealing with Crime, in The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, vol. 59, n.º 4, 1968,

- 3. O estudo do crime como parte necessária da estrutura social, usando-seo método comumente denominado differential social association approach. O crime nesse contexto é entendido como parte integrante da vida na comunidade, e não como algo especial externo, peculiar ou mesmo anormal. Este foi, atécerto ponto, o approach de ÉMILE DURKHEIM, reconhecendo a funcionalidade da atividade criminal para as estruturas social e cultural (On The Normality of Crime, in Theories of Society, vol. II, págs. 872-875, de T. Parsons e outros, Free Press, 1961). No mesmo sentido, consulte-se ERNEST K. ALIX, The Emergency of Crime in the Community, Ph. D. thesis, Southern Illinois, Univ. Microfilms, Ann Arbor, 1966. R. L. Burgess-R. L. Akers e outros, A Differencial Association Reinforcement Theory of Criminal Behavior, in Cressey-Ward, op. citada. C. R. Jeffery, Criminal Behavior and Learning Theory, in The Journal of Criminal Law Criminology and Police Science, vol. 56, n.º 3, 1965. Ernest K. Alix, The Functional Interdependence of Crime and Community Social Structure, in The Journal of C. Law, Criminology and P. Science, vol. 60, n.º 3, 1969.
- 4. Estudar o delinquente indo-se além das limitações do criminoso das prisões. Limitar o estudo criminológico aos delinquentes encarcerados, leva-nos a interpretar o crime fora de seu contexto social verdadeiro, como sendo produto de uma minoria de indivíduos desafortunados, aparentemente fora do contexto da sociedade convencional. Este mal, no dizer de Phillipson (op. cit., 24) "has been a cardinal sin of traditional criminology". E observa (op. cit., 8): "by limiting its attention to the individuals found guilty by the courts, criminology becomes the study of the failed offender, that is, the offender who unlucky enough to be caught and convicted".
- 5. Construir, a partir de trabalhos empíricos, uma tipologia do delinqüente brasileiro.

CRIME, SOCIEDADE, CULTURA (*)

GILBERTO DE MACEDO

Sumário: 1. Introdução; 2. Contestação, violência, crime; 3. o crime, fenômeno humano; 4. Biologia, cultura, liberdade; 5. Agressividade biológica e agressão social; 6. Os dinamismos sociais do comportamento criminal; 7. Sociedade tecnológica e crime; 8. Para a humanização da política criminal; 9. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A elaboração de uma teoria geral da criminalidade, é hoje, não somente necessária para sistematizar num corpo de doutrina as diversas orientações parciais que pretendem explicar a totalidade do fenômeno criminal, como sobretudo, para que da mesma se possam deduzir medidas de ordem prática capazes de analisar o problema em sua íntima dinâmica.

Por outra parte, a colocação da matéria em termos dialéticos crime-sociedade, comportamento criminal-cultura, procede, conforme veremos, logo mais, da própria natureza do fenômeno criminal. Esse método relacional justifica-se cabalmente através da complementariedade do social e do criminal os quais "se unem sem se confundir, numa dialética oposição-composição", segundo palavras de Pierre Grapin. (1)

Tal proceder científico deverá permitir um conhecimento que leve a uma atitude tanto quanto possível racional e crítica, ao invés da atitude mágica, no trato desse problema. Somente, então, a partir daí, será possível pensar-se na terapêutica etiológica e em profilaxia do crime.

Não é um exagero a afirmativa de que o problema criminal continua sendo, cada vez mais, um grave problema social; muito menos, deve entender-se como um lugar comum. Mas chega a constituir, não somente estímulo à curiosidade dos cientistas do comportamento humano, como, sobretudo, um desafio aos go-

^(*) Tese oficial, VI Congresso Brasileiro de Direito Penal e Ciências Afins,

Recife, 2 a 8 de agosto de 1970.

(1) GRAPIN. P. — Introduction générale, em Adaptation et agressivité, Paris, PUF, 1965, pág. XI.

vernos e políticos responsáveis pela ordem social. A tanto nos leva a evidência da generalização da violência no mundo contemporâneo. Não que essa apareça como uma novidade peculiar aos nossos tempos; a violência, todos sabem através do testemunho da História, sempre ocorreu na sociedade humana; mas, é que, hoje, ela assume proporções e formas inesperadas, sobretudo em contraste com o extraordinário progresso material e tecnológico, após tantos séculos de pensamento. Eis porque justifica-se fazer a crítica da noção de progresso pelo desvirtuamento que a mesma tem tido nos recentes anos.

2. CONTESTAÇÃO, VIOLÊNCIA, CRIME

Há um estado de perigosidade generalizado e progressivo no mundo inteiro independente da forma política dominante em cada sociedade. A primeira reflexão, parecem estar as instituições sociais ameaçadas em sua própria sobrevivência. Não se trata aí, evidentemente, das mudanças trazidas pela modernização, que são próprias da evolução social, mas sim de uma desorganização estrutural.

Vejamos alguns exemplos:

As estatísticas revelam o aumento da criminalidade global e o aparecimento de novas modalidades de delito concomitantemente à mudança social. Assim, nos Estados Unidos, o aumento da criminalidade no período de 1958 a 1960 foi de 58%, seis vezes mais, em termos relativos, que a população, não se considerando aí o crime organizado, o qual, por sua complexidade é praticamente impossível de ser numericamente avaliado. Por sua vez, a criminalidade juvenil tem-se acentuado a partir de 1949, de maneira progressiva, cada ano. Somente em 1947, foram atendidos nos tribunais juvenis cerca de 811.000 casos, excluídas as infrações do tráfego. Leve-se ainda na devida conta as observações dos órgãos especializados, como o Children's Bureau, acerca da limitação dessas estatísticas, incapazes de medir a delingüência juvenil em toda sua extensão. (2)

Já na Inglaterra, o crime organizado, inexistente há cerca de quinze anos, ocorre agora de maneira acentuada. (3)

Aliás, a respeito desse aspecto, nem se precisaria fazer apelo às estatísticas, senão como instrumento de trabalho científico. Os fatos encontram-se aí, aos olhos de todos nós.

As explicações para tudo isso temo-las nas próprias condições da sociedade contemporânea.

Assim, após ter a ciência refutado, como falso, o conceito de *raça*, os distúrbios raciais eclodem, de maneira inusitada em países onde a informação científica é largamente difundida.

A rebelião da juventude ocorre no mundo inteiro, sob formas diversas, como conflito de gerações, porém, na verdade, motivada mais por diferenças de mentalidade impostas pelas transformações sociais rápidas que por razões de ordem biológica. O protesto legítimo transforma-se em desordem social.

A desobediência civil intranquiliza.

O terrorismo como pretensa solução para problemas políticos, já não é excepcional. A pirataria parece renascer.

Os estados de tensão internacional marcam o tempo.

Há violência em toda parte. Violência evidente e violência dissimulada. No âmbito das relações inter-pessoais e das instituições.

Violência religiosa, quando se fala no diálogo ecumênico. Violência econômica — a da miséria e a da abundância — quando a idéia de justiça social constitui um imperativo para o bem-estar.

Violência nos lares: crianças familiarizando-se com a mesma, como forma cotidiana de divertimento... aí estão os meios de comunicação-de-massa, a TV e as histórias-em-quadrinhos, em particular, realizando a patologia da identificação através da imagem de falsos heróis, des-estruturando a consciência juvenil pela experiência de soluções irreajs.

Noutro plano, a vida social revela o desequilíbrio em extremismos... De um lado, o controle rígido, levando à restrição ou à negação dos direitos humanos, entendidos esses no sentido legítimo da Carta das Nações Unidas: é a sociedade opressiva, onde impera a autocracia. Do outro, é a ausência de qualquer controle social, a libertinagem, de que o erotismo constitui seu exemplo mais sugestivo: é a sociedade permissiva, na qual reina a anarquia.

Crise de autoridade e crise de liberdade. O comportamento social está constrangido a dois modelos patológicos: a opressão e a licenciosidade.

Antagonismos intransigentes marcam, assim, o atual período histórico.

Seria, então, o homem incapaz de con-viver, relacionar-se, organizar sua vida social na compreensão e no respeito mútuos? Nada existe nas ciências do homem que permita responder a essas perguntas de maneira afirmativa. Pelo contrário. O homem é um ser dialogal, portanto, aberto à comunicação e ao entendimento. A sociedade é que está organizada de maneira anti-humana.

Resulta daí a frustração histórica, que gera a insatisfação difusa e o sentimento geral de issegurança ante o futuro... insegurança que provoca a ansiedade e a angústia, e essas, a agitação dos grupos.

Impossibilitado o diálogo é o que se vê: a emoção sobrepondo-se à razão. A arte da guerra ao invés da arte da conferência: técnicas de aniquilamento antecipando-se à diplomacia. A querela substituindo ao espírito concordatário. Afirmação da concorrência, negação da cooperação.

Como não esperar a violência, a agressividade e o crime, se o ressentimento impregna a moral e a hostilidade motiva o comportamento dos indivíduos e das nações?

Eis porque o nosso é um universo contestacionário.

O clima é propício à delingüência e ao crime.

A sociedade criminógena está aí.

3. O CRIME, FENÔMENO HUMANO

Do ponto de vista de sua natureza, o crime é, antes de tudo, ato humano, mesmo quando se dirija contra o homem. Dizendo humano, subentende-se o biológico e o social que nele se contém. Aliás, mais social que biológico. É que o

⁽²⁾ Juvenile Court Statistics, 1967, U. S. Children's Bureau, Washington, 1968.

⁽³⁾ Federal Prolation, XXXIII, 2, 1969, pág. 82.

crime ocorre concretamente como comportamento humano e esse somente adquire plenitude estrutural ao nível de realização social. O homem completo, como tal, em sua humanidade, é o que se revela través da personalidade, resultante das influências sócio-culturais sobre a individualidade biológica. É essa personalidade a estrutura básica do humano, o indivíduo limitadamente biológico constituindo apenas uma sub-estrutura.

Isso revela como o comportamento humano não pode ser definido em termos de causalidade determinista, mas através de condicionamentos probabilistas. A causa não explica o comportamento humano; mas os fatores biológicos, psicológicos, sociológicos, culturológicos, vistos de maneira complementar, integrados na unidade da personalidade, é que poderão levar à compreensão do homem e seus atos.

Daí dizer-se nas ciências do homem, que o seu comportamento é modelado pela cultura, constituindo esse o traço mais característico das sociedades humanas, distinguindo-as dos animais. Conclusão aceita até mesmo nas ciências ditas naturais, tal como podemos ver através de um dos seus cultores mais representativos, figura exponencial da genética moderna, Theodosius Dobzhanski, quando diz, explicitamente que "as sociedades de insetos são dominadas — por um comportamento geneticamente estereotipado, instintivo (embora também possa atuar certo condicionamento), enquanto as humanas são fundamentadas unicamente na cultura, que os indivíduos aprendem em vez de herdar através de — seus genes (4). A afirmação acima não exclui, decerto, a possibilidade de que os possuidores de certos genes achem mais fácil, ou mais atraente, tornarem-se perversos do que virtuosas mediocridades, ou vice-versa. Mas é indiscutível que ninguém pode tornar-se qualquer tipo de pessoa, a não ser que pertença a uma sociedade na qual ele aprende certas "normas de vida" (5).

No comportamento humano, o biológico fornece assim o material primitivo, o substrato-físico, cuja forma dinâmica é dada pela cultura.

Não há, portanto, a exclusão do biológico, mas a — prevalência do cultural. Porque o homem é mais que biológico; é sobretudo, ser social. Resulta, então, que o comportamento humano seja o produto de dois processos complementares, a saber: a maturação neurológica, de natureza biológica, e a aculturação, de natureza social. A primeira faz do homem um indivíduo, a segunda outorga-lhe — uma personalidade. Através da primeira ele apresenta uma personalidade. Através da primeira ele apresenta uma constituição, pela segunda, adquire uma história, estrutura uma biografia. É o Homem resultante de uma evolução biológica, e sobretudo, de uma evolução social. Desenvolvimento bio-psicológico no primeiro caso, socialização — psico-cultural, no segundo.

4. BIOLOGIA, CULTURA, LIBERDADE

Isso adverte a respeito de uma peculiaridade essencial de Homem: a de não ser o mesmo escravo de sua natureza primitiva, ou seja, de seus padrões genê-

ticos e de suas funções glandulares. A aprendizagem da socialização e da aculturação lhe fornece, através de vivencias psicológicas e experiências sociais, instrumentos operacionais capazes de guiar as disposições biológicas segundo um modêlo determinado: a capacidade para discernir, refletir, optar. Essa a raiz de sua Liberdade interior, cujo reconhecimento constitui a maior conquista das ciências do Homem.

Mas eis que novamente, a própria Biologia nos traz o seu apoio. Assim. THEODOSIUS DOBZHANSKI, em suas célebres conferências na Universidade de Virgínia, afirma, através da genética, as bases biológicas da liberdade humana: "A aparência, a estrutura e o estado funcional que tem o corpo num dado momento constitui o fenótipo. O fenótipo de uma pessoa muda continuamente através da vida enquanto prossegue o desenvolvimento. As mudanças na manifestação da hereditariedade do fenótipo contrastam com a relativa estabilidade do genótipo. Porém deveria ser compreendido que a relativa estabilidade do genótipo é dinâmica — os genes são estáveis não porque sejam isolados do mejo ambiente, mas porque reproduzem-se fielmente. (6) ... "Os genes humanos realizaram o que nenhum outro conseguiu. Formaram a base biológica para uma cultura-super-orgânica, a qual provou ser o mais poderoso método de adaptação ao ambiente até então desenvolvido por qualquer espécie" (7). ... "O comportamento humano é o essencial geneticamente — não-fixado; ele mostra um grau notavelmente elevado de plasticidade fenotípica. É adquirido no processo de socialização, do treinamento recebido de outros indivíduos. — Sua base é imposta pelos genes, porém a direção e estensão do seu desenvolvimento são, em sua maior parte, antes que biológica, culturalmente determinadas. (8). A evolução biológica produziu a base que permitiu a nova, especificamente humana... Porém esta nova evolução, que envolve a cultura, ocorre de acordo com as suas próprias leis, que não são deduzíveis das leis biológicas, se bem que - não sejam contrárias a elas. A habilidade do homem para escolher livremente entre idéias e atos é uma das características fundamentais da evolução humana (9)".

Da liberdade humana no plano da consciência e dos valores não se precisa insistir: a evidência se impõe.

Essas propriedades acentuam-se no caso do comportamento criminal, que somente ocorre na dependência, direta ou indireta, atual ou remota, da vida em sociedade. Nesses casos, a liberdade interior vai permitir que as medidas — profiláticas e as terapêuticas possam atuar no sentido de se realizar o ajustamento da personalidade.

Daí, enfim, justificar-se plenamente a consideração do crime como fenômeno social e a definição da Criminologia proposta por LAVASTINE e STANCIU (10) como a ... "ciência do homem simplesmente" ("Science de l'homem tout court"),

⁽⁴⁾ DOBZHANSKY, Th., O Homem em Evolução, trad., São Paulo, Poligono, 1968, pág. 65.

⁽⁵⁾ DOBZHANSKY, Th., op. cit., pág. 66.

⁽⁶⁾ DOBZHANSKY, Th. The Biological Basis of Human Fredom; Nova York, Columbia University Press, 1956, pág. 19.

⁽⁷⁾ Id., pág. 121.

⁽⁸⁾ Id., pág. 130. (9) Id., pág. 134.

⁽¹⁰⁾ LAVASTINE, L., e STANCIU, S., Précis de Criminologie, Paris, PUF, 1958.

5. AGRESSIVIDADE BIOLÓGICA E AGRESSÃO SOCIAL

A isso parecem nos levar os estudos sobre a agressividade. Segundo os etólogos (Lorenz, Portamann) os animais não possuem conduta agressiva, no sentido de ação contra, mas conduta adversiva enquanto ação para. Essa estaria dirigida para atender necessidades instintivas básicas. Conforma diz Henri Ey "os chamados instintos agressivos ou condutas adversivas dos animais, outra (coisa) não são que violências que lhes atribuímos nas "relações humanas" que ocasionalmente com eles mantemos. Não é o animal que está projetado na violência do homem, é o homem que, numa espécie de álibi antropomórfico, projeta sua violência no reino animal" (11).

No homem, teríamos que distinguir a gressividade dita normal — atributo biológico com sentido de adaptação — da agressividade patológica, socialmente adquirida. Enquanto a primeira permitiria uma adaptação benéfica, essa última levaria a uma adaptação maléfica, vale dizer, no caso presente, criminal.

A transformação da agressividade biológica, adaptativa, em agressão social (criminal), dar-se-ia através da energia emocional e das tensões provocadas pelas frustrações, aquelas vinculadas a estados de ansiedade e angústia. Significa, portanto, uma resposta instrumental nociva num determinado campo social. A psicanálise ensina que ela deriva das carências afetivas e falta de segurança nas relações sociais precoces no seio da família.

É assim que os fatores socioculturais interferem na estruturação do comportamento agressivo humano através das agências sociais, particularmente a família. Não é, por consegüinte, um atributo biológicamente herdado.

6. OS DINAMISMOS SOCIAIS DO COMPORTAMENTO CRIMINAL

Significa tudo isso dizer que a sociedade humana é inevitalmente, criminógena? Certamente que não.

Essa criminogênese resulta antes da des-organização que da natureza (humana) da sociedade. Conflitos de papéis e valores, conflitos de cultura e outros, geradores de frustração, resultam da organização contraditória da sociedade.

A isso nos levam os dinamismos do comportamento criminal, melhor compreendidos através da descrição do fenômeno da socialização. Essa constitui um processo através do qual a criança aprende o estilo de comportamento da sociedade a que pertence e tem seu início, precocemente, com as primeiras relações mãe-filho e, em seguida, com os demais membros da família. São essas experiências que irão dar o modêlo do comportamento, segundo mecanismos — psicológicos e psico-sociais. Assim, segundo Parsons e Bale (12), pela aprendizagem consciente as crianças assimilam a cultura, onde estão situadas: chama-se a isso interiorização. De acôrdo com os psicanalistas, trata-se de interiorização das normas paternais, levando à formação de uma consciência moral, um super-ego,

(11) Ey, H., Psicanálise da Violência; em A Violência, Paris, Centro dso Intelectuais Franceses, trad., Rio de Janeiro, Laudes, 1959, pág. 38.

(12) PARSONS, S., e BALES, R. F., Family; Socialization and Interaction Process, Glencoe, The Free Press, 1955.

através de mecanismos catéticos apreciativos com sentido de recompensa e punição e, por outro lado segundo mecanismos cognitivos, como a imitação e a identificação (HINKLE) (13).

Dessa maneira, se o indivíduo assimila o modêlo social, seu comportamento é tido como *normal*; se se afasta, o comportamento é chamado *divergento* (asocial, anti-social, criminoso).

A sociodinâmica criminal encontrar-se-ia assim no choque entre traços de personalidade resultantes da socialização divergente e as pautas sociais vigentes na sociedade.

É assim que também se constituem os grupos delinquentes de jovens e adolescentes. É próprio das crianças logo na fase escolar, unirem-se em grupos simplesmente lúdicos, os quais prolongam os jogos infantis. Na adolescência, os grupos têm já um sentido utilitário; unem-se para melhor conhecer o mundo e os outros. Se esses meninos e jovens procedem de famílias em conflito de cultura, então a necessidade de agrupamento torna-se ansiosa. Jovens ressentidos e agressivos, buscam convívios de outros para se compensar do sentimento de insegurança e ansiedade resultantes das carências afetivas naquelas famílias. Os móveis inconscientes seriam, enfim, a necessidade de proteção, compensação e valorização.

Sendo característica fundamental da constituição dos grupos o estado de coesão que permite manter os membros unidos através de uma mentalidade coletiva, então fácil é entender, como no caso de membros hostís e não havendo sublimação desses sentimentos, a agressividade ocorra lá de maneira difusa.

Nos grupos de jovens onde a coesão psicológica ainda não atingiu forte integração, resulta a incapacidade desses (grupos) propiciarem as compensações necessitadas, dando como consequência ansiedade, insegurança e mêdo. Isso não acontece nos grupos de adolescentes suficientemente coesos para provarem compensações, ficando a ansiedade superada pela auto-sugestão, pela impregnação inconsciente e pela identificação aos membros mais velhos. Se as normas de comportamento aí imperantes contrariam as da grande sociedade, esses grupos são chamados de anti-sociais e delinquentes. São eles reveladores de uma síndrome delinquencial de auto-afirmação e agressividade social.

Nos grupos mais jovens, de coesão ainda fraca, a ansiedade e o mêdo refreiam as ações e a delinquência resulta, quase sempre, um episódio; mas nos já organizados grupos de adolescentes, a decisão domina o comportamento antisocial porque, como diz Joubrel, "é o grupo que endossa a responsabilidade do ato" (14).

Essas últimas chegam a evoluir para atividades específicas, constituindo as subculturas delinquentes, das quais Cloward e Ohlin, (15) distinguiram três

(14) JOUBREL, H., Les Jeunes en Groups et en Bandes, em L'Homme et les Grupes Sociaux. Paris. Spes. 1960.

⁽¹³⁾ HINKLE, G. J., Sociology and Psychoanalisys, em BEKER, H., e BOSKF, A. (eds.), Modern Socialogical Theory in Continuity and Change, New York, 1967, pág. 16.

⁽¹⁵⁾ CLOWARD, R. A., e OHLIN, L. E., Delinquency and Opportunity, New York, The Free Press of Glencoe, 1960.

tipos principais: a sub-cultura criminal, cuja atividade principal é o roubo, a extorsão: a sub-cultura conflitiva, praticando violência, e por fim, a sub-cultura isolada, dedicada ao uso de entorpecentes e drogas, em geral.

Através dessas culturas é que se estabelece a continuidade entre delinquência juvenil e a criminalidade dos adultos. Do grupo psicológico passa-se à sociedade.

Por que se constituem esses grupos? O que dá a eles a coesão, fazendo-os resistentes às influências corretoras da grande sociedade?

O motivo de sua constituição encontra-se no estabelecimento de normas de comportamento afastadas daquelas aprovadas pela sociedade. Em particular, o mêdo de fracassar ou o fracasso na luta por conseguir sucesso pelos meios lícitos e adequados à cultura da sociedade competitiva. Há uma alienação e respeito da norma convencional, fazendo com que determinados indivíduos não atribuam à mesma o seu caráter de legitimidade. Afastado, pelo alheiamento, das emoções normalmente experimentadas na sociedade, o indivíduo concentra-se sobre simesmo, o que lhe acentua a necessidade de comunicação. Daí a busca de outros, sobretudo com afinidades, levando à formação de grupos, os quais passam a desempenhar a função de segurança e escape das ansiedades.

Como se estabelece nesses grupos a coesão? Conforme vimos, a alienação por si só leva à ansiedade. Mas se essa fôr conflitiva, agindo contra as normas sociais e, consequentemente recebendo as sanções punitivas da sociedade, ocorrerão sentimentos mais profundos de mêdo, angústia, insegurança e culpa. Isso acontece apenas no início, porque logo após, através de mecanismos de defesa contra aqueles sentimentos de culpa e a ansiedade correspondente, esses indivíduos passam a legitimar os valores e os objetivos do seu próprio grupo. Surge uma legitimação das normas grupais e uma legitimação das normas sociedade. É assim que se explica a coesão. Como dizem Cloward e Ohlin, "ninguém se sente culpado por violar uma regra que não obedece à sua norma de comportamento". Segundo Max Weber, uma pessoa concede legitimidade a um sistema de regras quando as admite de acordo com o seu próprio comportamento. (15-A). É por isso que a legitimação leva à validez da norma. Como explicaria Friederich, uma ordem é legitima quando reconhecida como justa (15-B).

Por outro lado, a noção de autoridade decorrente da idéia de justiça (FRIEDRICH), eis como a legitimação estabelece um forte nexo coesivo entre os membros do grupo, fazendo este aparecer como autêntico e justo, relativamente às normas, mesmo as legais, da grande sociedade; além disso, justifica a disciplina interna através da obediência rígida aos chefes. É assim como o princípio da autoridade resulta do de legitimidade, antes que do de legalidade. Daí que nos grupos delinqüentes a disciplina interna conduza a norma moral à primeira simplesmente imperativa, e a segunda, imperativa atributiva, como ensina Sorokin (16).

(15-A) Weber, M., The Theory of Social and Economic Organization, trad., New York, Oxford University Press, 1947, 124-132.

(15-B) FRIEDRICH, C. J., Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito, trad.,

Rio, Zahar, 1958, pág. 223.
(16) SOROKIN, P., Society, Culture and Personality, New York, Harpers, 1949. 71-81.

A essa legitimação chega-se através de mecanismos psicológicos conscientes e, sobretudo, inconscientes, tais a racionalização e a identificação capazes de assegurar a estabilidade das crenças, dos valores do grupo.

A racionalização justificando uma atitude pessoal consciente e inaceitável, influencia favoravelmente a integração do indivíduo ao grupo. Age como um mecanismo de defesa do eu, afim de suportar situações desagradáveis.

Já a *identificação* influi na integração através da assimilação inconsciente do indivíduo a um protótipo, que pode ser o comportamento de outro, um grupo dominante, ou mesmo dominado.

Essas considerações poderão oferecer elementos para responder à pergunta geral a respeito do fato marcante de não se tornarem delinquentes todos os indivíduos (jovens) que vivem em áreas, grupos ou agências culturais em conflito, nem todas as crianças com carência afetiva, que é a condição de vida comum a elas na sociedade contemporânea. Teremos, no primeiro caso, que o comportamento delinquente realiza-se na dependência do grau de influência anormal (anti-social) exercida pela cultura sobre o indivíduo e, no segundo, pelo grau de atividade anormal que se faz necessária para satisfazer a frustração daquelas crianças, conforme explicam os mecanismos psicodinâmicos da lógica emocional.

Observa-se, assim, como da sociodinâmica passa-se à psicodinâmica do comportamento delinqüente. O cultural fornecendo um estilo de comportamento ao indivíduo.

7. SOCIEDADE TECNOLÓGICA E DELINQÜÊNCIA

Teoricamente, a sociedade tecnológica contemporânea é eminentemente criminógena (17) dada sua estrutura humanamente frustrante. Ela não permite uma socialização de acordo com as necessidades básicas, sobretudo afetivas, da pessoa humana.

É já uma sociedade doente, porque desarmônica e contraditória: sendo humana subordina o homem à Técnica ... Coloca os valores materiais acima dos humanos ... É a idolatria da técnica, a tecnolatria. O homem função das coisas materiais, dos objetos, dos meios de produção, já não é o bem supremo ... Disritmia do progresso: exaltação do material, submissão do espiritual, do ético, do humano. É a inautenticidade. O homem deixa de ser a imagem ideal — imagem — modelo da identificação das crianças ... Encontra-se aí a fonte da patologia tecnocrática: no processo de identidicação.

A psicanálise mostrou a importância que tem a identificação dos filhos aos pais no processo de formação da personalidade, os primeiros vendo nos segundos a figura fundamental: identificação emocional e identificação intelectual. A imagem do Homem ideal simbolizada no pai: amor, proteção, segurança, é asim a

⁽¹⁷⁾ MACEDO, G., Diagnóstico da Sociedade Tecnológica, Maceió, ed. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 1969.

paternidade humana. Há pouco, MITTSCHERLICK, o grande psicanalista alemão, denunciou a sociedade industrial contemporânea como uma "sociedade sem pai". (17-A). A patologia do comportamento, através da personalidade deformada está, portanto, à vista... Não mais encontrar a identificação nos pais, mas nos objetos: é o fenômeno da reificação, o homem coisificado. Como porém o humano e o material são realidades diferentes, incomunicáveis, e a identificação presupõe o gráu máximo de comunicação, eis que ela, a identificação jamais se realizaria numa sociedade de tal ordem. Daí o anonimato do homem-massa, da sociedade de homem. Do Homem sem meio humano. Alienação social e humana... O desencontro humano. A frustração e a tensão emocional, a ansiedade, a angústia do homem des-estruturado dos laços humanos, ocorre assim cotidianamente. A agressividade é o seu corolário. O espírito de rebeldia é a sua constante.

Vale isso como uma advertência da ciência criminológica aos planejamentos econômicos que visam apenas ao crescimento e ao enriquecimento social, esquecidos do bem-estar que somente se pode realizar no plano humano.

8. PARA A HUMANIZAÇÃO DA POLÍTICA CRIMINAL

De tudo isso evidencia-se que a luta contra a criminalidade deve fundamentar-se numa Política Criminal que ocorra inspirada numa Antropologia Política, a saber, na consideração do comportamento criminoso como expressão de uma personolidade condicionada sócio-culturalmente; mais do que isso, expressão do homem em sua unidade biológica e social, predominantemente social.

Donde essa estratégia de política criminal para ter êxito, deve levar na devida conta, não somente a constituição bio-psicológica do delinquente, mas sobretudo a situação que o mesmo, como homem, ocupa na estrutura social; a classe, o status, o papel que aí desempenha...

Considerar ao mesmo tempo os valores da sociedade, os objetivos que ela propõe, o êxito que oferece, o poder que enaltece.

Cogitar ainda das formas de socialização que ensina, de padrão de culturação que transmite.

É assim como se pode realizar a defesa social sem ofender os direitos humanos. Ensinamentos que coincidem com aqueles mesmos propugnados pela doutrina da Defesa Social, de que nos fala a voz autorizado de MARC ANCEL: "A preocupação de profilaxia criminal será integrada pela nova defesa social em um sistema novo de Direito Penal fundamentado sobre a consideração das realidades humanas e sociais, sobre a utilização de critérios criminológicos indiscutíveis, mas também de um direito e de um processo que, desembaraçado, uma de suas ficções, o outro de seu formalismo "fora de uso, permitirão orientar a justiça penal para uma ação anti-criminal onde o indivíduo tanto quanto a sociedade encontrarão, em conjunto, suas garantias mais seguras" (18). É porque os Direitos do Homem são os supremos. Através deles a própria sociedade humana estará resguardada.

As análises antecedentes permitem ainda mostrar que as medidas profiláticas e terapêuticas somente poderão ter êxito através de uma atitude racional que se inspire na natureza e dinâmica do processo criminal. De não terem sido assim, é que falharam as ações exclusivamente coercitivas e punitivas impostas desde fora. Essas nos indivíduos, aumentam a ansiedade, fonte de agressividade, além de anular a auto-estima e a auto-valorização, agravando-se tudo pelo repúdio da sociedade que, marcando-os, não lhes oferece outra alternativa, senão o delito que, de acidental, passa a ser hábito e profissão.

Sobre os grupos, servem para aumentar a coesão interna, o qual sentindo-se ameaçado em seus valores, normas e leis, reforçam-se psicologicamente, para fazer frente à ação externa desintegradora. Donde aconselhar a experiência criminológica medidas comprensivas, como a liberdade vigiada para os grupos delinqüentes, e a penetração persuasiva para os anti-sociais, a fim de conquistá-los enfaticamente e elevar o nível de seus objetivos. É ainda a experiência de CRAWFORD, MALAMUD e DUMPSON (19), interessados na recuperação desses grupos, nos Estados Unidos, que dizem o êxito somente ser obtido através da reconciliação afetiva; não destruir o grupo, mas modificá-lo pelo contato afetivo; transmitir-lhe uma nova cultura, aproveitando as próprias energias dos seus membros; realizar a re-aprendizagem social. O mesmo nos dizem Sharp e Gryson, (20) do Centro de Estudos da Juventude nos Estados Unidos, a saber que o combate à delinqüência impõe a compreensão de "como os jovens delinqüentes pensam e sentem".

É, portanto, essencial influir aí onde se realiza a transformação da agressividade normal em criminal. Vimos a importância da família. Ampará-la educativa, moral econômica e psicologicamente, é, pois, o passo fundamental.

No âmbito do Direito Penal é a individualização da pena. Para isso, previamente, o diagnóstico do estado perigoso em suas dimensões biológica, psicológica e socioculturológica... Diagnóstico sobre o homem, antes que sobre o delito: a idéia de pena como medida educativa obriga a isso.

O homem sendo interiormente livre é suscetível de valorização. A probabilidade da reabilitação. A vantagem das penas restritivas sobre as privativas deliberdade... A falta de sentido humano e científico da pena de morte. Comoensina Cuello Calón (21)... "grande número dos chamados incorrigíveis, são, com muita frequência, delinqüentes não-corrigidos... Um homem psiquicamente sadio não deixa de oferecer esperanças de reforma"... Direito Penal da liberdade. Repulsa da vingança, acolhimento da esperança. Direito Penal do-Homem, como ser social.

É a repulsa à violência e à agressividade, com a instauração do diálogo judiciário através do processo penal e na participação dialética da acusação e da defesa, uma e outra, desde polos opostos, visando um mesmo objetivo, que é a

⁽¹⁷⁻A) MITTSCHERLICH, A., Acusación a La Sociedad Paternalista, trad., Barcelona. Sagitário. 1966.

⁽¹⁸⁾ ANCEL, M., Défense Sociale et Prophylaxie Criminelle, em Hommage a Heuyer, Paris, PUF, 1961, pág. 150.

⁽¹⁹⁾ CRAWFORD, P. C. MALAHUD, Y. I., e DUMPSON, J. R. Working With Teenage Gangs, New York, New Yord Walfare Council, 1950.

⁽²⁰⁾ SHARP, E. P., e GRAYSON, S., How Delinquent Children Think and Feel. Fed. Prob., XXXIX. June, 1965, 2, 12-16.

⁽²¹⁾ CUELLO CALLÓN, E., La Moderna Penologia, Barcelona, Bosch, 1968, pág. 24.

defesa da sociedade através dos direitos humanos. Dialética judiciária na qual, como diz o Professor Ausser (22), da Faculdade de Direito de Montpelier, "a figura severa do magistrado repressivo, conservador rigoroso de uma certa ordem jurídica e moral tende a ser substituído, pela figura inteligente e aberta de um juiz dinâmico, buscando o tratamento mais eficaz a fim de proteger a nossa sociedade"... Essa dialética que vem pôr o Homem e a Sociedade a salvo do comportamento vicariantemente criminoso de alguns poucos executores do Direito que, atormentados pela patologia do cumprimento do dever, através do seu comportamento obsessivo, projetam na acusação e na inculpação, seus próprios sentimentos de culpa por desejos homicidas inconscientes, a fim de se libertarem da ansiedade e das tensões aflitivas; sentimentos anti-sociais cuja racionalização auto-justificatória a psicanálise encontrou no pretexto de defender a Sociedade e o Direito a todo custo ... sem crítica e sem razão. Com a dialética, a huma-

E o Direito Penitenciário? As prisões como tais já não têm sentido. Estatabelecimentos penais com intenções terapêuticas: médicas, jurídicas, sociais. Estabelecimentos especiais para o tratamento dos delinqüentes alienados e anormais mentais... Terapêuticas físicas, químicas, psicoterapia individual e de grupo, socioterapia...

Em todas essas terapêuticas a inspiração numa teoria da aprendizagem e do condicionamento comportamental, a fim de que tenha efetiva validez. Pois é preciso des-aprender o comportamento criminal e aprender o social.

Por fim, nas legislações penais, a codificação devendo apoiar-se nos conhecimentos provenientes das ciências do Homem e nas necessidades irredutíveis da sociedade tecnológica. Das ciências do homem consideradas em sua unidade, onde a Psicologia Social, a Sociologia e antropologia Cultural convergem para um mesmo objeto estudado sob aspectos diversos mas complementares, em termos interdisciplinares. Se assim não se proceda, corre-se o risco de unilateralismos superados.

Essas, algumas das contribuições que a Criminologia na colaboração íntima com as ciências jurídico-penais oferece à Política Criminal para prevenir o crime e reabilitar o criminoso.

Tudo isso, entretanto, somente será realizável em sua plenitude caso se consiga constituir uma verdadeira consciência social a respeito do ploblema criminal. Isso equivaleria a uma terapêutica-de-massa onde a população como em todo participasse, expontaneamente, do movimento de profilaxia criminal, através da compreensão dos seus motivos e fatores. Para se chegar a tal ponto, necessário se faz uma campanha sistemática e científica a respeito do assunto. É o que nos deve permitir a intensificação dos estudos criminológicos-penais ao nível universitário, sobretudo, de pós-graduação, em institutos dedicados ao ensino e à pesquisa. Assim, poder-se-á dispor de grupos de liderança atuantes nos casos individuais e nos grupos e, sobretudo, na comunidade como um todo.

Conclusões

- 1. A abordagem do fenômeno criminal beneficia-se melhor de uma metodologia racional, a saber, dialética social-criminal, por razões de sua própria natureza.
- 2. O problema criminal continua sendo cada vez mais um problema da sociedade e dos governos, em vista de sua freqüência progressiva e do clima de violência difusa nos tempos atuais.
- 3. O crime é, antes de tudo, um fenômeno humano. Dizendo humano diz-se, a um só tempo, o biológico e o social, que se contêm naquele. Aliás, mais social que biológico, uma vez que o homem é mais personalidade condicionada sócio-culturalmente que indivíduo restritamente biológico.

No ser humano, é necessário distinguir a agressividade biológica que leva à adaptação, da agressão social — que leva ao desajustamento.

A transformação da primeira na segunda, dá-se através das frustrações no transcorrer do processo de socialização.

- 4. Isso não quer dizer que a sociedade humana seja inevitavelmente criminógena. Mas é a sua des-organização que condiciona o comportamento criminoso.
- 5. A esse respeito, a sociedade industrial contemporânea, pelo emprego abusivo da técnica predispõe ao comportamento anti-social, em face de sua estrutura frustrante, uma vez que ela perturba o processo fundamental de identificação humana.
- 6. Tem-se, pcis, que cuidar de uma política criminal humanizada, a fim de que a defesa social realize-se no respeito aos direitos do Homem, o Direito Penal concretize o sentido educativo da pena, além de permitir no processo, o diálogo judiciário e, por fim, o Direito Penitenciário ofereça a terapêutica criminal reabilitadora, no sentido do ajustamento.

nização do processo.

⁽²²⁾ AUSSEL, J. M., Préface, em M. Jorda, Les Délinquentes Aliénés et Anormaux, Montpeleier, XIV.

ROBERTO LYRA

O jubileu do Prof. ROBERTO LYRA, que ministrou sua última aula no dia 10 de maio de 1972, na Universidade do Estado da Guanabara, perante Professores, Desembargadores, Juízes, Advogados e Promotores de Justiça — a maioria constituída por ex-alunos seus — foi um digno marco para aquela que pode ser considerada a mais criativa e militante carreira universitária de professor brasileiro na sua especialidade.

O pensamento de ROBERTO LYRA literalmente forjou o pensamento de algumas gerações; a repercussão de suas idéias logrou obter assim várias frentes de debate, e projetou internacionalmente suas posições. A história da Criminologia brasileira falará de ROBERTO LYRA como quem possivelmente mais questionou a realidade social sobre e pela qual laborou. Mais do que os honrosos e elevados cargos que exerceu (Ministro da Justiça, membro da Corte Permanente de Arbitragem de Haia), sua honestidade intelectual, seu desvelo incomum por seus discípulos, suas obras que trescalam um humanismo generoso e intenso, fazem de sua figura um momento relevante e único das idéias penais em nosso país.

Transcrevemos, a seguir, a bela mensagem dirigida por ROBERTO LYRA a seus alunos, nessa ocasião:

"Até sempre!

"Empregarei ao despedir-me, as melhores palavras que venho dirigindo aos moços em 54 anos de magistério. 1918 - 1972. É o verbo cristalizado.

"Saio da cena aos poucos, mansamente, para sofrer menos. Afasto-me devagar para o fundo do palco, procurando a porta.

"Continuarei a acompanhar os vôos de centenas de filhos. Não troco por nada no mundo a glória de haver deixado alguma coisa do meu amor nas suas asas.

"Dedicarei aos moços a última réstea da consciência e o derradeiro pulsar do coração. Através dos livros, espero ensinar depois de morto.

"Viverei em vós. Vivereis por mim. Estarei nos ex-alunos que passam a ser os mestres.

"Em nossa casa funcionarão, como sempre, até o fim de minha vida, o "pronto socorro" e o "confessionário" batizados pelo carinho dos alunos. Uma visita, um cartão, um telefonema e conservaremos, eu e minha mulher, as razões de viver.

"Convido-vos a ingressar no meu coração. Por favor, cuidado com estas cruzes. Pisem de leve, lentamente. Há uns pontos que doem, outros em ruínas, mas lá no fundo todos encontrarão minas de ternura e solidariedade.

"O declínio e a limitação das forças físicas livraram-me das degradações do cotidiano fútil, grosseiro e utilitário, permitindo engrandecer e embelezar a vida com os prazeres profundos. Agora, posso ser melhor com paz no espírito e alegria no coração. Quem sabe ser velho compensa pela densidade as últimas voltas dos ponteiros, convertendo em anos os minutos, remanchando na absorção das gotas.

"Se o ideal nos ilumina e aquece podemos saudar o inverno com exaltação primaveril, transportando-nos ao futuro com a benção antecipada das alvoradas históricas.

"O que deploro é não poder fazer mais para garantir aos moços o direito à liberdade, à alegria, à pureza, à esperança, ao triunfo pela cultura, pelo trabalho e pela dignidade."

IV CONGRESSO FLUMINENSE DO MINISTERIO PUBLICO

Realizou-se de 4 a 7 de julho, na cidade de Nova Friburgo, RJ, o IV Congresso Fluminente do Ministério Público, com a participação de delegações de vários Estados.

No que respeita a direito e processo penal, foram apresentados e debatidos, por duas Comissões, os seguintes trabalhos: "Erro de Direito" de Dr. Heitor Costa Júnior, RJ; Notícia Histórica e Análise da Nova Lei de Entorpecentes" de Drs. Marli Macedônio e Renato Pereira, GB; Modificações à Nova Lei de Entorpecentes — Dr. Sergio Verani, GB; A Finalidade Ambígua da Pena no Novo Código Penal — Dr. Antonio Paiva Filho. GB; Pena Substitutiva e Pena Indeterminada — Dr. Alceo Loureiro Ortiz, RS; O Ministério Público e o Abuso de Autoridade - Dr. Jarvis Viana Pinto, SP; O Delito de Automóvel e a Realidade Social — Drs. Carlos Alberto Torres de Mello e Sergio de Andréa Ferreira, GB; O Art. 291 do Código Penal — Dr. Solon Loureiro Filho, RS; Desnecessidade da Tipificação Legal do Infanticídio, Drs. James Tubenchlack e Luiz Alberto de Souza Lemos, RJ; Conceituação do Infanticídio na Legislação Penal Brasileira — Dr. Albano José Mallmann — RS: Extinção da Punibilidade e a Medida de Segurança no Novo Código Penal — Dr. René Pereira de Carvalho. SP; A Imputabilidade — Dra. Lucy Lopes Kratz, GB; A Imputabilidade — Dra. Lídia Bastos, PR; Criminoso Habitual e Criminoso por Tendência em Face do Novo Código Penal — Dr. Dirceu de Mello, SP; Agravantes Objetivas e Concurso de Agentes — Dr. Damásio Evangelista de Jesus, SP: Revisão Criminal Pro Societate Dr. Evandro Barbosa Steele, RJ; Incesto, Gravames de Sua Incriminação - Drs. João Said Abid Vargas e James Tubenchlak, RJ; Oa Flagrante Contradição na Defesa Obrigatória do Curador ao Vínculo no Casamento do Bígamo — Dr. Ulysses Leocádio, RJ; A Qualificadora de Má Indole e e Concessão do Sursis no Novo Código Penal — Dr. Geraldo Nunes, DF.

Os anais do Congresso, contendo o material examinado, serão publicados no próximo número da Revista do Ministério Público Fluminense.

ABORTO

Sobre a agitada questão do aborto, a Conferência dos Bispos dos Países Nórdicos divulgou, em 23 de junho, carta pastoral, que já é conhecida como Declaração de Goteborg.

O documento reafirma as posições da Igreja acerca da matéria, consignando que "as Igrejas Cristãs não podem descurar dessa importante questão", e "não podem permanecer indiferentes a uma prática e uma legislação que se relacionam com a vida e a morte de grande número de seres humanos, inclusive antes do nascimento".

Divide-se a Declaração de Goteborg em três tópicos: 1.º — Atualidade do Problema do Aborto; 2.º — Um só Problema, várias Responsabilidades; 3.º — Legislação e Política.

Segundo o documento, o aborto é estimulado pelas cláusulas permissivas dos países nórdicos, pelos meios de comunicação social que o erigem em condição de liberdade, e por críticas inconsequentes a regras estabelecidas. A posição é basicamente fixada num juízo moral, consoante o qual "a fé cristã afirma que o homem não é o dono da vida e da morte. Não tem o direito de preservar a vida de um sacrificando a de outro".

Apropriadamente, afirma-se que, numa instância moral, não há como discernir o aborto de outras situações que revelam desprezo pelo caráter sagrado da vida humana, entre as quais a pena de morte.

II SEMANA INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA

Sob o patrocínio do Instituto Oscar Freire, e com a chancela da Sociedade Internacional de Criminologia, realizou-se em São Paulo, na primeira quinzena de agosto, a II Semana Internacional de Criminologia, que integra o currículo do Curso de Criminologia ministrado por aquele Instituto.

O curso contou com preleções dos Profs. ISRAEL DRAPKIN, da Universidade de Jerusalém; DIONÍSIO GONZALEZ TORRES, da Universidade do Paraguai; FRANCO FERRACUTTI, diretor de projetos da *United Nations Social Defense Research Institute*, e da Universidade de Roma, e GEORGES FULLY, Secretário da Sociedade Internacional de Criminologia. Participaram de II Semana os Profs. brasileiros ROBERTO LYRA FILHO e ARMIDA BERGAMINI MIOTTO.

ABOLIÇÃO DA PENA DE MORTE NOS ESTADOS UNIDOS

No último dia do período de sessões da Corte Suprema dos Estados Unidos da América, 29 de junho, foi por ela decidido que a pena de morte ofende a Oitava Emenda à Constituição, de 1971 ("Não serão exigidas fianças exageradas, não serão impostas multas excessivas, nem serão inflingidas penas cruéis e inusitadas"). A decisão seguiu a mesma orientação observada quando de idêntico problema submetido à Corte Suprema do Estado da Califórnia (cf. R D P 5/97) que mais uma vez fixou rumos jurisprudenciais, no que já se notabilizara anteriormente.

Face à importância e repercussões do julgamento, RDP divulgará a íntegra da decisão, num dos próximos números.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

A Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora promoveu, de 10 a 14 de julho, concurso público de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Assistente da disciplina Direito Penal. A Banca Examinadora foi presidida pelo Prof. Sebastião Mariscano Ribeiro ("Um Novo-Velho Delito — Contribuição ao Estudo do Genocídio", Juiz de Fora, 1961), e integrada pelos Profs. Des. Geraldo Ribeiro do Vale e José Barbosa de Castro.

A prova escrita versou sobre Teoria da Ação, e a didática teve como assunto Erro. Foram aprovados os Profs. Dílio Procópio Alvarenga, Nilo Batista e Winston Jones Paiva.

DESENVOLVIMENTO E DELINQÜÊNCIA

Em setembro de 1972, reuniram-se em Filadélfia, para um debate acerca: das violações à lei e à ordem o Prof. Leon Radzinowicz, da Universidade de Cambridge, e o Prof. Marvin E. Wolfgang, da Universidade de Pensilvânia. O Prof. Wolfgang é ex-diretor da Comissão Nacional sobre causas e prevenção, da violência dos EE.UU.

A sofisticação de novas modalidades de delinqüência associada — matéria em que acordaram ambos, havendo o Prof. Radzinowicz observado, espirituosamente, que os criminosos ingleses não encontravam a menor dificuldade em ingressar no mercado comum europeu do crime — não diminuiu absolutamente o acréscimo estatístico às violações à ordem mediante violência. Nesse ponto, todavia, o Prof. Wolfgang acredita que haverá uma transição, passando-se "doscrimes de violência para os de fraude e corrupção".

A questão das drogas foi examinada. Ambos os professores se referiram à "concepção popular" de serem elas causas de crimes. Para o Prof. RADZI-NOWICZ, devem as drogas em relação aos crimes, ser encaradas "como sintomas de causas mais profundas, e não como causa e efeito".

Também o problema da chamada "delinquência encoberta", que os europeus chamam de "zona negra do crime", foi posto em debate. Trata-se, aqui, das violações à lei que nunca são objeto de investigação policial, judiciária, por permanecerem criminais. Observou o Prof. RADZINOWICZ que "as pessoas que acreditam na lei e na ordem dirão que a maneira mais eficaz de reduzir a cifra oculta é fortalecer os poderes da polícia. Porém, mais importante que uma taxa de crime mais alta ou mais baixa é o padrão de liberdade e constitucionalidade".

Foram ainda discutidos os chamados crimes sem vítima, pronunciando-se o Prof. Wolfgang por sua exclusão dos códigos penais.

Sobre a crescente violência, relatou o Prof. RADZINOWICZ um incidente ocorrido consigo, quando visitava recentemente um país desenvolvido, e por coincidência ocorre, na ocasião de sua chegada, assalto a um banco. Ao se encontrar com o Ministro da Justiça, disse ele: "Excelência, é um tanto embaraçoso o fato de que a chegada de um criminologista se sincronize com o assalto a um importante banco de seu país". Ao que respondeu o Ministro: "Pelo contrário, estamos encantados. Isso significa que estamos nos civilizando".

ENCONTRO DE JUÍZES NO ESPÍRITO SANTO

Realizou-se em Vitória, de 9 a 11 de agosto de 1972, o Encontro de Juízes de Direito do Espírito Santo, promovido pela Associação dos Magistrados, daquele Estado.

Entre os trabalhos, que compuseram o temário, consta o estudo "Da Necessidade de Regulamentar o Trabalho do Preso das Cadeias do Interior no Futuro Código das Execuções Penais", de autoria do Juiz João Baptista Herkenhoff, Nesse estudo, que foi aprovado por unanimidade, examina o A. o problema dos presos das cadeias do interior, que serão na realidade os últimos a receberem os benefícios não só das idéias atuais acerca da forma de execução das penas privativas de liberdade, idéias expressamente acolhidas na exposição de motivos do futuro Código Penal, como de suas formulações legais. A prisão aberta instituída pelo novo diploma criminal, "progresso científico e humanitário", será. face aos "angustiantes problemas da infra-estrutura" do sistema penitenciário brasileiro, em verdade, um privilégio dos sentenciados que tiverem a ventura de ser removidos para as primeiras casas que forem dotadas dos instrumentos humanos e materiais indispensáveis à sua realização prática. Para os presos das cadeias do interior impõe-se, pois, formular soluções criativas, que venham a estabelecer pelo menos um ponto de partida no sentido da generalização da prisão aberta.

CONGRESSO CANADENSE DE CRIMINOLOGIA

Realizar-se-á no mês de junho de 1973, nos dias 24 e 29, em Regina, Saskat-chewan, o Congresso Canadense de Criminologia, tendo como tema geral "A Criminalidade nos anos 70: novas perspectivas de um velho problema".

As comunicações devem ser enviadas até o dia 19 de fevereiro de 1973 para o Comité do Programa, Congresso Canadense de Criminologia, Caixa Postal n.º 3.553, Regina, Saskatchewan. Podem versar sobre qualquer aspecto da justiça criminal: a reforma das leis penais, a criminalidade e a coletividade, tratamento, evolução das leis correcionais.

REFORMA PENITENCIÁRIA NO PARANÁ

Compreendendo a importância dos problemas da execução das penas privativas de liberdade, o Governo do Paraná através do Secretário de Justiça, Procurador Mário Faraco, constituiu Comissão destinada a elaborar um Regulamento Penitenciário para disciplinar o tratamento prisional em todo o Estado.

A revisão proposta assenta, basicamente, em textos internacionais orientadores da matéria e em normas da Constituição Federal que regulam os direitos e as garantias individuais, como por exemplo, os relativos à personalidade da pena e o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário.

Esses mandamentos estão embasados na elaboração histórica de doutrinas que romperam os murais da vingança, do medo, da omissão e do aviltamento, como verdadeiros pontos cardiais do tradicional e deficiente regime penitenciário.

O princípio de que "nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente" confere impressão de dignidade ao Direito Penal, posto que responde ao autor de uma conduta culpável e somente a ele, sem as práticas medievais de estender a sanção aos parentes e outros estranhos ao ato ilícito.

Porém, a execução desse compromisso constitucional requer providências do Estado, para que a condenação à pena privativa de liberdade não se transforme em instrumento de ruina pessoal e familiar, sempre que sejam descurados os direitos do condenado não alcançados pela sentença.

Nos termos modernos de cultura da personalidade humana, a instituição da pena vai se desprendendo dos coeficientes marcadamente físicos ou místicos, correspondentes às diversas escalas da evolução social, desde a época imemorial dos grupos biológicos anteriores à fundação do Estado, até as manifestações eclesiásticas da Idade Média, com as formas de perda da paz, vingança de sangue, morte, açoites, mutilações e reclusão celular como expediente de purificação, além de outras medidas que traduziam o caráter infamante do crime e do castigo.

Considerando-se que as pesquisas atuais da criminologia revelam que o acontecer delituoso está vinculado a um complexo de fatores também comprometidos com a realidade externa que condiciona comportamentos negativos às exigências jurídicas ,deve o Direito Executivo Penal tentar remover as causas e condições da criminalidade com a preocupação social de conjurar o alarmante índice da reincidência.

No plano pessoal, o tratamento penitenciário, adequado aos valores da personalidade humana, representa uma evolução à missão de garantia individual, proposta pelo Direito Penal com a inserção da tipicidade entre os elementos do conceito dogmático do crime.

Os princípios da reserva legal atinentes ao delito e à sanção não podem esgotar-se com a medida judicial da pena, fenômeno que vem inocuizando o fim da prevenção especial.

O movimento de reforma penitenciária no Paraná pretende mais uma contribuição válida para minorar o drama da execução secularmente comprometida com idéias retribucionistas em prejuízo dos fins didáticos das instituições penais.

O esquema de trabalhos compreende a planificação de estrutura de estabelecimentos prisionais e de semi-liberdade, alcançando em última etapa os egressos através de orientação efetiva por meio de patronatos; o tratamento penitenciário informado com as novas tendências de exame da personalidade, desprezado o critério anacrônico de separação dos presos em função do título da condenação, empresta relevo à capacitação do pessoal de administração e custódia, conforme recomendações modernas de Congressos de Direito Executivo Penal e de Criminologia; levantamento e pesquisa é também um dos setores da Reforma, com a finalidade de promover os dados estatísticos dos estabelecimentos prisionais já existentes e os que serão construídos, objetivando-se os melhoramentos necessários bem como as informações científicas mais recentes.

A Comissão de Reforma é presidida pelo Desembargador Munhoz de Mello e conta ainda com os seguintes membros: Negi Calixto (Poder Judiciário); Aristeu Santos Ribas (Associação do Ministério Público); Orlando Maurício Gehr (Departamento de Estabelecimentos Penais); Luz Chemim Guimarães (Penitenciária Central do Estado); Lamartine Rollo Soares (Prisão Provisória); Eduardo Mário de Camargo (Manicômio Judiciário); Carlos Augusto Hoffmann (Penitenciária de Mulheres); Edgar Cavalcanti de Albuquerque (Ordem dos Advogados); Antônio Acir Breda (Instituto dos Advogados) e René Ariel Dotti, como representante da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

O Regulamento enfrentará a conjuntura dos problemas prisionais, como, por exemplo, os decorrentes da atividade laborativa remunerada com especificação dos frutos e a minoração da crise sexual, embora as limitações legais do processo de execução que estão contribuindo na atualidade brasileira para destacar o lado físico do mal da pena.

RESENHA BIBLIOGRAFICA

ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, Direito Processual Penal Brasileiro, v. II, Sugestões Literárias, São Paulo, 1971, 459 páginas.

Despiciendo dizer prescindir o Autor de comentários. Professor catedrático de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás e Desembargador do Tribunal de Justiça do mesmo Estado, tendo ingressado no referido colégio judiciário em vaga destinada ao quinto constitucional. Naquela unidade federativa foi ainda Procurador-Geral da Justiça, advogando antes, ali, com atuação notória.

Seus trabalhos anteriores, que o salientaram além das fronteiras de sua terra natal, encontram-se, na sua maioria, publicados na Revista Forense, ressaindo-se entre os mesmos, a nosos entender, o aplaudido estudo Interrogatório do acusado e o princípio da verdade real, dado a lume na poliantéia feita a Hungria Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria, Forense, Rio, 1962, págs. 315/327.

Hodiernamente, preocupa-se o Autor em manifestar uma crítica paralela e construtiva às normas que vêm sendo projetadas para o Processo Penal. Com esse pensamento, apresentou ao IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins (realizado no Recife, Pernambuco, de 2 a 8 de agosto de 1970) a tese intitulada "A Reforma do Direito Processual Brasileiro", em que, entre outras conclusões, sugeriu ao Projeto Frederico Marques, a criação do júri de recurso, que passaria a funcionar tão logo terminassem "os processos de reunião periódica, julgando, novamente, e com as mesmas formalidades, os processos que tivessem a deliberação do júri impugnada pelo Presidente por ser a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos" (inclusão de outro parágrafo no art. 682). Propôs, também, sempre voltado para o Tribunal Popular, a adoção da velha fórmula anglo-saxônica guilt or not guilt (suprimindo-se os arts, 740 a 743), bem como a possibilidade de se facultar à organização judiciária dos Estados o agrupamento de "comarcas de população inferior a 30.000 habitantes em zonas para funcionamento do júri, devendo o Tribunal se reunir na que tiver maior número de habitantes, sendo a lista geral dos jurados composta de cidadãos residentes nas comercas agrupadas" (inclusão de parágrafo no art. 683).

Dentro ainda dessa linha, o Autor publica esse Volume II, do *Direito Processual Penal Brasileiro* e, por isso, obtém o grande mérito de ter sido o primeiro a apresentar modernamente, num tratado, escólios à atual sistemática

processual criminal, sempre cotejando-a com o Projeto Frederico Marques e o Anteprojeto Tornaghi. Mostra, portanto, comentados, o direito presente e o futuro. O texto, agora, já exsurge adaptado à nova diretriz ditada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17.10.1969, o que não foi possível quando da publicação do v. I, porque dita Carta Política não tinha sido elaborada.

O zelo do Autor é tamanho com a meta didática da composição que, ao fim dos capítulos, faz o esquema destes nos moldes de organogramas. A linguagem empregada é clara como a luz meridiana, com o cunho erudito sempre presente.

Esse 2.º tomo continua o estudo da notitia criminis (Título III) e focaliza, inicialmente, a ação penal, dando-se o Autor ao requinte até de minuciosa pesquisa em torno da ação penal popular (págs. 465/477), hoje ab-rogada do nosso cenário constitucional. Demonstra as vantagens da proscrição no direito que está por vir da ação penal subsidiária (uma raridade pretoriana — a nosso ver) e do que apelida de "impulso processual ex officio", ou seja, o desajustado procedimente imposto às modalidades culposas de certos crimes (homicídio e lesões corporais) e às contravenções, na atual conjuntura. Neste último tópico, mostrou-se, d.v., lacônico o Autor da crítica à famigerada Lei 4.611, de 2.4.1965, que, embora tenazmente combatida, se mantém íntegra até esta data, resistindo a uma imperiosa revogação.

No Título IV ("Da Correlação Entre Acusação e Sentença no Processo Penal"), há um enfoque, em plano destacado, a propósito das atividades das partes e do juiz (pág. 525), do problema da alteração do fato constante da peça acusatória (pág. 529) e do conceito penalístico e processualístico do fato (pág. 530).

O Título V é dedicado aos atos processuais, através do qual parte o Professor ROMEU PIRES de uma acurada análise da forma do processo (p. 541/584) aos atos de julgamento, onde traz conceitos muito elucidativos a respeito da sentença penal e sua tipologia (p. 643/675).

O Título VI, que encerra o volume, aborda com muita amplitude a prova, sob a rubrica dos atos de prova, estadeando-se excelentes as opiniões emitidas sobre o interrogatório do acusado e a confissão (p. 743/764), a avaliação da prova testemunhal (p. 781/787) e a prova indiciária, principalmente quanto a esta última, com relação ao estudo das diferenças entre presunção e indício (p. 829/840).

A obra, nesta etapa média, não é perfunctória e, ao revés, deve despertar a atenção do jurisperito e do estudante, posto que comunica eficientemente uma investigação de vulto com o fim precípuo de ampliar os conhecimentos acerca da matéria, resolver as dúvidas do profissional e facilitar o aprendizado, ao mesmo tempo.

Terminando a confecção desse tratado, o Autor, que já ocupa uma posição de relevo na cúspide dos que se dedicam às letras do Processo Penal, terá, por certo, seu nome insculpido na galeria dos maiores publicistas pátrios.

Jorge Alberto Romeiro Júnior

"Estudos de Direito Penal" é um conjunto de breves estudos sobre questões de Direito Penal, em abordagem na qual prevalece uma ampla perspectiva histórico-sociológica. A erudição do A. leva-o a uma apreensão extra-dogmática das matérias, e o resultado é que, se não temos a rigor alguns estudos de Direito Penal, temos um fascinante livro sobre questões de Direito Penal vistas de um ângulo criminológico, e, às vezes, de política criminal. Eventualmente, o A. se recolhe à rigidez da ciência penal, percebendo-se com clareza sua inquietação intelectual em, vencidos os problemas jurídicos, návegar nas considerações sociológicas que tanto o atraem.

No primeiro estudo ("Considerações Gerais", p. 5) é exposta sua opinião sobre alguns aspectos do novo Código Penal (deixando transparecer sua devoção à Criminologia, "ciência que, em verdade, areja o Direito Penal" - p. 7). Discordamos do A. quando afirma a inutilidade da regra do art. 19, segundo a qual "pelos resultados que agravem especialmente a pena só responde o agente quando os houver causado, pelo menos culposamente" (p. 7). A nova disciplina das lesões corporais qualificadas por certos resultados é enfática demonstração da necessidade do dispositivo em apreço, que vem resolver, num sentido progressista, polêmica antiga. Os projetos alemães, como nota Costa e SILVA (Comentários no Código Peaal, São Paulo, 1967, p. 98) continham e contêm regras análogas a essa, resolvendo o debate sobre a subsistência ou não de responsabilidade objetiva nos crimes qualificados pelo resultado (cf., a respeito HELENO FRAGOSO, Aspectos da Teoria do Tipo, RDP 2/63). Excelente crítica é feita ao § 2.º do art. 57 do novo Código (p. 8). Entre outras considerações em torno de outros pontos, o A. "põe dúvidas sobre a oportunidade de avançados dispositivos como o art. 20", e nos enseja nova discordância. Como se sabe, a disciplina do Código sobre erro de direito não é a disciplina que lhe deu a Comissão Revisora — que promovia a equiparação ao erro de fato —, e não consistiu, em nossa opinião, em nenhum avanço. Foi mantido o mero efeito atenuador do diploma de 1940, apenas ampliado, quando a tendência - como o próprio Hungria, tão radical nesse particular, reconhecia — é dar relevo ao erro de direito, única solução compatível com uma concepção normativa da culpabilidade. Todo o primeiro capítulo se verte sobre o novo Código, em observações sempre agudas e provocadoras.

"A segurança do Trabalho" (p. 15) é um estudo sobre o crime do art. 227, CP 1969, oportuno e comportando aberturas para a realidade social, que o enriquecem. Manifestamos pequena discordância quanto à passagem em que o A. afirma ser "o crime eminentemente doloso, sendo a tentativa uma suposição remota" (p. 15), pois tratando-se de crime omissivo puro, não admitirá jamais tentativa.

Útil e bem documentado é o pequeno trabalho intitulado "O Delito de Adultério" (p. 23), assim como "Os Venenos Sociais" (p. 45), no qual o A. examina a discutida questão dos tóxicos e a nova lei. "A Idade da Vítima nos Crimes Sexuais" (p. 61), "A casa de Prostituição e a Lei Penal" (p. 53), e "Delitos Ornamentais" (p. 73) são outros estudos que mencionamos. O volume se encerra com duas sentenças da lavra do A., Juiz no Estado da Guanabara, versando uma delas sobre estelionato e falsum.

Nilo Batista

SERGIO NOGUEIRA RIBEIRO, Crimes Passionais e Outros Temas, ed. Mandarino, Rio de Janeiro, 132 págs.

O livro em apreço contém algumas entrevistas dadas pelo Autor a certas publicações, e ainda indicações por ele apresentadas ao Instituto dos Advogados Brasileiros, alguma correspondência a jornais, etc. Essa variada matéria abarca assuntos que vão dos crimes passionais ao crime de crueldade contra animais, passando pelo instituto da enfiteuse e pelo regime de monarquia.

É antes de mais nada um livro que intriga o leitor, por certas singularidades que se iniciam pela capa (de Paulo de Abreu, desenho que expõe um casal desnudo surpreendido por um cidadão vestido, o qual, portando uma arma de fogo, dispõe-se a ingressar no aposento e dirigir-se a algum objeto ou pessoa situado fora do quadro, à esquerda, que ele e a mulher fitam com desconfiança); continuam na dedicatória (o volume é dedicado a um cão), e culminam na forma positivamente original com que o A. expõe seus pontos de vista. O melhor é dizer que se trata de uma obra excêntrica. Sua constituição (entrevistas, etc.) impede naturalmente que os assuntos abordados transcedam a finalidade inequívoca de vulgarização, de matéria destinada a leigos (exceção feita à conferência proferida no IAB, p. 93, bem como a indicação ao mesmo instituto, p. 89). Ainda assim, são sempre úteis algumas informações que veicula sobre entorpecentes (p. 69), sobre aborto (deixando transparecer a inclinação do A. pela permissão, p. 35), sobre crimes passionais (p. 17), e sobre a pena de morte (p. 93). Mencionamos ainda a entrevista dada sobre o Tribunal do Júri (p. 103).

O livro é enriquecido por uma apresentação do Des. João Claudino de Oliveira e Cruz, e por um prefácio do Juiz Eliezer Rosa. Aquele acentua o caráter de divulgação da obra, fazendo acessível "para o comum dos leitores, problemas que fascinam"; esse último incrustra em seu belo prefácio uma pequena preciosidade acerca da humana vocação para o debate das idéias, e não resistimos à tentação de transcrevê-la: "morre-se de unanimidade, como se morre de anemia" (p. 12).

Nilo Batista

CARLO GIOFFREDI, I Principi del Diritto Penale Romano, Torino, 1970.

O professor CARLO GIOFFREDI, da Scuola di Diritto della Univesità di Roma, fundado nas aulas sobre direito penal romano, que ministrou, elaborou um trabalho no qual trata do ilícito e da norma penal, da função da pena, do elemento intencional, da tentativa e da participação.

Esgrimindo com os institutos penais já existentes na antigüidade e que persistem no direito penal moderno, o livro permite uma visão mais ampla e

completa do conceito de crime no direito romano bem como os fundamentos evolutivos do direito penal.

Não há negar a utilidade do livro para os que pretendem um maior entendimento de nossa ciência, máxime com relação às suas estruturas romanísticas, permitindo um aprofundamento no estudo.

Luiz Alberto Machado

WALTER DE ABREU GARCEZ, Curso Básico de Direito Penal, ed. José Bushatsky, São Paulo, 1972, 308 págs.

Adverte o Autor, no prólogo, que seu trabalho "é uma evolução das preleções de aula", não possuindo "outra pretensão que auxiliar os estudantes no trato da matéria" (p. 1).

Em verdade, o volume se ocupa não só da introdução ao estudo do Direito Penal (sua conceituação, objeto e método, relações com outras ciências que têm o crime por objeto, notícia de sua evolução histórica, escolas penais, informação sobre direito comparado, e evolução do direito penal no Brasil), o que faz do capítulo I ("Introdução", p. 7) ao capítulo VII ("Desenvolvimento Histórico do Direito Penal Brasileiro", p. 95), como do estudo da Parte Geral (desde o estudo da norma penal até o exame das causas de exclusão da punibilidade, incluindo, naturalmente, a teoria do delito e a questão da pena), o que faz nos capítulos subseqüentes.

O declarado teor de apostila refundida prejudica consideravelmente a obra. desde que impõe ao A. estreitas limitações no desenvolvimento dos problemas examinados. E se a acima consignada parte introdutória ao estudo do Direito Penal é vencida com méritos, o estudo da Parte Geral se ressente irremissivelmente de uma ligeireza que o compromete de modo essencial. Desde logo, é de notar-se que a disposição da matéria não obedeceu a um critério cientificamente reconhecível. Num capítulo intitulado "Do Crime" (p. 137), pretende o A. realizar o estudo da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilididade, sem o prévio exame da teoria da ação, seu dado fundamental; no mesmo capítulo insere (esgotado, de modo brevíssimo, aquele estudo) um tópico sobre "categorias de crimes" (p. 140), ao qual se segue outro sobre "sujeitos e objetos do crime" (p. 146), para só então, sem a anterior colocação dos problemas da teoria da ação, examinar a "relação da causalidade" (p. 147), cuja apreciação se fecha com menos de dez linhas devotadas à causalidade da omissão (p. 151). Este capítulo é encerrado por um item, chamado "teoria da ação finalista" (p. 151), que fornece a impressão de que WELZEL, um belo dia, cismando sobre a ação, resolveu que a causalidade é cega e a finalidade vidente. Naturalmente, "têm os melhores autores declarado a improcedência de tal teoria" (p. 151), que "baralha ou esvasia" elementos do crime (p. 152), além de, é claro, ser "virtualmente inaplicável aos crimes culposos" (p. 152), e com isto, os melhores autores restabelecem a paz na teoria do delito, mais ou menos como os contemporâneos de Galileu restabeleciam a paz nas esferas celestiais.

Culpabilidade, no magistério do A., é a "causa moral do crime" (p. 161), não integrado pela normalidade das circunstâncias em que o agente obrou, de

sorte a ser-lhe exigível conduta conforme ao direito. Assim, a culpabilidade possui duas formas: dolo (reduzido a representação e vontade — p. 164) e culpa (que "se traduz, em última análise, por imprudência, negligência ou imperícia" — p. 166). A despeito, pois, do A. referir-se a "juízo de reprovação" (p. 164), sem grande envolvimento com sua exposição, insere-se entre os que elaboram uma concepção psicológica da culpabilidade.

Ao capítulo "Crime" (p. 137), sucedem-se, nessa ordem: "Tentativa" (p. 153), "Culpabilidade" (p. 161), "Erro" (p. 179), e "Justificativas e Dirimentes" (p. 185). Parece claro que o erro deveria ser tratado entre as dirimentes, e que estas não deveriam ser tratadas junto às justificativas.

É inegável, por outro lado, a qualidade didática da exposição do A. Dessa forma, numa literatura pobre em livros de estudo, como a nossa, é lícito esperar-se desse trabalho. em reedição reformulada, aquilo que folgadamente poderia ser: um utilíssimo livro de iniciação.

Nilo Batista

PAULO ROBERTO LEITE VENTURA, Direito Penal Resumido, ed. Rio, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1972, 106 págs.

A obra em epígrafe representa outra tentativa de criação de livro que introduza o estudante de Direito Penal nas questões fundamentais da Parte Geral, e é pois desde logo iniciativa simpática e necessária. Todavia, a brevidade com que se trata a maioria dessas questões, e não raro a perspectiva da qual o faz, remete-nos ainda ao Preâmbulo, onde o A. assegura que "a única pretensão é ser útil ao jovem que inicia o estudo" (p. 11); e conduz-nos a meditar sobre e real utilidade do simplismo e do esquema no processo didático.

O livro não se divide em capítulos, constituindo-se de uma seqüência de tópicos e sub-tópicos que culmina por equiparar, formalmente, categorias que nada têm em comum (exemplo de uma sucessão de tópicos: "A Culpabilidade" (p. 26), "Culpa Consciente" (p. 27), "Caso Fortuito" (p. 28), "Dolo" (p. 29), "Da imputabilidade e da Responsabilidade" (p. 30), "Modalidades de Dolo" (p. 31), Do Erro de Direito" (p. 34), "Do Erro de Fato" (p. 35), "As Causas Justificativas e Dirimentes" (p. 36), etc.

A classificação da matéria parece-nos de importância fundamental, quando se trata de evitar confusão de elementos no espírito do iniciante. Daí o perigo de seguir-se à risca a progressão expositiva do Código, salvo quando se opta pelo sistema de "comentários", no qual a subordinação, ainda aqui limitativa, obedece a um critério pragmático (que não raro sacrifica a reconstrução sistemática).

O livro se inicia pelo tópico "As Escolas Penais", sem uma anterior análise do objeto geral de seu estudo. Após o ítem sobre as escolas penais (que apenas se ocupa das chamadas Escola Clássica e Escola Positiva), segue-se outro sobre "Classificação dos Criminosos" (p. 15), e é essa toda a introdução ao estudo da parte geral. "Aplicação da Lei Penal" (p. 18), tópico seguinte, é toda a iniciação à teoria da norma que o livro contém, e ocupa-se perfuctoriamente, em oito linhas, tão só da lei penal no tempo. Os problemas

da lei penal no espaço, sua principologia, conceito de território, lugar do crime, privilégios penais atribuídos a certas pessoas, extradição, — não são ao menos referidos. O subsequente tópico já se intitula "O Crime" (p. 19).

Quando examina as teorias sobre a causalidade, expõe, além da teoria da equivalência, a de preponderância e da causa eficiente, que seriam "as mais importantes" (p. 24), apenas mencionando a da causalidade adequada (da qual as anteriores, exceção naturalmente à tradicional de Von Buri, não passam de variantes apegadas a uma concretude física, e que possui muito maior relevo, e mesmo vigência: nos crimes comissivos por omissão, mesmo no direito brasileiro, é um juízo de causalidade adequada que decidirá do efetivo conteúdo causalida ação omitida).

A culpabilidade é definida como o nexo subjetivo que liga o delito ao seu autor (p. 26), com duas modalidades (dolo e culpa); estamos pois diante de mera concepção psicológica da culpabilidade.

O assim chamado dolo específico é definido da seguinte forma: "dá-se quando se prova qual o fim visado pelo agente com a prática do crime" (p. 32).

Mantemos nosso ceticismo sobre as vantagens da simplificação. Discorre o A., na p. 90: "Já o velho brocardo latino assim se expressa: nullum crimen (etc.)". O iniciante pode ter a clara impressão de que brocardo latino é o mesmo que brocardo romano, sobretudo porque seu professor de Direito Civil deve estar a todo instante falando nas excelências do Direito romano; e pode supor que este velho brocardo não date apenas de 1801, e tenha sido formulado por um professor alemão.

Em suma, pensamos que desde o início o estudante deve ser introduzido nas grandes questões do Direito Penal, sem uma profundidade inexequivel, mas com propriedade, sistema, e sem que se abdique das conquistas modernas de nossa ciência. Do reconhecido talento de PAULO ROBERTO LEITE VENTURA esperamos contribuição substancial nesse sentido.

Nilo Batista

 \mathbf{AC}

ABREVIATURAS

Apelação Criminal

Arquivo Judiciário AJArquivos do Tribunal de Alçada (GB) Arquivos Câmara Criminal C. Crim. Constituição Federal CF Conflito de Jurisdição $_{e}CJ$ Código Penal \mathbf{CP} Código Penal Militar «CPM Código de Processo Penal 4CPP Código de Processo Penal Militar CPPM Decreto-lei DLDiário Oficial, Parte III, Poder Judiciário, GB O.T. Diário de Justica, Brasília DJHELENO C. FRAGOSO, Jurisprudência Criminal, FRAGOSO, Jur. Crim. — 2.ª edição, Borsoi, Rio, 1973 Habeas corpus HCLei das Contravenções Penais LCP Recurso Criminal RCRevista de Direito Penal RDP RECr Recurso Extraordinário Criminal RevC Revisão Criminal Revista Forense RFRecurso de Habeas Corpus RHC Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça RJda Guanabara Recurso Ordinário Criminal ROCr Revista dos Tribunais RTRevista Trimestral de Jurisprudência RTJ STF Supremo Tribunal Federal Superior Tribunal Militar STM Tribunal de Alcada TA. Tribunal Federal de Recursos TFR TFR Jurispr. Revista do Tribunal Federal de Recursos

Tribunal de Justica

Acusado. Autorização para viajar

Passou a constituir uso em nosso foro a solicitação feita pelo acusado ao juiz do processo para ausentar-se do distrito da culpa, viajando para o exterior. Esse uso foi criado porque a repartição policial encarregada de apor no passaporte o visto de saída, não o concede se a folha penal do interessado registra algum procesos em andamento. Em tal caso exige venha um ofício da autoridade judiciária autorizando a viagem.

É evidente o abuso e o descabimento da exigência a que se submetem os que estão nessa situação, porque em geral são casos de urgência e é mais fácil obter o ofício do juiz do que revogar a ordem abusiva através de medida judiciária.

A lei fixa para o réu determinados deveres e ônus processuais, cuja transgressão acarreta certas sanções.

Se o acusado tiver sido preso em flagrante delito e estiver solto mediante fiança, não poderá mudar de residência, sem prévia permissão de autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado (art. 328, CPP). A violação desse dever acarreta a pena de quebramento da fiança.

Mesmo no caso de réu solto mediante fiança, o que se verifica é que a viagem por prazo superior a 8 dias não depende de *permissão*, bastando a mera *comunicação*. A viagem por prazo inferior pode ser feita livremente.

Se o réu não é afiançado e se já tiver sido citado, tem o dever de comunicar a mudança de residência ou a ausência superior a 8 dias (art. 369, CPP). A única pena prevista para a transgressão desse dever é a revelia (art. 366, CPP), ou seja o prosseguimento do processo com a sua ausência.

Como ensina Frederico Marques, II, 230, "revelia é a contumácia do réu consistente em inércia ou omissão com a consequência de se prosseguir no procedimento sem mais se lhe intimar para os atos processuais que se devam realizar na instância".

Contra o revel os prazos correm independentemente de notificação ou intimação (art. 34, CPC). No processo penal, sendo o réu revel, as intimações ou notificações passarão a ser feitas a seu defensor.

Essa é a situação jurídica processual da ausência do réu. Nenhuma disposição de lei existe constrangendo-o a permanecer contra a sua vontade em determinado lugar. Uma tal restrição da liberdade constitui a medida de permanência a que aludiam nossas leis de segurança nacional, a partir da 1.802 (art. 43), ou a menagem, do processo militar (art. 264, CPPM).

O TFR, no julgamento do HC 2.363, relator o eminente Min. JARBAS NOBRE, por unanimidade, decidiu: "Processo crime em que é inidiciado Diretor de Companhia, duas delas sediadas no exterior. Poderá o paciente ausentar-se do país, mediante prévia comunicação ao Juiz da causa, quanto ao destino e prazo de seu afastamento. Ordem concedida" (DJ, 20/10/70, 4.991).

A 3.a C. Crim. do TJ da Guanabara, no RHC 4.167, relator o eminente Des. Mauro Gouvêa Coelho. decidiu. com exatidão irreprensível: "Não tendo contra si ordem de prisão emanada de autoridade competente, nem tendo o impetrante praticado crime em flagrante delito, a negativa dé aposição do visto na segunda via de seu passaporte constitui cerceamento à sua liberdade de locomoção. Consoante o disposto no art. 369 do C. P. Penal, somente à autoridade judiciária processante está o paciente obrigado a comunicar sua ausência ou a mudanca da residência por mais de oito dias, sob pena de prosseguimento do processo à sua revelia". Decisão unânime. DO 14/12/72, 680.

TJ

Aplicação da pena. Inobservância do art. 42 CP. Nulidade

A exata motivação da sentença na aplicação da pena acima do mínimo legal constitui garantia do direito de liberdade que a lei assegura, fixando, inclusive, as normas gerais a serem observadas cf. sobre o assunto, extensamente, FRAGOSO, Jur. Crim. n.º 10.

No julgamento do HC 45.248, o STF (pleno) anulou sentença que condenara o acusado primário à pena de 4 anos (máximo) pelo crime de furto simples, aumentando-a de 1/6 pela continuidade (provada exclusivamente pela confissão na fase policial) e mais 1/3 sobre a soma, por ter sido o crime praticado durante o repouso noturno. Foi relator o eminente Min. VICTOR NUNES LEAL, sendo a decisão unânime.

Como bem observou o ilustre Ministro Aliomar Baleeiro, exige-se do juiz uma "adesão leal, sincera e completa ao art. 42, CP", que geralmente é mencionado por mera formalidade, RTJ. 58/562.

Apropriação indébita. Exame de corpo de delito

O crime de apropriação indébita, quando atribuído a empregados cobradores, exige necessariamente exame contábil para sua determinação e verificação, o qual constitui elemento essencial, como exame de corpo de delito.

No julgamento do HC 24.655, a 1.a C. Crim. do TJ da Guanabara, relator o eminente Des. Valporê Caiado, assentou, com precisão: "Em se tratando de alcance praticado por cobrador de firma comercial, cuja demonstração pela última consta de "quadro demonstrativo", não pode este ser aceito, ainda que aliado à confissão do acusado, sem que a perícia contábil na escrita da empregadora confirme o declarado pela vítima, em face do que dispõe o art. 158, 1.a parte, do Código

de Processo Penal". Ficou vencido o ilustre Des. Pio Borges. (DO 27/4/72, 208).

Assistente de acusação. Processo sumário na fase policial

O STF já decidiu que o assistente de acusação é inadmissível no processo sumário, na fase policial, porque nessa o M. P. não oficia e é indispensável que ele seja previamente ouvido sobre a admissão do assistente (art. 272 — CPP). Cf. HC 48.421, relator o eminente Min. DJACI FALCÃO.

A matéria foi considerada pela 2.ª Turma do E. Tribunal no julgamento do HC 49.092, relator o ilustre — Min. Antonio Neder decidindo-se que "é de se admitir assistente de acusação na primeira fase do procedimento sumário instaurado pela autoridade policial nos termos do art. 531 CPP, da L. 4611". (RTJ 59/676).

Entendeu o eminente relator que a ação penal é pública e que nem o CPP (arts. 531-538), nem a L. 4611, proibe que o M. P. intervenha na fase policial do procedimento. Assim sendo, é de se concluir que prevalece o sistema estruturado pelos arts. 257 e 268, qual seja o de que o M. P. deve promover e fiscalizar a execução da lei, assistido, em todos os termos da ação pública. pelo ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, por qualquer das pessoas mencionadas no art. 31 CPP "os termos amplos dessas normas, que estruturam o sistema de acusação em nosso processo penal, não afastam a admissibilidade do assistente no procedimento sumário instaurado por autoridade policial".

A regra do art. 272 CPP, segundo o eminente relator poderia ser observada, ordenando a autoridade policial que seja ouvido o M. P. competente. Isso nos parece, data venia, impraticável, pelo menos nos grandes centros. Inconcebível é que a autoridade policial paralise virtualmente o curso da

ação penal, com a instrução do processo, para enviar os autos a juízo a fim de que o M. P. possa ser ouvido a respeito da admissão do assistente. Só se pode saber qual é o órgão do M. P. competente, sabendo-se qual é o juiz competente. Nas pequenas comarcas talvez isso possa ser feito sem perda de tempo, resolvendo a dificuldade, pois está correta, em tese, sem dúvida, a colocação feita pelo eminente Min. Antonio Nede.

No caso do HC 49.092 havia, no entanto, circunstância que liquidava certeiramente a pretensão do impetrante. É que a nulidade era relativa e não foi arguida no prazo a que se refere o art. 537 CPP, ou, se verificadas após esse prazo, logo depois de aberta a audiência e apregoadas as partes (art. 571, III CPP).

Veja-se sobre o assunto também a decisão proferida no RE 67.170, RTJ 51/211.

Ausência do réu. Cerceamento de defesa

A presença do acusado que não é revel às audiências do processo constitui elemento essencial de seu direito de defesa, não podendo suprí-la o comparecimento do defensor. Esse princípio foi reafirmado pelo STF, por sua 1.a Turma, no julgamento do HC..... 50.185, relator o eminente Min. Barros Monteiro: "O direito de estar presente à instrução criminal, conferido ao réu não contumaz e a seu defensor, encontra seu fundamento no princípio do contraditório, desde que, ao lado da defesa técnica, entregue a profissional habilitado, existe a chamada auto-defesa, pela presença do acusado aos atos processuais". DJ 11/12/72, 8395, Cf. Fragoso, Jurisprudência Criminal, N.º

Classificação do crime pela autoridade policial. Efeitos jurídicos

É inegável que compete à autoridade policial classificar a infração penal

praticada, seja em caso de prisão em flagrante, seja em caso de inquérito, seja na instauração de processo de rito sumário dos arts. 531 e segs. CPP, surgindo dessa classificação importantes efeitos jurídicos. Cf. sobre o tema, amplamente, ROBERTO LYRA FILHO, A classificação das infrações penais pela autoridade policial, no volume Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria, Forense, Rio, 1962, 276 s.

Num caso em que a autoridade policial efetuou prisão em flagrante, dando nota de culpa ao preso classificando-lhe o delito no art. 291, CP, foi impetrado HC ao Juiz Federal. Nas informações, a autoridade policial deu nova classificação ao fato, entendendo que configurava estelionato (art. 171 CP). O Juiz denegou a ordem, afirmando que a errada classificação do delito não invalida a prisão em flagrante, se outro crime está caracterizado.

O TFR, no HC 2.769, relator o eminente Min. Jarbas Nobre, por sua 2.ª Turma, deu provimento parcial ao recurso, para que o juiz requisitasse o auto de prisão em flagrante (que não fora remetido a juízo) e para que decidisse como de direito, "eis que a autoridade policial não pode alterar a capitulação do delito constante do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa". Decisão unânime, exata. (DJ 1/8/72, 4.899). A fiança e a nota de culpa constituem garantias constitucionais do direito de liberdade.

Cerceamento de defesa

Há cerceamento de defesa se a parte não é ouvida sobre prova vinda aos autos após o encerramento da instrução, se nela se baseia a sentença condenatória. Assim decidiu, com exatidão, a 1.ª C. Crim. do TJ da Guanabara, no HC 25.890, relator o eminente Des. AMILCAR LAURINDO RIBAS: "Constitui cerceamento de defesa a falta de au-

diência da parte sobre prova realizada de ofício, após a fase instrutória, e que serviu de elemento para a solução condenatória". (DO 27/4/72, 209).

Competência residual. Interrogatório.

Com a criação da Justiça Federal, a ela passaram os processos criminais em curso, salvo se já se tivesse iniciado a instrução criminal (art. 80 § 1.º lei 5.010/66). Em tal caso, o processo deveria permanecer na Justiça estadual, por força de competência residual.

A instrução criminal se inicia com o interrogatório do acusado, que é ato de defesa e ato de prova. Desde que tenha havido o interrogatório, o processo permanece na Justiça estadual. Assim decidiu, com perfeita exatidão, a 2.ª Turma do TFR, no HC 2.653, relator o eminente Min. MÁRCIO RIBEIRO, ficando vencido o ilustre Min. NERI DA SILVEIRA: "Competência residual. Suficiente o interrogatório do acusado para prevenir a jurisdição estadual". (DJ 1/8/72, 4.898).

Contrabando ou descaminho. Pagamento dos tributos

Decidindo a AC 1.667, a 2.ª Turma do TFR, relator o eminente Min. Décio Miranda, por maioria, assentou: "Nas novas modalidades do crime de descaminho, previstas nas letras "c" e d", acrescentadas ao texto do Código Penal pelo art. 5.º da lei número 4.729, de 14 de julho de 1965, o pagamento dos tributos devidos extingue a punibilidade". (DJ 1/8/72, 4.905).

O descaminho é crime de sonegação fiscal e é bem orientada a decisão que lhe estende a causa de extinção da punibilidade prevista para os crimes de sonegação fiscal, ou seja, o pagamento dos tributos devidos. Cf. DL 157, artigo 18 e art. 2.º lei 4.729.

A 2.ª Turma do TFR já havia decidido dessa forma no HC 2.375, relator o eminente Min. Godov ILHA, por maioria (DJ 27/10/70, 5.170). Tal

decisão foi reformada pelo STF emagrau de recurso.

Contrabando por via aérea. Lei de segurança nacional

O art. 1.º, III e VIII do DL 975, de 20/10/69 considera crime contra a segurança nacional, da competência da Justiça Militar, contrabando efetuado por meio de aeronave. Trata-se de dispositivo claramente inconstitucional, pois não há no caso qualquer ofensa à segurança do Estado, nos termos em que juridicamente é concebida.

O STM, no RC 4.709, relator o eminente Min. Nelson Barbosa Sampaio, por unanimidade decidiu que os crimes definidos no DL 975, de..... 20/10/69, são considerados crimes contra a segurança nacional, e a ordem política e social, da competência da Justiça Militar para processo e julgamento de seus infratores cogitava-se de contrabando de mercadorias oriundas da zona franca de Manaus (art. 39 DL 288).

No RC 4.717, igualmente, o STM pronunciou-se no mesmo sentido. Desta feita foi relator o ilustre Min. AMA-RÍLIO SALGADO. Trata-se de contrabando feito através de aeronave não registrada no RAB, que trazia grande quantidade de bebidas estrangeiras do-Paraguai para pistas de pouso clandestinas, localizadas no sul do país. Diz-se no acórdão que o fato é atentatório à segurança nacional, pois "o contrabando perpetrado nas condições acima referidas constitui grave riscoà segurança nacional, dês que traz incalculáveis prejuízos econômicos à nacão". Ficaram vencidos os eminentes Ministros Alcides Carneiro e Grun

O TRF, no HC 2.498, relator o ilustre Min. Godov ILHA, já decidiu, em caso relativo a contrabando por via aérea de mercadorias da zona franca, que o fato constitui o crime previsto no art. 334 § 3.0 CP e não crime contra a seguranca nacional. Igualmente,

no CJ 1.489, o mesmo TFR decidiu que o DL 975 deve ser conjugado com os critérios do DL 898, que define os crimes contra a segurança nacional, assentando: "Não é o simples uso de aeronave na introdução irregular de mercadoria estrangeira no território nacional que caracteriza crime contra a segurança nacional. Para que tal ocorra, mister se faz que esse fato se inclua entre os delitos definidos no DL 898/69 (guerra psicológica adversa, revolucionária ou subversiva, etc.).

O STF, julgando o CJ 5.580, em que lhe foi suscitante o STM e suscitado o juíz federal do Ceará, decidiu: "A simples circunstância do transporte do contrabando em aeronave não é bastante para caracterizar o atentado à segurança nacional. O sentido a ser empregado no art. 1.º, III do DL 975/69 deve ser buscado no conceito de segurança da nação, a que se referem os arts. 1.º à 6.º do DL 898/69". (RTJ 60/30).

Aliás, o próprio STM, no RC 4.524. relator o eminente Min. ALCIDES CAR-NEIRO decidiu. em acórdão de 9/11/70: "Crime de contrabando. Desde que as mercadorias contrabandeadas não interessem à segurança do Estado, como armas, munições, equipamentos, mas, simplesmente, ao fisco, como objetos de adorno e uso pessoal, a competência para julgar os infratores é da Justiça Federal e, não da Justiça Militar. As atribuições desta acham-se bem definidas, seja no Código Penal Militar. seja na vigência lei de segurança Nacional (DL 898, de 29/9/69)". Decisão exatíssima, em que ficaram vencidos os ilustres Ministros Nelson Sampaio. TERRA URURAHY e LIMA TORRES.

Crime militar. Desrespeito a superior. Não pode ser praticado por por civil

Decidindo a AC 39.231, assentou o STM, relator o eminente Min. WALDE-

MAR TORRES DA COSTA, que só o militar pode praticar o crime definido no arte 160 CPM: "Por não ser militar, não" comete o crime de desrespeito ao superior, previsto no CPM, o funcionário civil lotado em repartição militar. Não estando submetido a preceitos de disciplina militar mas sujeito ao Estatuto dos Funcionários Públicos Civis, por suas faltas funcionais, só responderá por crime previsto no Código Penal Militar, como qualquer civil-Desde que a condição de militar é indispensável ao conceito do crime, segundo a definição penal, não pode subsistir a condenação do funcionário civil, embora lotado na administração militar, por crime que só os militares podem cometer".

O crime de desrespeito a superior écrime próprio exigindo que o agente seja militar e que a ação seja praticada contra superior. Todavia, não se exclui que um civil possa participar do delito, pois em tal caso a condição pessoal do agente, sendo elementar, se transmite (art. 53 § 1.º in fine CPM).

Direção perigosa

Decidindo o AC 5.160, a 1.ª C. Crimdo TA da Guanabara, relator o eminente Juiz Orlando Leal Carneiro, com exatidão assentou: "Quando o agente da direção perigosa está alcoolizado, a contravenção da embriaguez é obsorvida por ela, porque esta passa a ser a causa provável da infração do art. 34 da LCP, que contém o por "em perigo a segurança própria ou alheia", além de ter a pena de multa mais grave." Decisão unânime. (DO 27/3/72. 156).

Para que a contravenção se configure é indispensável que tenha ocorrido perigo concreto, efetivo, e não apenas remoto. Cf. acórdãos da 1.ª C. Crim. do TA de São Paulo, relator Juiz Toledo de Assunção, (RT..... 437/376).

Dolo eventual

O reconhecimento da ocorrência de dolo eventual, além de dificuldades muitas vezes intransponíveis quanto à prova, conduz a vacilações injustificáveis quanto à sua configuração jurídica.

Há dolo eventual quando o agente assume o risco de provocar o resultado (art. 15, I CP). Exige-se, no entanto, que haja previsão do resultado concreto de que se cogita e assunção do risco de provocá-lo, o que se pode bem aferir pelas conhecidas fórmulas de Frank. Não há dolo eventual por uma suposta genérica assunção de risco derivado de certa atividade culposa.

A 2.ª C. Crim. do TJ da Guanabara, na AC 56.265, relator o eminente Des. HAMILTON MORAES E BARROS, com precisão, decidiu: "Age com culpa, e não com dolo eventual, quem brinca com arma carregada. Para que se reconheça o dolo eventual não basta assumir o risco no sentido de saber que ele pode ocorrer; é preciso aceitá-lo, aquiescendo no resultado". (DO 27/4/72, 208).

Entorpecente. Não se exige que a droga conste de lista editada pelo Poder Público

A jurisprudência do STF parece orientar-se vigorosamente no sentido de que o art. 281 CP não mais contém norma penal em branco, sendo bastante, para identificar o objeto material da ação que a droga seja capaz de provocar dependência física ou psíquica, independentemente de constar, ou não, de relação elaborada pelo Poder Público.

No regime da primitiva redação do citado dispositivo legal, houve algumas decisões nesse sentido, no HC 31.111, relator o eminente Min. HANNEMAN GUIMARÃES (RF 133/230) e no HC32.423, relator o eminente Min.

Luiz Gallotti (RF 153/394). Veja-se também RF 133/229 e 156/382.

A doutrina, no entanto, proclamava a existência de norma penal em branco (Hungria, IX, 135: Magalhães No-RONHA, IV, 81), não obstante uma ou outra opinião discrepante João BER-NARDINO GONZAGA, Entorpecentes, 1963, 106). Cf. Fragoso, III, 892. O relacionamento das substâncias entorpecentes constava do art. 1.º do DL 891, de 25/11/38. A convenção Única sobre entorpecentes, de 1961, apresentava anexo com as listas de substâncias consideradas entorpecentes. No art. 1.°, I, j definia, para os efeitos da convenção, como entorpecentes, as substâncias naturais ou sintéticas contidas nas listas I e II.

No julgamento do RE 71.525, relator o eminente Min. ANTONIO NEDER, a 2.ª Turma do STF afirmou, por unanimidade, que "a partir da vigência do DL 385/68, não se tem como exigir que a droga entorpecente conste da lista editada pelo Poder Público. Bastante é que o exame toxicológico demonstre que a droga examinada seja idônea para gerar dependência física ou psíquica". Nesse caso, tratava-se da droga Anorexil e o pronunciamento do Instituto Médico do Estado (SP) e do Servico Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia era no sentido de que tal droga, "usada sem observância das doses terapêuticas, poderá causar dependência física ou psíquica".

Em seu voto, acentuou o eminente relator: "A partir do DL 385, de 1968, o preceito penal deixou de ser a norma em branco criada pelo DL 159, de 1967. Desde então não há mais exigência de qualquer relacionamento prévio de drogas ou produtos farmacêuticos por ato do Poder Público. O que se exige é que o exame toxicológico identifique na droga traficada os componentes capazes de gerar a dependência física ou psíquica, feito o que o tipo penal está integrado. Tal orientação vem de receber o apoio unâ-

nime da Suprema Corte, o que se verificou no julgamento do RE 69.331, em maio do corrente ano. Sua relevância na luta contra a toxicomania é de primeiro evidência, bastando considerar que uma simples mudança do nome comercial do medicamento, operada pelo laboratório produtor, teria o condão de tornar livre um comércio já controlado, burlando as providências do Poder Público que ficaria desarmado até que o novo nome viesse a ser incluído em nova Portaria ou ato relacionador".

A decisão invocada pelo ilustre relator, a do RE — 69.331, está publicada na RTJ 54/270. Decisões recentes no mesmo sentido foram as preferidas no RE 69.668.

Data venia, não nos parece correta a orientação do eg. Tribunal. O art. 281 era norma penal em branco já antes do aparecimento do DL 159. Este, em seu art. 1.º § único expressamente indicava que "as substâncias de que trata este artigo serão relacionadas em portaria do Diretor do Servico Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia do Departamento Nacional de Saúde, publicada no Diário Ofirial". Esse texto não foi reproduzido no DL 385, mas isto é irrelevante ,pois o delito não se configura sem que a ação seja praticada "sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

Como ensina o douto MAGALHÃES Noronha em trabalho recente (Do tráfico e uso de entorpecentes ou psicotrópicos, RT/435/249) "faltando esse elemento do tipo, isto é, não se tratando de droga que necessite de autorização para a venda, ou não esteja indicada em lei ou regulamento como interditada ou sujeita a formalidades especiais, não se apresenta aquele elemento do delito. O art. 281 é norma penal em branco, como sucede, por exemplo, com o art. 178, que também alude a desacordo com disposição legal". Entende também Noronha que o art. 1.º do DL 159 não está revogado.

Cremos que a matéria é delicada, porque a lei brasileira defeituosamente pune o viciado (e com as mesmas penas previstas para o traficante) e inclui na proibição legal, da mesma forma, a ação praticada relativamente a substâncias que determinem dependência física ou psíquica, que rigorosamente constituem substâncias medicinais (destinadas ao tratamento ou prevenção de moléstias). Estas não são em si mesmas nocivas, ao contrário dos entorpecentes que não possuem qualquer uso medicinal, e se destinam, em seu uso regular, ao tratamento de moléstias nervosas. A ilicitude em relação às mesmas somente surge com a violação das prescrições legais sobre a sua produção, distribuição e consumo. É, portanto, impossível abstrair tais prescrições legais na consideração da ilicitude. Não temos notícia de que isso ocorra em qualquer país do mundo.

Por outro lado, há substâncias capazes de determinar dependência física que ninguém ousaria admitir estarem abrangidas pelo art. 281 CP, tais como o álcool, o éter sufúrico ou etílico, o clorofórmio, etc..

Julgamos que se põe em grave risco a liberdade individual com a interpretação que vai prevalecendo no Excelso Pretório, inclusive pela insegurança que o parecer técnico pode apresentar.

Todos os medicamentos capazes de gerar dependência física ou psíquica estão sujeitos por lei a regime especial de produção e comercialização. Nenhum medicamento pode ser posto à venda sem prévia aprovação do SNFMF, o qual, mediante simples portaria, pode incluir imediatamente um novo medicamento no rol daqueles que estão sob controle. Se um medicamento não consta da lista das drogas perigosas, isto significa que foi apresentado à fiscalização, examinado e liberado sem ser considerado perigoso pela autoridade a que a lei incumbe o controle das drogas desse tipo. O combate ao tráfico de drogas constitui um terrível desafio ao Estado, exigindo inteligência agilidade e competência da autoridade pública. Cumpre às autoridades ação pronta e vigilante, que torne impossível o comércio de substâncias medicinais capazes de determinar dependência não previstas no sistema de controle das drogas perigosas. Cumpre aos tribunais corrigir as graves falhas da lei em vigor, na medida do possível, sem por em risco valores essenciais de um Direito Penal liberal, como tem sido tradicionalmente o nosso.

O TFR também decidiu, num caso que se referia à droga "Pervitin", que não é mais necessário figurem as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica em relação elaborada pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina; A C 1964, 1.ª Turma, relator Min. JORGE LAFAYETTE (DJ 28/8/72, 5.541).

Entorpecente. Posse. Maconha. Prova do inquérito insuficiente

No julgamento da AC 58.220, a 1.a C. Crim do TJ da Guanabara, relator o ilustre Des. VALPORÉ CAIADO, absolveu por unanimidade acusado a quem se imputava trazer consigo, lancando em seguida ao chão, uma trouxinha de maconha, pesando dois gramas e meio. No flagrante (em que o réu confessou a posse ilegal) depuseram apenas os policiais que efetuaram a prisão. Em juízo, o acusado negou a prática de qualquer delito. A prova foi considerada pela Câmara "precária, gerando dúvidas", expressões tiradas do parecer do ilustre procurador, o excelente Jorge Guedes.

A sentença de primeira instância é do eminente juiz Héllo Sodré. E porque no acórdão se diz que a decisão "deve ser lida e meditada por todos aqueles que, por força do seu officio, lidam com a fiscalização, ou com os efeitos da fiscalização, em torno do comércio clandestino dos entorpecentes

ou do simples uso destes, compelidos pela rigidez da legislação federal", julgamos util transcrever algumas de suas passagens mais expressivas:

"Fala-se, constantemente, do aumento da criminalidade, em nosso Estado. Nem é preciso apelar para as estatísticas. A verdade, quando é verdade, torna-se notória. Entra pelos olhos de toda a gente, diariamente, através da imprensa, que é sempre um espelho onde se refletem as realidades da vida. Pois bem. Nesta cidade onde tantos delitos graves acontecem ,revelando, em si mesmos, a perigosidade de seus autores, os presos que todos os dias são levados à presença do Juiz não são os autênticos malfeitores, os assaltantes, os que ferem os seus semelhantes. Os acusados que, algemados ,comparecem às Varas Criminais são, na sua quase totalidade, homens ou moços pacatos, pretos e brancos, sem quaisquer indícios de agressividade, ostentando uns olhos tristes e sinais evidentes de desalento e de desesperança.

"E que crime praticaram tais presos ninguém, a não ser os policiais que os prenderam, os viu praticando qualquer gesto contra as leis de Deus, nem mesmo contra as leis dos homens. Foram detidos em ruas movimentadas da cidade, em portarias de edifícios onde moram dezenas de famílias, nas praias de Copacabana ou nas pracas da zona norte, somente porque dois ou três policiais declararam que eles estavam fumando ou que tinham consigo uma trouxinha de maconha. E ninguém. absolutamente ninguém, aparece para confirmar a lisura das diligências policiais, o efetivo encontro da erva e a legalidade das prisões!

"Os bravos agentes da Polícia que não querem ou que não podem enfrentar os verdadeiros criminosos que infestam a cidade ,aqueles que derramam o sangue de seus semelhantes ou que causam danos materiais evidentes, até parece que se satisfazem em prender pessoas pacíficas — e tão pa-

cíficas que nem ao menos resistem às ordens de prisão. Com tais pessoas não foram encontradas armas, nem ao menos um canivete ponteagudo, capaz de ferir. A maioria delas possui documentos, comprova trabalho honesto, nada se apura contra o seu caráter. São estas, as criaturas humanas que são levadas, quase diariamente, algemadas, à presença dos magistrados. Homens e mulheres, geralmente jovens, que certamente choraram no momento em que foram detidos - e que voltam a chorar, protestando inocência, quando são interrogados pelo juiz! Quero crer que a razão pela qual os agentes policiais nunca arrolam testemunhas estranhas, nesses duvidosos casos de posse de entorpecentes, é a seguinte: se arrolassem, as testemunhas somente comprovariam as lágrimas... e nada mais.

"Já escrevi dois modestos livrinhos, onde penso haver demonstrado, de forma cabal, que nenhum juiz, cônscio de suas responsabilidades, poderá condenar quem quer que seja, baseado tão somente em lacônicas declarações dos agentes policiais (v. A Prova Penal Referente à Posse de Entorpecentes, Forense, Rio, 1971; e Tóxicos — A Nova Lei, Editora Rio, Rio, 1972). Não será necessário repetir, aqui, os argumentos, os ensinamentos de todos os grandes penalistas e da mais alta jurisprudência no sentido de que cabe à Polícia colher as provas e não fa $z\hat{e}$ -las.

"Ninguém desaprova a campanha contra os tóxicos, mas para que essa campanha possa ter benéficos efeitos é preciso que seja conduzida com equilíbrio e sem arbitrariedades. A finalidade da nova legislação é a de perseguir, principalmente, os autênticos traficantes de drogas, os que vivem de um comércio ignóbil atentando contra a saúde alheia e levando ao martírio tantas almas puras. E, no entanto, os traficantes nunca são presos, voltando-se a ação dos policiais unicamen-

te para aqueles que seriam, apenas, as suas vítimas.

"O papel da Justica é muito importante. Ela não pode falhar em sua alta missão de julgar, com absoluta imparcialidade, os seus semelhantes. E a justica falhará, desacreditando-se perante a opinião pública, no dia em que se deixar confundir com a Polícia, no dia em que se resignar a ser um mero instrumento da atuação, nem sempre correta, dos agentes policiais, É preciso não perder de vista a afirmativa de dois notáveis juristas, um italiano, outro brasileiro — CALAMANDREI e José Frederico Marques. Este, escreveu: - "A autoridade policial não é juiz: ela não atua inter-partes, e sim, como parte" (v. Elementos de Direito Procesual Penal, vol 1, n.º 80, p. 150). E eis o que afirmou CALA-MANDREI: - "O Juiz é um terceiro estranho à contenda, que não compartilha dos interesses ou paixões das partes ... é um terceiro inter partes, ou melhor ainda, supra partes" (v. Processo y Democracia, tr. Hector Zamudio, Buenos Aires .1960, p. 60).

Fraude no comércio

A distinção entre as figuras de delito previstas no art. 171 § 2.°. IV e 175 CP nem sempre é fácil de identificar-se, residindo, a nosso ver, no fato de ser a fraude no comércio crime próprio, que só pelo comerciante pode ser praticado. Como já assinalamos em outra oportunidade, no art. 175 CP incrimina-se a fraude no comércio, punindo-se com penas mais: leves do que a do estelionato o enganopraticado por comerciantes na venda ou na entrega de mercadorias, pois é comum uma certa malícia no comércio e o comprador deve exercer, e normalmente exerce, vigilância especial em relação às coisas que compra ou recebe. Cf. Fragoso, II. 381.

Decidindo o HC 48.982, relator o eminente Min. AMARAL SANTOS, a 1.ª

Turma do STF por unanimidade identificou o crime do art. 175 CP e não o de estelionato, na ação de comerciante que vendeu como bom piano em péssimo estado, e mesmo inutilizado. (RTJ 60/79).

Furto qualificado pela destreza. Tentativa

Julgando a AC 18.903, decidiu a 2.ª C. Crim. TJ Estado do Rio de Janeiro que não há "incompatibilidade entre a figura da tentativa e o furto qualificado pela destreza". Foi Relator o ilustre Des. Alcides Carlos Ventura, (DO RJ, 29/9/72, III, 6). Também a 1.ª C. Crim. do TJ Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da AC 18.998. reconheceu a "tentativa de furto com destreza", em decisão unânime, da qual foi Relator o Des. NEWTON QUINTELLA (DO RJ, 18.10.72, III, 5). Esses dois recentes julgados (o primeiro, de 17. 8.72; o segundo, de 4.9.72), trazem à tona os problemas da alegada incompossibilidade da tentativa com o furto qualificado pela execução mediante destreza.

"Furto com destreza é a subtração de coisa que alguém traz consigo (em lugar público ou privado), mas realizada com tal habilidade que não é por ele percebida" (HUNGRIA, VII, 45). A exigência de que a res furtiva esteja em poder do sujeito passivo pertence à disciplina da espécie (Fragoso afirma que "somente haverá furto com destreza quando a ação recai sobre o lesado, isto é, quando se subtrái coisa que está na posse direta do sujeito passivo" — in Lições, São Paulo, 1962. v. 1, p. 248), não assitindo razão a MAGALHÃES NORONHA, 2, 279, quando reconhece a qualificativa de destreza na hipótese em que o agente, "qual passe de prestidigitação, escamoteia coisa que se acha sob as vistas do possuidor, sem que este o note". Quer neste caso, quer no caso em que a coisa. em poder do lesado, é arrebatada subitamente, teremos não destreza, e sim audácia, como aliás advertia HUNGRIA (loc. cit.). Nem podia ser diferente, numa figura que descende do italiano borseggio.

A partir da opinião respeitável de Manzini, entendeu-se que se o agente fosse surpreendido com a mão no bolso do lesado, não se poderia reconhecer a tentativa do furto qualificado, e sim a tentativa do furto simples, precisamente porquanto não havia o sujeito ativo revelado a "speciale abilità fisica" a que se referia o próprio Manzini, ou a "habilidade extraordinária" que menciona Fragoso. Surgiu então, tendência a afirmar que não podia existir tentativa de furto qualificado pela destreza.

Essa solução é evidentemente incorreta. MAGALHÃES NORONHA formula a hipótese em que o agente já se encontrava com a mão no bolso do lesado, e este ocasionalmente resolve levar a própria mão à algibeira, surpreendendo-o. É claro que houve aí interrupção do procesos executivo por circunstâncias alheias à vontade do agente; há tentativa.

Somente será de reconhecer-se furto simples atentado quando o sujeito ativo atuar com inabilidade, e desta inabilidade resultar a interrupção do processo executivo. A destreza a reconhecer-se é a destreza da ação, e não a destreza que possua eventualmente o agente.

É, pois, perfeitamente possível falar-se de tentativa de furto qualificado pelo emprego de destreza, cabendo ao Juiz apurar, em cada caso, qual a causa de interrupção do processo executivo. (Nota de NILO BATISTA).

HC. Transferência para o Manicômio Judiciário

O habeas corpus tem sido usado como remédio jurídico para remover ilegalidades praticadas no curso do processo, relacionadas com o direito de defesa, tendo em vista que constitui medida urgente e de eficácia excepcional. É louvável a orientação dos tribunais nesse sentido, na esteira de numerosos precedentes do STF.

Importante decisão proferiu o TA da Guanabara por sua 2.2 C. Crim., no HC 2.783, relator o eminente Juiz Alberto Garcia. Foi a ordem concedida para o fim de se determinar ao diretor da SUSIPE (Superintendência do Sistema Penitenciário) que transferisse o paciente para o Manicômio Judiciário. Decisão unânime. DO 30.8.72, 13.942.

Homicídio. Motivo fútil

No julgamento da AC 56.768, a 1.ª C. Crim. do TJ da Guanabara caracterizou, com propriedade, o que se deve entender por motivo fútil, assinalando que é o que ocorre quando há ausência de antecedente psicológico em proporção com a prática do crime". Relator o ilustre Des. Valporé Caiado. (DO 14/12/72, 680).

Homicídio qualificado. Surpresa

"O vigente Código Penal inclui a surprêsa como qualificativa de homicídio, quando usa da expressão recurso que torne impossível a defesa do ofendido ou a dificulte, na parte final do n.º IV do § 2.º do art. 121. Provado que a vítima ,segundo a normalidade, não deveria esperar agressão, é de reconhecer-se a qualificativa". Assim decidiu, corretamente, a 1.ª C. Crim. do TJ da Guanabara, na AC 54.566, relator o eminente Dcs. Pio Borges. (DO 27/4/72, 210).

Nosso CP imperial, embora prevendo a prática do crime mediante surpresa como circunstância agravante (art. 16 § 15), não a incluia entre as que qualificavam o homicídio. Diversamente, no entanto, dispunha o CP de 1890, que a contemplava expressamente entre as formas de homicídio qualificado (art. 294 c/c art. 39 § 7.0).

Identificação criminal. Constrangimento ilegal

A identificação criminal constitui medida vexatória e desnecessária quando o indiciado já está civilmente identificado no distrito da culpa. Constitui, portanto, constrangimento ilegal, sanável pela via de habeas corpus a ordem da autoridade policial para que a identificação datiloscópica se realize, em tais casos. Cf. Fragoso, Jurisprudência Criminal, n.º 271.

A 3.ª Turma do TFR, no HC 2.655, relator o eminente Min. Mário Ribeiro decidiu que "a intimação para identificação criminal desnecessária constitui constrangimento ilegal reparável por habeas corpus". Ficou vencido o ilustre Min. Neri da Silveira. D J 24/8/72, 5.486.

A 1.ª C. Crim. do TJ da Guanabara, no HC n.º 27.009, relator o ilustre Des. VALPORÉ CAIADO também decidiu: "Identificação dactiloscópica. Deve ser dispensada nova identificação quando o indiciado exibe prova de que já se encontra civilmente identificado, no distrito da culpa, por isso que franqueada fica eventual requisição da folha penal". Ficou vencido o eminente Des. PIRES e ALBUQUERQUE. (DO 14/9/72, 498).

Imunidades diplomáticas; vice-cônsul

É antigo o princípio geral de que os agentes consulares não possuem imunidades diplomáticas, estando sujeitos às leis penais da nação onde exercem suas atividades, Cf. Nelson Hungria, I, n.º 40; Frederico Marques, Tratado, I, 270. A convenção sobre cônsules, firmada em Havana, em 1928, estipulava que os cônsules somente poderiam ser presos ou detidos por crime grave (art. 15), devendo comparecer pessoal-

mente no Tribunal no caso de ações criminais, quando arrolados como testemunhas pelos acusados (art. 17). Cfr. OSCAR TENÓRIO, Tratado do Código Penal Brasileiro, Da Aplicação da Lei Penal, 1942, 236.

No que tange às relações consulares, acha-se atualmente em vigor a Convenção de Viena, firmada em 24/ 4/63, a que aderiu nosso país, conforme decreto legislativo 6/67, promulgado pelo Decreto 61.078, de 26/7/67.

Em seu art. 43 dispõe a Convenção que "os funcionários consulares e os empregados consulares não estão sujeitos à jurisdição das autoridades judiciárias e administrativas do Estado receptor pelos atos realizados no exercício das funcões consulares".

Decidindo o RHC 49.185, o STF (pleno) teve ocasião de aplicar essa regra, num caso de ação privada intentada pelo Consul Honorário da República Dominicana contra o vice-consul Honorário da mesma nação, por crime contra a honra cometido em missiva enviada ao querelante, relacionada com faturas consulares.

O tribunal por unanimidade entendeu que a justiça brasileira não tinha jurisdição no caso, em face da imunidade de que gozam os funcionários consulares. Salientou o eminente relator (Min. OSWALDO TRIGUEIRO) que se tratava de correspondência de cunho oficial entre dois funcionários, sobre irregularidades na aplicação da receita do Consulado em que ambos serviam, sendo evidente que a eventual prova da verdade teria de conduzir ao exame de documentos diplomáticos invioláveis (art. 35.2 da Convenção).

A decisão exatíssima foi unânime (RTJ 59/134).

Instalação ilegal de equipamento de telecomunicação

A incriminação de que cogita o artigo 151, IV CP foi revogada pelo art. 70 do Código Brasileiro de Tele-

comunicações (lei 4.117, 27/8/62), alterado pelo DC 236, 28/2/67, que fixou a pena em detenção de 1 a 2 anos, aumentada da metade, se houver dano a terceiro.

É esta, a nosso ver, incriminação excessiva e injustificável, particularmente com as penas mais graves previstas na lei de telecomunicações. A instalação ou utilização ilegal de estação ou de aparelho radioelétrico pode ter, na pior das hipóteses, conteúdo contravencional. O que se considera. para punir o fato, é o eventual perigo que a instalação ou utilização de aparelhos ou estações de rádio, emissores ou receptores, possa representar para a segurança e eficiência da correspondência telegráfica. O prévio licenciamento e a fiscalização do CONTEL têm, em tése, a finalidade de impedir a operação, indevida de instalações que, por seus defeitos e deficiências. possam afetar o sistema.

Os tribunais dificilmente aplicam a disposição penal, afirmando sempre a inocorrência de dolo. Na AC 1.674, TFR, por sua 3.ª Turma, relator o eminente Min. HENOCH REIS, decidiu "uso de aparelho de radiocomunicação sem prévia licença do CONTEL. Inexistência de dolo por parte do acusado. Sentença absolutória que se confirma por unanimidade" (DJ 4/2/72, 381).

Júri. Decisão contrária à prova dos autos

Pronunciando-se no sentido de torrencial jurisprudência, a 1.ª C. Crim. do TJ da Guanabara, na AC 55.330, relator o ilustre Des. VALPORÉ CAIADO, definiu o que seja decisão manifestamente contrária à prova dos autos: "É a que se lança contra a prova colhida, em brutal arremesso. Não se pode dizer o mesmo na hipótese da escolha, pelo Júri, de uma das versões existentes, com referência ao crime, porque neste caso, se a escolhida lo-

grar, também, algum apoio na prova obtida, tal versão e acolhimento devem ser respeitados, em proveito da soberania do tribunal popular. Aliás, em melhor técnica, decisão manifestamente contrária à prova dos autos é somente aquela que *nenhum apoio* obtem nos elementos probatórios colhidos, nas diversas teses ao procedimento criminal". (Do 14/12/72, 680).

Veja-se também, da mesma Câmara, as decisões proferidas na AC 57.344 e na AC 54.514. (DO, 14/12/72, 680).

Júri. Impedimento e suspeição de jurados

Prevalecem, em relação aos jurados, as incompatibilidades legais por suspeição ou impedimento previstas — nos arts. 458 e 462 CPP, bem como os impedimentos dos juízes togados (art. 252 CPP).

Tendo em vista a redação pouco clara do art. 458, tem-se posto em dúvida se aos Jurados também se aplicam os impedimentos previstos para os Magistrados.

No julgamento do HC 48.818, a 1.a Turma do STF, relator o ilustre Min. Luiz Gallott, por unanimidade assentou: "O art. 458 não se refere apenas aos impedimentos — constantes do artigo 462 e às incompatibilidades legais por suspeição, mas acrescenta: na forma do disposto neste Código sobre os impedimentos ou a suspeição dos juízes togados. Resultaria um absurdo que fossem as causas de afastamento do juiz togado em maior número do que as dos juízes leigos, pois, julgando estes com maior liberdade e sem fundamentar o seu voto, podem mais livremente ceder aos sentimentos de amizade, interesse, paixão e ódio, por motivos que se reputam em ordem a afetar a imparcialidade e a indepndência dos juízes profissionais. Se aceita a interpretação do impetrante, não ficaria impedido de ser jurado. por exemplo, quem houvesse servido

como testemunha, porque esse impedimento, embora constante do art. 252, relativo aos juízes togados, não figura nos arts. 458 e 462". Decisão exatíssima (RTJ 58/391).

Veja-se, no bom sentido, Espínola Filho, 2, n.º 250, 282 e Edgard Moura Bittencourt, A Instituição do Júri, 176.

Júri. Nulidade. Não formulação de quesitos requeridos pela defesa. Cerceamento

Se a defesa pleiteia a desclassificação do crime para a forma culposa, é imprescindível a formulação dos quesitos pertinentes. A 3.ª C. Crim. do TJ de São Paulo, no julgamento da Ac 111.968, relator o ilustre Dr. HOEPNER DUTRA, decidiu: "Nulo é o julgamento se, a despeito de haver sido suscitada a tese da dssclassificação do homicídio para a forma culposa, não foi submetido à consideração dos jurados, quesito nesse sentido, com inegável cerceamento de defesa" (RT 437/329).

Justiça Militar. Prescrição de condenação imposta a réu revel só começa a correr após o seu recolhimento à prisão

Decidindo a Petição n.º 260, o STM afirmou que a prescrição de pena imposta a réu revel só começa a correr após o seu recolhimento à prisão, pois somente assim pode operar-se validamente a intimação da sentença ao Ministério Público. Foi relator o eminente Min. WALDEMAR TORRE PA COSTA.

Trata-se de matéria extremamente grave, dada a natureza da prescrição e os longos prazos previstos para a prescrição pela pena *in abstracto*.

Na hipótese, fôra o réu condenado à pena de 6 meses de detenção em 14 de julho de 1968, sendo o M.P. intimado da sentença em 23 do mesmo mês e ano, sem interpor qualquer recurso.

Entendia a defesa que a prescrição se operou, decorrido que foram 2 anos.

O Tribunal rejeitou o petitório entendendo que a sentenca não passou em julgado para o M.P., pois não poderia ser válida a sua intimação contrariamente ao que dispunha o art. 232 CJM. ("A intimação da sentença condenatória a réu revel, seu curador e ao promotor só se fará depois de recolhido o réu à prisão"). Tal dispositivo foi reproduzido no atual CPPM. art. 446 ("A intimação da sentença condenatória a réu solto ou revel farse-á após a prisão e bem assim ao seu defensor ou advogado que nomear por ocasião da intimação e ao representante do Ministério Público").

Não tendo sido preso o réu, entendeu o Tribunal que a intimação feita ao promotor foi ilegal e que, em consequência não poderia conduzir ao trânsito em julgado da sentenca para o Ministério Público. A prescrição fora argüida com fundamento no art. 110 § único CP, tratando-se assim de prescrição da condenação (que se verifica com o decurso do tempo após a sentença condenatória irrecorrível para o Ministério Público ou passada em julgado para ambas as partes), e não de prescrição da ação pela pena em concreto (na qual se considera o lapso de tempo entre a denúncia e a sentença).

Convém deixar claro, desde logo, a inconveniência grave das disposições do antigo CJM, reproduzidas no vigente CPPM.

Com o passar do tempo desaparece o interesse do Estado na perseguição e no castigo, surgindo inclusive a conveniência social da extinção da punibilidade. Há aqui uma presunção de emenda do réu (tendo-se presente que a reincidência interrompe a prescrição, art. 117, VI CP), desaparecendo com o tempo, os fundamentos da punição que defluem da essência e do fim da pena.

Diante do vigente CPPM, no en-

tanto, não nos parece que a orientação do E. Tribunal possa ser aceita sem reservas. É que o CPPM apresenta evidente antinomia entre seus artigos 446 e 529, a qual não pode ser resolvida em prejuízo do réu.

De um lado (art. 446) estabelece-se a regra de que a intimação da sentença condenatória ao M. P. só se fará após a prisão. De outro (art. 529) fixa-se a regra de que o prazo para apelação começa a correr da data da intimação da sentença ou de sua leitura em audiência pública, na presença das partes ou seus procuradores (Ministério Público, réu ou seu defensor), e que, "se revel, solto ou foragido o réu, ficará sustado o seguimento da apelação do Ministério Público, sem prejuízo de sua interposição no prazo legal" (art. 529 § 2.º CPPM).

Se o M.P. pode apelar com o réu revel (ficando sustado o seguimento da apelação), é evidente que a sentença transita em julgado para a acusação. Se transita em julgado para a acusação, começa a fluir o prazo prescricional da condenação imposta.

Lei de imprensa. Direito de resposta. Limitações

É pacífico na jurisprudência dos tribunais o entendimento de que o direito de resposta que a lei de imprensa assegura (L. 5.250, arts. 32; 55) tem limitações (art. 34) de observância obrigatória sob pena de extinguir-se o direito da pessoa ofendida à resposta.

No julgamento do Agravo de Instrumento 51.078, a 2.2 Turma do STF, relator o eminente Min. Thompson Flores, teve ocasião de reafirmar que o direito de resposta deve cingir-se à reposição da verdade sobre os fatos narrados no escrito incriminado, não podendo conter desbordamentos inúteis (RT 393/342). Isso significa que de resposta se expõe e se sujeita à

perda de seu exercício, dele próprio, aquele que se exceder no seu direito pois o objetivo da lei ao assegurar o direito de resposta foi o de garantir a defesa legítima da honra atacada; não o de favorecer a troca e multiplicação de ofensas entre o ofendido e o ofensor (RTJ 58/395).

Menoridade — CPM

Os menores de 16 a 18 anos, segundo dispõe o art. 50 CPM, são em regra inimputáveis. Podem, no entanto, ser declarados imputáveis, se revelam suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. É a mesma regra prevista no art. 33 CP de 1969 e cujos defeitos são bem conhecidos.

A determinação da imputabilidade do menor que esteja naqueles limites de idade deve ser feita através de exame bio-psicológico, embora os critérios decisivos sejam os normativos. Não se trata de saber se o menor apresentava capacidade de discernimento, mas sim se tinha, em virtude de seu desenvolvimento intelectual capacidade de um obrar culpável. Exige-se aqui uma valoração jurídica, que compete ao Juiz e não ao perito. É certo, no entanto, que não pode o juiz prescindir da perícia, que deve ser feita à época do fato, e não posteriormente.

No julgamento da Correição Parcial 1040, o STM decidiu que em tais casos a perícia deve ser feita à época do delito (art. 160 CPPM): "Se a perícia não é realizada de imediato, isto é, no momento em que o menor pratica o ato delituoso, o laudo pericial que se realize em época inoportuna, distante do evento, não terá validade, devendo, assim, em consequência, ser o menor considerado inimputável, e trancados os processos contra ele movidos". Relator o eminente Min. Alcides Carnello.

Nulidade. Falta de intimação da expedição de precatória para audiência de testemunhas

É relativa a nulidade que decorre da expedição de precatória sem intimação das partes. Como dispõe a Súmula 155, tal nulidade só pode ser declarada quando resultar prejuízo para a defesa da falta de intimação.

Essa orientação foi confirmada pelo-STF no julgamento do RHC 48,901. pela 1.ª Turma, relator o eminente: Min. AMARAL SANTOS. Na hipótese, acolheu o Tribunal a alegada nulidade entendendo que houve prejuízo para a. defesa, porque a sentenca condenatória. se baseou integralmente na prova testemunhal resultante da precatória: "No caso, o prejuízo está provado. Toda a prova acusatória se funda nas testemunhas ouvidas por precatória. sem assistência dos advogados dos recorrentes, desconhecedores, como estes, da sua expedição. Resultou daí que as seis testemunhas foram ouvidas sem qualquer repergunta do defensor nomeado pelo Juiz deprecado". Afirmou-se assim a ocorrência de cerceamento de defesa (RTJ 58/345).

Sobre a matéria, cf. RTJ 24/308; 46/554; 47/620; 49/326; 52/315.

Ofensa a autoridades. Crime político

Mantendo-se fiel a reiterada orientação, de inspiração democrática, o STM tem recusado admitir como crime político as ofensas a autoridades que de forma alguma afetem a segurança do Estado e que não sejam praticadas com o dolo específico próprio dos crimes políticos.

Decidindo o RC 4.681, relator o eminente Min. Waldemar Torres DA Costa, assentou o Tribunal: ("Não deve prosperar a ação penal que não tem como motivação atentado à segurança nacional através de menosprezo às autoridades constituidas. Expressões, embora em linguagem censurável, à luz



da moral, proferidas a esmo, como desabafos políticos, por interesses contrariados, não justificam instauração de proceso. Maior homenagem se prestará aos ilustres homens públicos se nenhuma importância for dada a esses desatinos, que de modo algum alcançam a reputação e o respeito devidos a essas personalidades". Veja-se sobre o assunto, extensamente, Fragoso, Jurisprudência Criminal, n.º 327.

Prescrição. Interrupção pelo início ou continuação do cumprimento da pena. Incomunicabilidade a co-réus

Decisão importante proferiu o TA da Guanabara, por sua 1.ª C. Crim., no HC 2.322, relator o eminente Juiz ORLANDO LEAL CARNEIRO, Entendeu a Câmara que a interrupção da prescricão em virtude do início ou da continuação do cumprimento da pena (art. 117, V CP), não se estende aos co-réus. A disposição expressa em contrário (que somente reconhece a reincidência como causa pessoal de interrupção da prescrição), art. 117 § 1.º CP, foi considerada inconstitucional, por incompatível com o princípio constitucional da pessoalidade da sanção penal (art. 153 § 13 CF). Entendeu a Câmara que a incontagiabilidade da pena e a sua individualização, princípios inscritos na CF vigente (como o eram na de 1946 e na de 1967) não podem deixar de ser estendidos às normas concernentes à execução da pena. (DO 10/1/72, 15).

A decisão é bem inspirada e procura, por via pretoriana, corrigir a iniquidade que representa o mandamento legal, inspirado, aliás, no art. 161 CP italiano. A boa orientação é, sem dúvida, a que estabelece a individualidade das causas interruptivas da prescrição, adotada por vários códigos (alemão, § 68, 2; argentino, art. 67, etc.). São diversos os casos em que a situação processual dos vários co-réus é dis-

tinta. Não só quando há separação dos processos (art. 79 CPP) como também quando há recurso de uns e não de outros, sem contar a possibilidade de ser aplicada pena diversa, obedecendo aos critérios de individualização. Estendendo tais critérios também à execução da pena e à extinção da punibilidade, o TA da Guanabara merece louvor e aplauso.

No mesmo sentido decidiu a mesma 1.ª Câmara no HC 2.101, relator o eminente Juiz EPAMINONDAS PONTES: "Efeitos personalíssimos da reincidência. A que exarcebou a pena de um co-réu não pode, indiretamente, influir desfavoravelmente na interrupção da prescrição da condenação de co-réu primário. Efeitos personalíssimos da continuação do réu na prisão, que é causa de suspensão e não de interrupção". (DO 24/4/72, 203).

Prescrição pela pena em concreto. Prescrição da ação penal ou da execução da pena?

A esdrúxula teoria da prescrição pela pena em concreto torna difícil a resposta à indagação. Se a prescrição se regula pela pena imposta, mas considerando o lapso de tempo que vai da renúncia à sentença, porque a pena concretizada é a que desde o início deveria regular a prescrição, parece não haver dúvida de que se trata de prescrição da ação ou da pretensão punitiva. Todavia, essa prescrição ocorre somente depois de ter transitado em julgado para a acusação a pena imposta, ou seja após ter-se tornado a pena imposta imutável para o M.P. ou para o querelante, conforme o caso. Isso pareceria indicar que a prescricão é da condenação. Por outro lado. se a prescrição da ação é preliminar ao mérito como poderia falar-se em prescrição da ação após o julgamento do mérito?

As consequências de uma ou outra das alternativas são importantes. Se se trata de prescrição da ação, perde a primariedade, passando a reincidente se praticar outro crime.

O STF, no julgamento do HC 49.449, relator o eminente Min. OSWALDO TRIGUEIRO, decidiu, por sua 1.ª Turma, por unanimidade, que a perscrição não é da ação: "Condenação em processo anterior em que se decretou a prescrição da pena concretizada, e não da ação penal" (DJ, 16/6/72, 3.899).

O TA da Guanabara, na AC 5.601, de sua 1.ª C. Crim., relator o ilustre Juiz Eliezer Rosa, em contrário, assentou: "Na prescrição pela pena em concreto, ressalvado o equívoco doutrinal e teórico, o que prescreve é a ação. É aqui que vale o aforismo processual de que é a sentença lex specialis, porque a pena por ela fixada é como se fosse a pena em abstrato fixada pelo legislador para o fato. É um raciocínio de tipo matemático, onde se diz que tudo se passa como se fosse. Em teoria, prolatada a sentença e passando ela em forca de julgado para o Ministério Público, pela vedação da reformatio in peius, consumada estará a ação e, pois, não haveria da condenação. A Súmula 146 do Egrégio Supremo Tribunal, mas encerra uma equívoco doutrinal, mas encerra uma construção pretoriana da maior importância prática e de política criminal, pela razão de preservar-se a primariedade do agente. É obra de humanização do Direito, como já ocorre com a pena de multa que posta em relação com condenação a pena restritiva da liberdade não cria reincidência. Assim, a jurisprudência passa a ser a errata que os Tribunais escrevem para corrigir os excessos dos Códigos que devem ser feitos para o Homem, mas na verdade, por ocasião de sua feitura é como se o Homem é que fora feito para os Códigos" (DO 1/9/72, 14.070).

Nessa mesma decisão está dito que o termo a quo da prescrição nos deli-

tos de trânsito, com procedimento regulado pela Lei n.º 4.611, é o dia do fato, "pela razão que não está no elenco das causas interruptivas da prescrição a portaria com que se abre a ação penal, em tais casos.

A teoria da prescrição pela pena em concreto encerra, sem dúvida, a nosso ver grave equívoco. Desde que admitida (como faz o novo CPM, art. 125. § 1.0), é necessário sacar dela todas as consegüências. Na lógica da teoria. parece-nos certo que a prescrição de que cogita é da ação e não da execução da pena, pois o tempo que se aproveita é o tempo da ação e não o que sobrevém à condenação. O anteprojeto NELson Hungria, que consagrava a prescrição pela pena em concreto a previa no dispositivo que regulava a prescricão da acão (art. 110, § 1.0). O pronunciamento em contrário de nossa Corte Suprema deflui, ao que parece. da generalizada má vontade com a Súmula 146, que subsiste somente porque se aguarda a entrada em vigor do CP de 1969, que revogará (art. 111, § 1.0).

Prescrição. Processo de rito sumário

No procesos de rito sumário só a sentença condenatória interrompe a prescrição, não valendo para esse efeito a Portaria que dá início ao processo. Assim se pronunciou, com exatidão, reiterando a sua jurisprudência, o TA da Guanabara, por sua 2.ª C. Crim., na AC 4.158, relator o eminente Juiz João Claudino: "Nos processos de rito sumário, como os de contravenções, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr do dia em que o crime se consumou (art .111, a, do Código Penal). Nos referidos processos, inexiste causa interruptiva da precrição antes da sentença condenatória. A portaria expedida para início da ação penal não interrompe a prescrição, como sucede com a denúncia". Decisão unânime (DO 24/4/72, 203).

Processo sumário. Identidade física do Juiz

No julgamento da AC 1.832, a 2.ª Turma do TFR, relator o eminente Min. Godoy Ilha (que ficou vencido), afirmou o tribunal que no processo sumário, "ao Juiz que preside a audiência compete julgar o feito. Exceção ao princípio da não identidade física do magistrado no processo penal" (DJ 8/5/72, 2.763).

Embora inexista texto expresso no sentido da adoção do princípio da ídentidade física do Juiz no processo sumário, ele nos parece irrecusável, tendo em vista a oralidade do proceso, de que é conseqüência inseparável.

Em contrário, no entanto, tem dicidido, em data recente, o STF e o TA da Guanabara.

Processo sumário. Nulidade da portaria

No julgamento do HC 48.944, relator, o eminnte Min. ELOY DA ROCHA. a 2.ª Turma do STF, com precisão, declarou a nulidade do processo de rito sumário, porque a portaria, omissa, deixou de atender ao disposto no artigo 41, CPP: "Processo sumário do art. 538, CPP. A portaria que pode dar início à ação penal, no processo sumário, além de observar o disposto no art. 533, CPP, deve satisfazer os requisitos estabelecidos no art. 41, com referência à queixa ou à denúncia. Omissões em pontos substanciais, que constituem nulidade insanável - artigo 564, III, a, CPP" Decisão unânime (DJ 14/4/72, 2.172).

Com a portaria inicia-se a ação penal. E se assim é, torna-se imperativo que ela apresente todos os requisitos de uma acusação perfeita, que a lei exige relativamente à denúncia e a queixa. A matéria está ligada ao direito de defesa, que é garantia constitucional.

Prova produzida no inquérito é insuficiente

É comum, nos processos por crimes políticos, que a prova contra os acusados se limite à confissão do réu e de co-réus, realizada na fase policial.

Juridicamente esse tipo de prova é insuficiente para condenar, por maior que possa ser a *intima* convição do julgador de que as confissões feitas são verdadeiras.

São reiterados os pronuciamentos dos tribunais no sentido de que a condenação não pode basear-se exclusivamente na prova do inquérito (cf. FRAGOSO, Jurisprudência Criminal, número 390). Em relação aos crimes políticos, o princípio deve ser aplicado com maior rigor pois são notórias as violências a que são submetidos os presos, mantidos incomunicáveis por longo tempo.

No julgamento da AC 39.262, relator o eminente Min. Waldemar Torres da Costa, decidiu o STM: "Quando as declarações dos indiciados, perante a autoridade policial, não são corroboradas por outros elementos e perante o juízo os acusados as contestam, perdem aquelas declarações o indispensável valor para a fixação da responsabilidade".

Na hipótese, trata-se de acusação por crime grave (art. 28, DC 898), sendo de lembrar-se a antiga máxima segundo a qual tanto mais grave o crime e a pena a ser imposta, tanto mais robusta e indiscutível deve ser a prova para condenar.

Revisão criminal. Enquadramento jurídico dos fatos

É cabível a revisão criminal para o reexame de enquadramento jurídico dos fatos. No RE 48.053. o STF decidiu que em tais casos "a revisão é sempre possível".

No RE 71.666, relator o eminente DJACI FALCÃO, a 1.ª Turma reiterou

o antigo entendimento, por unanimidade. Na hipótese, pleiteava o recorrente a desclassificação do delito e o reconhecimento da existência de crime continuado, o que sempre enseja a revisão (RTJ 58/433).

Roubo a veículo de estabelecimento bancário. Art. 27 DL 898

Na AC 38.689, relator o eminente Min. JACY PINHEIRO, decidiu o STM que "a viatura de um estabelecimento bancário, sob a proteção de funcionários do mesmo e transportando documentos ou valores pertencentes a esse estamelecimento de crédito, quando assaltado, configura a hipótese do crime do art. 27. DC 898/69".

Como se sabe a Lei de Segurança Nacional destaca, para mais branda punição, o roubo a estabelecimento de crédito (art. 27) e o roubo em geral (art. 28). Todavia, ao passo que o roubo em geral só constitui crime contra a segurança do Estado se apresentar o dolo específico próprio dessa categoria de delitos (fim de atentar contra a segurança nacional), o roubo a estabelecimento de crédito é punível como crime político qualquer que seja sua motivação. Em consequência, os tribunais têm entendido que o roubo a estabelecimento de crédito é sempre crime político, mesmo quando praticado por ladrões comuns. Em posição crítica a esse entendimento, cf. FRA-Goso, Jurisprudência Criminal, n.º 29.

O roubo de um veículo pertencente a um Banco não é o roubo de um estabelecimento de crédito, mas, sim, de um veículo. Data venia, parece-nos que o E. Tribunal fez aplicação analógica da lei ao admitir ter-se configurado na hipótese o crime previsto no rt. 27, DC 898.

Roubo qualificado. Arma de fantasia

A 2.ª C. Crim. do TJ da Guanabara, na AC 56.341, relator o eminente Des.

HAMILTON DE MORAES E BARROS, declarou, em decisão unânime, que "real ou de fantasia a arma, desde que intimide e faça séria a ameaça, é de reconhecer-se a majorante da pena no crime de roubo" (DO 27/4/72, 212).

Pedimos licença para divergir. Não basta, para quilificar o crime de roubo com fundamento no art. 157, § 2.º, I, CP, o emprego de simples revolver de brinquedo. Qualifica-se o crime quando é praticado "com emprego de arma". Arma é o instrumento perigoso, ou seja, o destinado ao ataque ou à defesa (arma própria) ou aquele que, conquanto destinado a outros fins, pode ser empregada no ataque ou na defesa (arma imprópria). Um revólver de brinquedo, se é idôneo para ameaçar, não constitui arma e não basta para qualificar o roubo.

O fundamento da agravação reside no perigo que o meio empregado apresenta, o que exige a potencialidade ofensiva do mesmo .

Deve-se reconhecer que em favor da tese sufragada no acórdão há importantes pronunciamentos na doutrina. Veja-se, entre nós, Bento de Faria, Código Penal Brasileiro, 1959, V, 49. Entre os autores italianos, Manzini, IX, 380, e Maggiore, Diritto Penale, Parte Speciale, 1953, II, 983.

No bom sentido, os excelentes Schönke-Schröeder, Strafgesetzbuch Kommentar, 1965, 1.052. Cf. Fragoso, Lições, I, 262.

Sonegação fiscal. Indispensável a exigência prévia de processo fiscal

Não pode haver processo penal por crime de sonegação fiscal sem que haja previamente processo fiscal que o fundamente. Assim decidiu, com exatidão, a 2.ª Turma do TFR no HC 2.657, relator o eminente Min. Godov Ilha, por unanimidade.

O crime de sonegação fiscal consiste em fraudar o pagamento de tributos devidos, envolvendo necessariamen-

te um ilícito fiscal. O ilícito penal constitui um plus em relação a este, mas não pode subsistir sem ele. Como se diz no acórdão, "à ação penal pelo crime de sonegação fiscal há que preceder a instauração de processo fiscal sucedâneo da ação penal" (DJ 19 de junho de 1972, 3.932).

No HC 2.652, relator o eminente Min. JARBAS NOBRE, decidiu a 2.ª Turma do TFR que "o lançamento ex officio instaurado sob o pressuposto de sinais exteriores de riqueza por si só não justifica o início da ação penal, visto como não caracteriza ele falsa declaração nem omissão dolosa de rendimento".

E ainda: "Para o início da ação penal, mister se faz que o crédito tributário que se quer sonegado, esteja perfeitamente caracterizado, através de lançamento completo. Procedimento fiscal em andamento, não justifica a instauração de processo-crime. Não constituem elementos suficientemente comprobatórios do delito, meras peças da autuação fiscal, ainda em fase de contraditório". Decisão excelente, unânime. DJ, 8/5/72, 2.761.

Suspensão condicional da pena concecedida por erro. Coisa julgada

Importante questão decidiu o TA da Guanabara, por sua 2.ª C. Crim. no HC 2.723, relator o eminente Juiz Jorge Alberto Romeiro, sobre a coisa julgada na decisão concessiva do sursis (DO 30/10/72, 593).

Na hipótese, o paciente fora condenado por crime culposo à pena de 8 meses de detenção, sendo-lhe concedida a suspensão condicional por dois anos. Transcorrido o prazo fixado para a suspensão e cumpridas as condições impostas, o Juiz da Vara de Execuções cassou o sursis e ordenou a prisão do paciente, pois tal benefício fora concido por erro, já que não era ele primário por ocasião da sentença condenatória, registrando a sua nova folha de antecedentes condenação em 1964.

Trata-se de saber se a decisão concessiva da suspensão condicional da pena faz coisa julgada. A matéria é controvertida: No sentido de que tal decisão é simples incidente da execução da medida de caráter político — administrativo e não faz coisa julgada, pronunciou-se o TFR por sua 1.ª Turma, em decisão unânime do RHC 47.685, relator o eminente Min. DJACI FALCÃO (RTJ, 53/730).

Assim também já decidiram outros tribunais, notadamente de São Paulo (RF 120/532; 190/497; RT 183/101; 351/301; 368/207; 381/222 e 388/270). ESPÍNOLA FILHO, VIII, 99, e BENTO DE FARIA, Código Penal, 2.ª ed., 96, prelecionam no mesmo sentido.

A decisão do TA da Guanabara, todavia, está, a nosso ver, com o melhor entendimento, parecendo-nos, que nada tem de ser acrescentado à perfeita lição contida no acórdão, de que transcrevemos algumas passagens mais expressivas:

"Ora, a sentença que concede a suspensão condicional da pena, como também esclarece VINCENZO MANZINI, em seu *Trattato di Diritto Penale* (volume III, Torino, 1950, págs. 599 e 602), além da providência da condenação do réu a uma pena privativa da liberdade, contém mais as duas seguintes:

a) O reconhecimento, explícito ou implícito, de que tem o condenado direito à suspensão condicional da dita pena, por preencher determinados requisitos legais, como ser primário e autorizar a presunção de que não tornará à delingüir;

b) e a ordem da suspensão da pena por determinado tempo e sob as condições que impõe, condicionada ao cumprimento desta se a não ocorrência de causas outras, taxativamente previstas pela lei, para a sua revogação, sempre supervenientes.

"Se à última providência (sub b) pode atribuir-se caráter administrativo, porque condicional e revogável, a

qual não transitaria em julgado, o mesmo não acontece com a primeira (sub a), que configura um ato puramente jurisdicional.

"Por que jurisdicional?

"Porque reconhece um direito público subjetivo do condenado à suspensão condicional da pena, que é um instituto de direito material (Código Penal, arts. 57 e 59) entendido como um substitutivo da pena e interferindo, assim com o jus puniendi do Estado.

"O Juiz do Tribunal, na sentença condenatória, se reunidos os pressupostos e requisitos da suspensão condicional da pena, é obrigado a pronunciarse sobre ela (art. 697 do Código de Processo Penal) e quando a negue ao condenado que lhe faz jus, pode este recorrer da decisão, como também o Ministério Público, quando concedida contra legem (arts. 581, XI, e 593, parágrafo único, do Código de Processo Penal).

"Transita, portanto, em julgado a parte da sentença que reconhece ao condenado o seu direito à suspensão condicional da pena.

"As causas de revogação do sursis previstas, taxativa a e não exemplificativamente pela lei (Código Penal, art. 59; e Código de Processo Penal. arts. 705 a 707) não atingem essa parte da sentenca. Dizem respeito à outra parte, referente à ordem de concretização da suspensão condicional da pena, resumida acima sub b. São causas supervenientes, como verbi gratia, a condenação do beneficiado pelo sursis, por sentença irrecorrível, em razão de crime ou de contravenção pela qual tenha sido imposta pena privativa da liberdade, durante o prazo da suspensão condicional da pena e não antes (art. 59. I. do Código Penal, e 707, I, do Código de Processo Penal). Causas que ocorrem ulterior e não anteriormente à sentença concessiva do sursis.

"Ora, entre esas causas, por serem todas supervenientes, não figura, evi-

dentemente, em nossos Códigos Penal e de Processo Penal, a de ignorar o juiz motivo impeditivo do sursis por ocasião do reconhecimento do direito ao mesmo pelo condenado, a qual não permite ainda o seu entendimento como causa de incidente de execução.

"Daí não poder tê-lo invocado o ilustre Dr. Juiz da Vara de Execuções Criminais, como fez, para revogar o sursis. concedido pelo Juízo da 23.ª Vara Criminal, e escrever o supra citado mestre italiano de Direito e Processo Penal, como para solucionar e hipótese destes autos, de acordo com o jus positum de seu país, igual ao nosso, na matéria focalizada, o que vai a seguir. "Se il beneficio (della sospensione condizionale della pena) venne concesso a persona che non aveva capacità d'acquistarlo, perchè il giudice cadde in errore in conseguenza dell'inesatto contenuto del certificato penal, o per altro motivo, non è possibile revocarlo dopo che la sentenza (o il decreto) di condonna sia divenuta irrevogabile, e ciò perche i casi di revoca in sede d'esecuzione sono tassativamente indicati (per la legge). Se invece, quando l'errore viene scoperto, la sentenza è tuttora sogetta a impugnazione, all'illegale con cessione petrà rimediarsi in grado di appello, su gravame del publico ministero. Se l'impugnazione (per altro motivo) è proposta dal solo imputato, l'errore rimane irremediabile" (ob. cit., pág. 633).

"Lastreando suas palavras, cita, ainda, o eminente Professor da Universidade de Roma inúmeras decisões da Corte de Cassação italiana, merecendo destacadas por suas claras ementas, as duas seguintes: "Passata in giudicato la sentenza che concede la condanna condizionale a chi non poteva ottenerla, il beneficio non può essere revocato" (Rev. Pen., LXXXIV, 737); e "Non è revocabile la condanna condizionale concessa ciò sentenza passata in gudicato, ancorchè succesivamente sia venuto in luce in delitto anteriormente comesso" (Ibid., LXXXII, 593).

"Todavia, como se verifica na última edição de Schönke-Schröder, Strafge-setzbuch Kommentar (München, 1970, pág. 174) essa disposição legal, atentatória da res judicata dos atos jurisdicionais, está ab-rogada na Alemanha, desde 1 de abril de 1970, quando entrou em vigor a Strafrechtsreformgesetz, de 26 de junho anterior, que alterou a redação do malsinado § 25.

"A decisão do ilustre Dr. Juiz da Vara de Execuções Criminais reflete, assim e data venia, uma confusão que vem sendo feita por uma minoritária corrente jurisprudencial entre as duas providências já expostas da sentença concessiva do sursis, ou seja, a que reconhece o direito do condenado à suspensão condicional da pena e a que a concretiza, a primeira de caráter jurisdicional, transitando em julgado, e a segunda podendo ser conceituada como ato administrativo.

Sem realçar as diferentes indicadas providências da sentença conecssiva do sursis, outros juristas de prol, além de MANZINI, conceituam-na como ato jurisdicional, que faz coisa julgada material. Vejam-se, in exemplis, Floriam (Parte generale del diritto penale in Trattato di Diritto Penale, Milano, 1934, 1.111/12); VASSALI (La Potestà punitiva, Torino, 1942, página 138); NUVOLONE ("Probation" edistituit anolaghi nel diritto penale comparato, in Giustizia Penale, 1951, I, pág. 118); e FREDERICO MARQUES

(Curso de Direito Penal, vol. III, São Paulo, 1956, pág. 273).

"ROBERTO LYRA É bastante incisivo a respeito: "Tanto a concessão (do sursis) constitui ato jurisdicional, que se torna coisa julgada, em consequência da qual a prova superveniente da falta de requisito não altera o statu quo (Comentários ao Código Penal, Edição Revista Forense, Vol. II, Rio, 1942, pág. 399)".

Testemunhas. Inclusão quando não esgotado o número legal

O art. 65, DL 898, estabelece que a denúncia deverá arrolar até 3 testemunhas, podendo ser ouvida mais uma, no caso de um denunciado, acerca da responsabilidade daquele a respeito do qual não houverem deposto as testemunhas inquiridas.

Aplicando esse dispositivo e tendo em vista o que dispõe o art. 417, § 4.º, CPPM, o STM, na Correição Parcial 1.024, relator para o acórdão o eminente Min. Nelson Sampaio, decidiu: "A lei não impede o M.P. de completar o número de testemunhas quando a denúncia não esgotou o número legal permitido".

Em verdade, o processo penal moderno, que se orienta no sentido da descoberta da verdade material, orienta-se no sentido de restringir as limitações formais do direito à prova, próprios do processo civil. O novo CPPM expressamente permite que o M.P. e a defesa requeiram a substituição ou a desistência de testemunha arrolada ou indicada, bem como a inclusão de outras, até o número permitido. Tal dispositivo não colide com o do art. 65 do DL 898 e deve ser aplicado subsidiariamente no processo por crimes políticos. Correta foi, pois, a decisão, em que ficou vencido o ilustre Min. AMA-RÍLIO SALGADO.

LEGISLAÇÃO

DECRETO N.º 70.201 — DE 24 DE FEVEREIRO DE 1972

Promulga a Convenção para a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves.

O Presidente da República

Havendo sido aprovada, pelo Decreto Legislativo n.º 71, de 28 de setembro de 1971, a Convenção para a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves, concluída na Haia, a 16 de dezembro de 1970;

E havendo a referida Convenção em conformidade com o seu artigo XIII, n.º 4, entrado em vigor, para o Brasil a 14 de fevereiro de 1972;

Decreta que a Convenção, apensa por cópia ao presente Decreto seja executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Brasília, 24 de fevereiro de 1972; 151.º da Independência e 84.º da República.

EMÍLIO G. MÉDICI Mário Gibson Barboza

CONVENÇÃO PARA A REPRESSÃO AO APODERAMENTO ILÍCITO DE AERONAVES

Preâmbulo

Os Estados partes na presente Convenção

Considerando que os atos ilícitos de apoderamento ou exercício do controle de aeronaves em vôo colocam em risco a segurança de pessoas e bens, afetam seriamente a operação dos serviços aéreos e minam a confiança dos povos do mundo na segurança da aviação civil;

Considerando que a ocorrência de tais atos é assunto de sérias preocupações; Considerando que, a fim de prevenir tais atos, existe uma necessidade urgente de medidas apropriadas para a punicão dos criminosos;

Convieram no seguinte:

ARTIGO I

Qualquer pessoa que a bordo de uma aeronave em vôo:

a) (ilicitamente, pela força ou ameaça de força, ou por qualquer outra forma de intimidação, se apodera ou exerce controle da referida aeronave, ou tenta praticar qualquer um desses atos, ou

b) é cúmplice de uma pessoa que pratica ou tenta praticar qualquer um desses atos comete um crime (doravante referido como "o crime").

ARTIGO II

Cada Estado Contratante obriga-se a tornar o crime <u>punível com severas</u> penas.

ARTIGO III

- 1. Para os fins da presente Convenção, uma aeronave é considerada em vôo a qualquer tempo desde o momento em que todas as suas portas externas são fechadas; após o embarque, até o momento em que qualquer das mencionadas portas é aberta, para o desembarque. No caso de uma aterrissagem forçada, o vôo deve ser considerado como continuado até que as autoridades competentes assumam a responsabilidade pela aeronave e pelas pessoas e bens a bordo.
- 2. A presente Convenção não se aplicará a aeronave utilizadas em serviços militares de alfândega e de polícia.
- 3. A presente Convenção aplicar-se-á somente se o lugar da decolagem ou o lugar da aterrissagem real da aeronave a bordo da qual o crime é cometido estiver situado fora do território do Estado de registro da referida aeronave, sendo irrelevante se a aeronave realiza um vôo internacional ou doméstico.
- 4. Nas hipóteses mencionadas no artigo 5.º, a presente Convenção não se aplicará se o lugar da decolagem e o lugar da aterrissagem real da aeronave a bordo da qual o crime é cometido estão situados no território de um só dos Estados referidos naquele artigo.
- 5. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 3.º e 4.º do presente artigo, os artigos 6.º, 7.º, 8.º e 10 aplicar-se-ão, qualquer que seja o lugar de decolagem ou o lugar de aterrissagem real da aeronave, se o criminoso ou o suposto criminoso for encontrado no território de um Estado que não seja o de registro da aeronave.

ARTIGO IV

- 1. Cada Estado Contratante tomará as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre o crime e todo ato de violência contra passageiros ou tripulação cometido pelo suposto criminoso em conexão com o crime, nos seguintes casos:
- a) quando o crime for cometido a bordo de uma aeronave registrada no referido Estado:
- b) quando a aeronave a bordo da qual o crime for cometido aterrissar no seu território com o suposto criminoso ainda a bordo;
- c) quando o crime for cometido a bordo de uma aeronave arrendada sem tripulação a um arrendatário que possua o centro principal de seus negócios ou, se não possui tal centro principal de negócio, residência permanente no referido Estado.
- 2. Cada Estado Contratante tomará igualmente as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre o crime no caso de o suposto criminoso

- se encontrar presente no seu território e o referido Estado não o extraditar, segundo o artigo 8.º, para qualquer dos Estados mencionados no parágrafo 1.º do presente artigo.
- 3. A presente Convenção não exclui qualquer jurisdição criminal exercida nos termos da lei nacional.

ARTIGO V

Os Estados Contratantes que estabelecerem organizações conjuntas de transporte aéreo ou agências internacionais, que operem aeronaves sujeitas a matrícula conjunta ou internacional, designarão dentre eles, na forma apropriada e para cada aeronave o Estado que exercerá a jurisdição e possuirá as atribuições do Estado de registro para os fins da presente Convenção, o qual dará ciência deste fato à Organização de Aviação Civil Internacional, que o comunicará a todos os Estados-Partes na presente Convenção.

ARTIGO VI

- 1. Todo Estado Contratante em cujo território o criminoso ou o suposto criminoso se encontrar presente, se considerar que as circunstâncias o justificam, procederá à sua detenção ou tomará outras medidas para garantir sua presença. A detenção e as outras medidas serão conforme a lei do referido Estado e somente terão a duração necessária ao início de um processo penal ou de extradição.
- $2.\ \ {\rm O}$ referido Estado fará imedia
tamente uma investigação preliminar dos fatos.
- 3. Toda pessoa detida consoante o parágrafo 1.º do presente artigo terá facilidades para se comunicar imediatamente com o representante competente mais próximo do Estado do qual é nacional.
- 4. O Estado que, segundo o presente artigo, houver detido uma pessoa, deverá notificar imediatamente o Estado de registro da aeronave, o Estado mencionado no artigo 4.º, parágrafo 1.º (c), o Estado de nacionalidade da pessoa detida e, se considera aconselhável, todo outro Estado interessado de que tal pessoa se encontra detida e das circunstâncias que autorizam sua detenção. O Estado que fizer a investigação preliminar prevista no parágrafo 2.º do presente artigo comunicará imediatamente seus resultados ao referido Estado e declarará se pretende exercer sua jurisdição.

ARTIGO VII

O Estado Contratante em cujo território o suposto criminoso for encontrado, se não o extraditar, obrigar-se-á, sem qualquer exceção, tenha ou não o crime sido cometido no seu território, a submeter o caso às suas autoridades competentes para o fim de ser o mesmo processado. As referidas autoridades decidirão do mesmo modo que no caso de qualquer crime comum, de natureza grave, sujeito à lei do mencionado Estado.

ARTIGO VIII

- 1. O crime deverá ser considerado crime extraditável em todo tratado de extradição existente entre os Estados Contratantes. Os Estados Contratantes obrigar-se-ão a incluir o crime como extraditável em todo tratado de extradição que vierem a concluir entre si.
- 2. Se um Estado Contratante que condiciona a extradição à existência deum tratado receber um pedido de extradição por parte de outro Estado Contratante com o qual não mantém tratado de extradição, poderá, a seu critério, considerar a presente Convenção como base legal para a extradição com relaçãoao crime. A extradição sujeitar-se-á às outras condições estabelecidas pela lei do Estado que receber a solicitação.
- 3. Os Estados Contratantes que não condicionam a extradição à existência de um tratado reconhecerão, entre si, o crime como extraditável, sujeito às condições estabelecidas pela lei do Estado que receber a solicitação.
- 4. O crime será considerado, para o fim de extradição entre os Estados Contratantes, como se tivesse sido cometido não apenas no lugar em que ocorreu, mas também nos territórios dos Estados solicitados a estabelecerem sua jurisdição, de acordo com o artigo 4.º, parágrafo 1.º.

ARTIGO IX

- 1. Quando qualquer dos atos mencionados no artigo 1.º (a) tiver ocorrido ou estiver para ocorrer, os Estados Contratantes tomarão todas as medidas adequadas para o restabelecimento do controle da aeronave pelo seu comandante legal ou para preservar o seu controle sobre a aeronave.
- 2. Nos casos previstos no parágrafo anterior, todo Estado Contratante no qual a aeronave, os seus passageiros ou a sua tripulação estiverem presentes facilitará a continuação da viagem dos passageiros e da tripulação com a possível urgência e devolverá, sem demora, a aeronave e sua carga aos seus legítimos possuidores.

ARTIGO X

- 1. Os Estados Contratantes prestarão entre si a maior assistência possível em relação aos procedimentos criminais instaurados relativamente ao crime e aos demais atos mencionados no artigo 4.º. A lei do Estado que recebe a solicitação aplicar-se-á em todos os casos.
- 2. As disposições do parágrafo 1.º do presente artigo não afetarão as obrigações assumidas em qualquer outro estado, bilateral ou multilateral, que discipline, ou venha a disciplinar, no todo ou em parte, a assistência mútua em matéria criminal.

ARTIGO XI

Todo Estado Contratante relatará, de conformidade com sua lei interna, ao Conselho da Organização de Aviação Civil Internacional, com a possível urgência, qualquer informação relevante que seja do seu conhecimento a respeito:

a) das circunstâncias do crime;

1

- , b) das medidas tomadas, conforme o disposto no artigo 9.0;
- c) das medidas tomadas em relação ao criminoso ou suposto criminoso e, especialmente, dos resultados de quaisquer processos de extradição ou outros procedimentos legais.

ARTIGO XII

- 1. Qualquer controvérsia entre dois ou mais Estados Contratantes, relativa à interpretação ou à aplicação da presente Convenção, que não puder ser solucionada por negociação será, mediante solicitação de um deles, submetida à arbitragem. Se, no prazo de seis meses a contar da data do pedido de arbitragem, as Partes não tiverem chegado a um acordo sobre a organização da mesma, qualquer uma delas poderá submeter a controvérsia à Corte Internacional de Justiça, nos termos do Estatuto da Corte.
- 2. Cada Estado poderá, no momento da assinatura ou da ratificação da presente Convenção ou da adesão à mesma, declarar que não se considera obrigado pelo parágrafo anterior. Os demais Estados Contratantes não estarão obrigados pelo parágrafo anterior com relação a qualquer Estado Contratante que haja feito tal reserva.
- 3. Qualquer Estado Contratante que tiver feito reserva nos termos do parágrafo anterior poderá a qualquer tempo retirá-la através de notificação aos Governos Depositários.

ARTIGO XIII

- 1. A presente Convenção será aberta à assinatura na Haia, em 16 de dezembro de 1970, pelos Estados que participaram da Conferência Internacional sobre Direito Aéreo realizada na Haia, de 1.º a 16 de dezembro de 1970 (doravante denominada a Conferência da Haia). Depois de 31 de dezembro de 1970, a Convenção estará aberta, a todos os Estados, para assinatura, em Moscou, Londres e Washington. Qualquer Estado que não assinar a presente Convenção antes da sua entrada em vigor, de acordo com o parágrafo 3.º do presente artigo, poderá aderir à mesma a qualquer tempo.
- 2. A presente Convenção será sujeita à ratificação pelos Estados signatários. Os instrumentos de ratificação ou adesão serão depositados junto aos Governos da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e dos Estados Unidos da América, que são aqui designados Governos Depositários.
- 3. A presente Convenção entrará em vigor trinta dias após a data de depósitos dos instrumentos de ratificação de dez Estados signatários da presente Convenção que tenham participado da Conferência da Haia.
- 4. Para os demais Estados, a presente Convenção entrará em vigor na data de entrada em vigor da mesma nos termos do parágrafo 3.º do presente artigo, ou trinta dias após a data de depósito dos seus instrumentos de ratificação ou adesão se esta for superior à primeira.

- 5. Os Governos Depositários informarão imediatamente a todos os Estados signatários e que hajam aderido à presente Convenção da data de cada assinatura, da data de depósito de cada instrumento de ratificação ou adesão, da data da entrada em vigor da Convenção e de qualquer outra notificação.
- 6. Tão logo a presente Convenção entre em vigor, ela será registrada pelos Governos Depositários, segundo o artigo 102 da Carta das Nações Unidas e segundo o artigo 83 da Convenção sobre Aviação Civil Internacional (Chicago, 1944).

ARTIGO XIV

- 1. Qualquer Estado Contratante poderá denunciar a presente Convenção, mediante notificação escrita aos Governos Depositários.
- 2. A denúncia produzirá efeitos seis meses após a data em que a notificação for recebida pelos Governos Depositários.

"Em testemunho do que" os Plenipotenciários abaixo-assinados, devidamente autorizados pelos seus Governos, assinaram a presente Convenção.

Feita na Haia, aos dezesseis dias de dezembro de mil novecentos e setenta, em três originais, redigidos cada um em quatro textos autênticos, nos idiomas inglês, francês, russo e espanhol.

LEI N.º 5.786, DE 27-06-972

- "Art. 1.º Constituem crimes contra a Segurança Nacional, punidos com reclusão, de 12 a 30 anos, apoderar-se ou exercer controle, ilicitamente, de aeronave, ou tentar praticar qualquer desses atos.
- "Art. 2.º Os autores dos crimes previstos no artigo anterior ficam sujeitos (ao foro militar,) na forma do artigo 129, parágrafo 1.º, da Constituição e do Decreto-Lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969.
 - "Art. 3.º A presente lei entra em vigor na data de sua publicação.
 - "Art. 4.0 Revogam-se as disposições em contrário."

(DO, 29/6/72, p. 5.681.)

Exposição de Motivos

Em verdade, o Decreto-Lei n.º 975, de 20 de outubro de 1969, que estabelece "os crimes de contrabando e transporte de terroristas e subversivos, praticados por meio de aeronaves", não regulou a matéria, cuidando, tão somente, da punição de outros crimes.

"Para preencher essa lacuna, parece indicado aparelhar a legislação brasileira de dispositivo que agasalhe o princípio inserto no artigo 1.º da Convenção para a Repressão ao Apoderamento de Aeronaves, assinado em Haia, a 16 de dezembro de 1970, ratificada pelo Decreto legislativo n.º 71, de 28 de dezembro de 1971, e promulgada pelo Decreto n.º 70.201, de 24 de fevereiro de 1972.

"Com essa medida, o Estado deterá instrumento eficaz para a preservação da ordem e combate à subversão.

"Tendo em vista a urgência de que se inclua na legislação penal essa nova forma de criminalidade, de elevada nocividade à Segurança do Estado, sugiro a elaboração de norma legal, na forma do projeto anexo.

"Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Execência protestos de profundo respeito, a) Alfredo Buzaid, Ministro da Justiça."

PROJETO DE RESOLUÇÃO SOBRE CONVENÇÃO SOBRE TORTURA E TRATAMENTO DE PRISIONEIROS (*)

A Assembléia Geral,

Gravemente preocupada com o constante recurso à tortura e ao tratamento desumano e degradante de pessoas presas ou detidas, particularmente durante períodos de conflito armado, luta interna e tensão interna.

Observando que estas violações dos direitos humanos continuam apesar de numerosos ditames do direito internacional consuetudinário e convencional,

Recordando a) que a Declaração dos Direitos Humanos afirma que ninguém será submetido a tortura ou a tratamento ou pena cruel, desumana ou degradante;

- b) que a Convenção sobre Genocídio de 1948 confirma que causar sérios danos físicos aos membros de um grupo com intenção de destruí-lo totalmente ou em parte é crime pelo direito internacional;
- c) que a Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 estipula que ninguém será submetido a tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante e que todas as pessoas privadas de sua liberdade devem ser tratadas com respeito à dignidade inerente à pessoa humana;
- d) que a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial garante sem distinção o direito à segurança da pessoa e proteção pelo Estado contra a violência ou dano físico, seja inflingido pelas autoridades governamentais ou por qualquer grupo individual ou instituição.

Recordando além disso, as proibições contra tortura e tratamento desumano contidas em convenções regionais de direitos humanos e as numerosas exortações feitas por organizações não governamentais, igrejas e instituições religiosas, imprensa e a opinião internacionais para eliminação de violações dos direitos humanos e para aplicação e implementação das normas existentes do direito internacional.

Observando que na ausência de provisões específicas relaciosadas com o tratamento de pessoas presas ou detidas, estas pessoas ficam sobre a proteção e domínio dos princípios do direito das gentes, derivados dos usos estabelecidos entre nações civilizadas, das leis de humanidade e dos ditames da consciência pública.

^{*} Projeto encaminhado à Assembléia Geral da ONU pelo Conselho Consultivo de Peritos sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento de Delinqüentes, em 18 de novembro de 1971.

A Assembléia Geral, por conseguinte;

Afirma que as Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros das Nações Unidas constituem princípios reitores estabelecidos com autoridade, relacionados com o tratamento e reabilitação de todos os presos sob condições humanas e convida os Estados Membros a considerarem urgentemente e de maneira positiva a incorporação das Regras na legislação nacional e a sua efetiva aplicação.

- 2. Solicita ao Secretário Geral que forme um Comitê de Especialistas afim de preparar um projeto de Convenção para adoção dos Estados Membros das Nações Unidas tornando ilegal a tortura e o tratamento desumano ou degradante de pessoas presas ou detidas como constituindo crimes pelo direito internacional, tornando compulsório pelo direito internacional pelo menos a observância das Regras Mínimas para o Tratamento de Presos das Nações Unidas e promover um mecanismo de implementação internacional.
- 3. Estando pendente a incorporação das Regras Mínimas para o Tratamento de Presos das Nações Unidas numa Convenção internacional, recomenda com empenho que seja elaborado um mecanismo regular para informação ao Secretário Geral pelos Estados Membros sobre a aplicação das Regras mínimas das Nações Unidas em seus países.

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.

Pedidos pelo Reembolso Postal a ESTABELECIMENTOS GRÁFICOS BORSOI S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO — EDITOR BORSOI

R. Francisco Manuel, 55 - Benfica - ZC-15 - Rio de Janeiro - GB Telefones: 248-8176 e 248-2834

PROCESSO DE FALÊNCIA E CONCORDATA

JOSÉ DA SILVA PACHECO

Encontra-se nas livrarias, com cerca de 2.000 verbetes e notas, o mais notável e esperado Comentário à Lei de Falências e Concordatas, absolutamente de acordo 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 sobre a matéria.

Obra em 3 volumes — Cr\$ 140,00

Pedidos pelo Reembolso Postal a ESTABELECIMENTOS GRÁFICOS BORSOI S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO — EDITOR BORSOI

R. Francisco Manuel, 55 - Benfica - ZC-15 - Rio de Janeiro - GB Telefones: 248-8176 e 248-2834