

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

Demaís Estados:

Editor Borsoi, Rua Francisco Manuel, 51/55, Benfica,

ZC-15 — Rio de Janeiro, GB.

Preço dêste volume: Cr\$ 20,00

Assinatura anual (4 números) Cr\$ 72,00

REVISTA DE DIREITO PENAL

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

Diretor: Prof. **HELENO C. FRAGOSO**

N.º 2

ABR. - JUN. / 1971

EDITOR BORSOI

COLABORAM NESTE NÚMERO:

EDUARDO NOVOA MONREAL — Professor da Fac. Direito da Univ. Católica de Santiago — Chile

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO — Professor titular da Fac. Dir. Cândido Mendes.

NILO BATISTA — Professor assistente da Fac. Dir. Cândido Mendes.

ROBERTO LYRA FILHO — Professor titular da Universidade de Brasília.

INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIAS (Fac. Dir. Cândido Mendes)

RAFAEL CIRIGLIANO FILHO (diretor), HELENO CLAUDIO FRAGOSO (sec. geral), ALEXANDRE GABRIEL GEDEY (sec. executivo), EDERSON DE MELLO SERRA, HORTÊNCIO CATUNDA DE MEDEIROS, JOAQUIM DIDIER FILHO, OLÍMPIO PEREIRA DA SILVA, SILVIO AMORIM DE ARAÚJO, VIRGÍLIO LUIZ DONNICI

SUMÁRIO

DOUTRINA

Eduardo Novoa Monreal, <i>Progresso Humano e Direito Penal</i>	9
Roberto Lyra Filho, <i>Criminologia e Dialética</i>	29
Heleno Cláudio Fragoso, <i>Aspectos da Teoria do Tipo</i>	59

NOTICIÁRIO	85
------------------	----

RESENHA BIBLIOGRÁFICA

Código Penal Brasileiro, ed. Alba — <i>Nilo Batista</i>	89
Revista de Ciencias Penales — <i>Nilo Batista</i>	89
João Mestieri, Curso de Direito Criminal — <i>Nilo Batista</i>	90
Teodolino Castiglione, Lombroso und die heutige Kriminologie — <i>H. C. F.</i>	90
Hans Welzel, Derecho Penal Alemán — <i>H. C. F.</i>	91
Hélio Sodré, A prova penal referente à posse de entorpecentes — <i>Nilo Batista</i>	91
Anais da III Conferência Nacional da Ordem dos Advogados — <i>H. C. F.</i>	92

JURISPRUDÊNCIA

Lenocínio. Hotel licenciado. Irrelevância	95
Substância avariada em depósito. Não há crime sem o intuito de vender	95
Atividade comercial com mercadoria ilicitamente introduzida no país. Indispensável a habitualidade	97
Condenação baseada exclusivamente em prova de inquérito. Nulidade	97
Crime contra cônjuge. Não se aplica a agravante se o casal está desquitado	97
Estupro com violência presumida. Ação penal privada	98
Decadência. Contagem de prazo	98
Entorpecente. Uso próprio não constitui crime	98
Citação por edital. Réu preso em outra unidade da Federação. Nulidade	99
Representação feita por avô. Validade	99
<i>Habeas Corpus</i> . Suspensão condicional da pena	99
Justiça Militar. Recurso de embargos em caso de competência originária, sendo unânime a decisão	100
Contrabando. Se a mercadoria fôr apreendida no momento de seu desembarque há mera tentativa	100
Conflito de jurisdição. Crime praticado por civil contra militar à paisana, em situação de atividade, ignorando o agente a qualidade da vítima. Competência da Justiça Comum	101
Falsidade documental e uso de documento falso. Ausência de concurso de crimes	101
Conflito de jurisdição entre juiz federal e estadual. Prevalência dos fatos descritos na denúncia sobre a capitulação	101
Precatória para audiência de testemunhas. Falta de intimação do defensor. Nulidade	102
Furto e estelionato. Não há reincidência específica	102
Crime contra a honra através da imprensa. Exigência de dolo específico	102
Acidente de trânsito. Falta de habilitação não induz em culpa do condutor	103
Contrabando. Exame de corpo de delito desnecessário	103
Denúncia inepta. Descrição dos fatos atribuídos a cada partícipe nos crimes de autoria coletiva	104
Prisão preventiva. As informações prestadas pelo juiz não suprem as deficiências na fundamentação	104

Suspensão condicional da pena. Deve o juiz pronunciar-se a respeito	104
Registro de Nascimento falso para obtenção de benefício. Estelionato	104
Citação por edital. Incabível se consta dos autos o enderêço do réu. Nulidade	104
Intimação de advogado para inquirição de testemunhas. Sua falta importa	
em cerceamento de defesa	105
Assistente de acusação. Limites de suas atribuições processuais	105
Contrabando. Não o configura o transporte no país de café de comerciali-	
zação proibida	106
Inquérito policial. Excesso de prazo	107
Latrocínio. Pluralidade de vítimas. Inexistência de concurso material	108
Ilícito penal e ilícito administrativo	108
Expulsão. Concessão de h.c. para impedir entrega a determinado país ..	108
Crime de automóvel. Imprudência na ultrapassagem de faixa de segurança.	
Irrelevância do sinal aberto	109
Crime de automóvel. Prova	109
Crime de automóvel. Concorrência de culpas irrelevantes	109
Crime de automóvel. Imprudência pelo estado de veículo de carga	110
Crime de automóvel. Tráfego junto ao meio-fio	110
Crime de automóvel. Aprendiz não age com imprudência	110
Imputabilidade. Silvícola	110
Co-autoria. Vínculo psicológico	111
Aplicação da pena. Crime culposos	112
Aplicação da pena. Réu menor. Co-autoria	112
Decadência. Crime continuado. Crime contra a propriedade industrial ...	113
Suspensão condicional da pena. É obrigatória ao condenado que satisfaz	
os requisitos da lei	113
Aplicação da pena. Fixação da pena-base	113
Suspensão condicional da pena. Condenação à pena de multa não a prejudica	
Pena acessória. Crime cometido com automóvel. Não é obrigatória	114
Perdão do ofendido. Pode ocorrer se há recurso extraordinário	115
Crimes contra a liberdade sexual. Interpretação da Súmula 388	115
Prescrição. Crime continuado	116
Prescrição. Crime falimentar	119
Prescrição da condenação. Reincidência	121
Prescrição. Interrupção pela denúncia e não por sua alteração	122
Crime de automóvel. Cruzamento. Dano resultante da fuga precipitada ..	122
Homicídio privilegiado (art. 121, § 1.º, C.P.). Redução da pena é facultativa	
Prisão preventiva. Crime político. Exigência dos requisitos legais	123
Homicídio culposos. Atropelamento	123
Lesões corporais. Incapacidade para as ocupações habituais. Exame com-	
plementar	124
Perigo para a vida ou a saúde. Exige pessoa determinada	124
Maus tratos excluem o crime de lesões corporais leves	124
Crime contra a honra praticado por vereadores. Ausência de <i>animus</i>	
<i>injuriandi</i>	125
Crime contra a honra. Reitor de Universidade Federal. Competência da	
Justiça Comum	126
Crime contra a honra de vereador. Ação Penal	126
Furto de uso. Reposição imediata e uso momentâneo	127
Furto e venda posterior da coisa furtada. Inexistência de concurso	127
Furto de pequeno valor em detrimento de Fôrça Pública. Inexistência	
de crime	130
Furto com rompimento de obstáculo. Exame pericial indispensável	131
Furto e abuso de confiança	131
Estelionato. Torpeza bilateral	131
Estelionato não se confunde com insolvência de sociedade	131
Estelionato e falsidade documental. Concurso material	132
Estelionato e falsidade documental. Inexistência de concurso de crimes ...	132

Retenção de contribuições previdenciárias. Apropriação indébita	133
Omissão de socorro. Pode ocorrer em atropelamento sem culpa	133
Roubo qualificado pelo resultado exclui a aplicação do § 2.º do art. 157	
do Código Penal	133
Furto qualificado pelo concurso de agentes e quadrilha	134
Roubos sucessivos praticados por quadrilha. Inexistência de crime continuado	
Crime contra a economia popular. Gestão fraudulenta	134
Jornalista. Prisão especial	135
Lei de imprensa. Direito de Resposta	136
Crime de imprensa. Direito de resposta. Contagem de prazo	136
Prostituição não justifica o processo por vadiagem	137
Prisão Especial. Oficiais das Fôrças Armadas na reserva	137
Falsificação de letra de câmbio com aceite de instituição financeira. Com-	
petência da Justiça Federal	137
Intimação em sexta-feira. Contagem de prazo	138
Injúrias. Crime contra a Segurança Nacional	138
Substância avariada. Restaurante. Inexistência de crime se o alimento	
ainda não está preparado	142
Sentença. Omissão do preceito legal aplicado. Nulidade	143
Pena privativa da liberdade. Cômputo de prisão provisória anterior em	
outro processo	145
Marechal reformado com direitos políticos cassados tem direito a fôr	
especial	145
Assalto a banco sem motivação política. Crime contra a segurança nacional.	
Conceito de Segurança Nacional	146

O extraordinário sucesso que obteve o lançamento desta Revista, com acolhida surpreendente, constitui indicação segura do que ela vem representar no plano cultural, em nosso país, e de que nesse setor havia, realmente, um vazio a ser preenchido. Em diversas localidades a Revista esgotou-se rapidamente. Recebemos de professores, magistrados, membros do Ministério Público e advogados numerosas comunicações com palavras de louvor e estímulo, e queremos aqui deixar consignado o nosso agradecimento, com a garantia de que prosseguiremos na obra encetada, sem desfalecimento.

Neste número o leitor encontrará três artigos na parte doutrinária. O primeiro, do prof. EDUARDO NOVOA MONREAL, da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Chile, figura excepcional de jurista, que presidiu, por longos anos, o Instituto de Ciências Penais de seu país, e foi secretário-executivo da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, que se deve à sua iniciativa. Seu trabalho, "Progreso Humano e Direito Penal", focaliza o impacto das transformações sociais e do progresso técnico sobre o Direito Penal, com referência a questões que hoje estão na ordem do dia.

Concluimos nesta edição o notável estudo do prof. ROBERTO LYRA FILHO, "Criminologia e Dialética", no qual o mestre examina em profundidade e com penetrante espírito crítico a problemática da Criminologia, numa perspectiva filosófica renovadora, de valor excepcional. São poucos os que no Brasil se dedicam seriamente ao estudo da Criminologia, que serve bem à realização de um charlatanismo cultural, à base de uma pseudo ciência, na tentativa de uma exploração causalista simplória e superficial. O estudo do prof. LYRA FILHO é destes que marcam o terreno e assinalam os rumos, merecendo por isso mesmo, a atenção indispensável de todos os estudiosos.

Essa parte termina com um estudo jurídico de nossa autoria, "Aspectos da Teoria do Tipo", na qual pretendemos examinar e sistematizar algumas categorias gerais da Parte Especial.

O leitor encontrará neste número as nossas seções habituais, com particular ênfase na parte relativa à jurisprudência. Aqui estão tratados em profundidade e extensão alguns dos problemas mais importantes que a aplicação de nosso Direito Penal neste momento apresenta.

H. C. F.

DOCTRINA

PROGRESSO HUMANO E DIREITO PENAL (*)

EDUARDO NOVOA MONREAL

Enfrentando o risco de pecar pela superficialidade, queremos abrir, nas breves linhas que seguem, uma janela que comunique o âmbito jurídico com o mundo exterior, a fim de que se renove o ar de muitos conceitos estanques e se ilumine a necessidade de reformar tantos conceitos penais que o progresso do mundo deixou para trás.

Nunca, em sua já longa história, a humanidade passou por uma época de tão bruscas e profundas mutações, como esta que estamos presenciando. Tudo se altera e modifica, na maior parte das vezes em sentido muito positivo de progresso e melhoramento. Isso se verifica em todos os setores da vida humana e dos fatores que a condicionam, especialmente dentro do campo dos conhecimentos — tanto científicos como tecnológicos — das estruturas e formas da vida social (em boa parte alteradas pela mui rápida aplicação prática que hoje se logra desses novos conhecimentos), e inclusive dos valores éticos e jurídicos que reconhecem e sustentam a cultura dos povos. Não obstante, junto a tais mutações vão surgindo ou se consolidando também novas formas de vida de conteúdo negativo, que lançam uma séria interrogação à sorte futura de muitas nações, especialmente daquelas que estão situadas no que nos foi dado chamar de Terceiro Mundo.

Jamais, por isso, o Direito foi submetido a uma tão dura prova em sua necessidade de ir-se adaptando constantemente às novas condições sociais. A urgência com que essa adaptação é exigida no presente nem sempre pode ser atendida, em virtude de limitações oriundas de suas próprias estruturas e, ainda, da mentalidade da maior parte de seus cultores.

Comprovamos que o direito positivo, tanto nos sistemas da legislação escrita, como nos de práticas consuetudinárias, tem uma natural tendência a estabilizar-se. A difícil elaboração das fórmulas legislativas, especialmente as codificadas, em primeiro lugar, e a permanência, estendendo-se ao futuro, dos usos e costumes precedentes, por

(*) Tradução de J. Sérgio Fragoso.

outro lado, exercem sobre o direito positivo uma influência estratificante, que tende a consolidar normas antigas e a projetá-las, com pretensões de validade mais ou menos duradouras, até o futuro.

Entretanto, as alterações sociais, com sua surpreendente mobilidade, vão sobrepassando amplamente os esquemas jurídicos e terminam por deixá-los de lado como coisa inútil e perturbadora do progresso de uma humanidade que parece haver alcançado um dos seus pontos culminantes em seu esforço pelo domínio da natureza.

Se quisermos que o direito continue firme norma de conduta nas sociedades modernas, capaz de assegurar a todos os homens a livre possibilidade de desenvolvimento integral, os juristas temos de convencer-nos de que não temos outra saída senão a de modernizar o direito e reestruturá-lo sobre bases que o permitam ir-se adaptando, com a flexibilidade necessária, às novas e seguramente mais aceleradas alterações que haveremos de ver na vida futura dos povos.

Evidentemente essa tarefa, não obstante a urgência de que se reveste, necessita de uma visão multidisciplinar para ser encetada. Sem o esforço conjugado de historiadores, sociólogos, antropólogos e de outros cientistas especializados nas transformações das sociedades humanas, o jurista nada poderia fazer. Sem toda a bagagem científica exigida por um trabalho dessa espécie, qualquer incursão no tema poderia ser tomada, com razão, como irresponsável, ou quando nada, superficial devaneio, carente de integridade e de sistema, sobre os pontos que haveriam de ser abordados.

Mas, como antes de obter o desenvolvimento deste estudo científico completo, é indispensável despertar a consciência dos juristas e convencê-los da inescusável responsabilidade que sobre eles pesa por esta desvalorização social do direito, cada dia maior, sentimo-nos autorizados a parcial e fragmentário exame de alguns aspectos que deveriam ser levados em conta dentro do campo do Direito Penal, seguros de que a inteligência de outros, permitirá ir completando os notórios vazios que se encontrarão neste simples destaque de uma parte desses problemas.

Damos por assentado que o estado atual do conhecimento do homem, do ponto de vista científico, importa em avanço notável em relação com o que a respeito se sabia há trinta ou quarenta anos. Porém, por apreciáveis que tenham sido os progressos havidos no campo da biologia, da psicologia, da sociologia e da psiquiatria, principalmente, ninguém pode duvidar de que é neste terreno, do exato conhecimento do ser humano, sujeito primordial do direito, onde o progresso científico faz e pode fazer cada dia, novos e maiores avanços.

Aprofunda-se agora, na grande variedade de tipos de indivíduos, e se aperfeiçoa cada vez mais, o conhecimento das diversas características da pessoa. Penetra-se no exame das motivações que influem

no atuar humano e se comprova até que ponto a vontade está condicionada por numerosos dinamismos fisiológicos e psíquicos, que muitas vezes impedem ao homem dirigir sua conduta da maneira como lhe proporia sua inteligência. Simultaneamente, estudam-se as relações do homem com o meio em que vive e atua, e se descobre que elas podem decidir grande parte de sua conduta e de suas reações.

Tudo isto conduz a que cada vez em maior medida, tanto o Direito Penal como o Direito Processual Penal ampliem suas normas destinadas a reconhecer e ponderar o conhecimento do ser humano, que é objeto de seus preceitos e o das circunstâncias exteriores que sobre ele puderam atuar. Isso conduz, por seu turno, a uma política sempre mais individualizada em matéria penal e a uma maior atenção para os aspectos subjetivos do ser humano. O atual princípio de que não há pena sem culpabilidade, poderia ser tido, de certa forma, como a concretização de tais progressos no conhecimento humano, dentro do âmbito do Direito Penal.

Esta nova posição acerca do homem deveria trazer igualmente, como consequência própria, um abandono cada dia maior dos critérios absolutos em matéria penológica e sua substituição pelos de índole relativa. Ela também se refletiu em mais acertada escolha das penas adequadas para as diversas violações do Direito. Contudo, apesar de estar marcado o progresso científico pelo conhecimento do ser humano, temos de admitir que os mecanismos mais profundos e superiores do atuar humano continuam sendo um mistério. Por muito que se tenha progredido, o íntimo do homem constitui ainda um sério enigma.

Daí que o juízo penal continue sendo, apesar de tudo o que a ciência nos possa fornecer hoje em dia, somente um juízo de aproximação. Nem por sua possibilidade de conhecer a interioridade humana e de conhecer, assim, o sujeito que delinuiu, nem pelos seus alcances na ponderação das manifestações verbais humanas (sejam elas testemunhos ou confissões), pode sustentar-se que o juiz de nosso tempo tenha aumentado em medida apreciável sua aptidão para elaborar decisões que de forma exata ajuízem tanto a verdade dos fatos sucedidos, como a responsabilidade dos que nêles intervieram.

Todavia e apesar da enorme importância que tem tudo que concerne ao conhecimento do próprio homem, terreno que recentemente começa a ser limpo, com insubstituíveis métodos e técnicas científicas e no qual, seguramente, em futuro mais ou menos próximo, haveremos de obter nova informação muito valiosa, capaz de variar em mais de um aspecto fundamentais conceitos atuais sobre imputabilidade, culpabilidade, natureza e fim das penas, apreciação de provas em matéria penal e política criminal, entre outras, nosso propósito não é, agora, o de proporcionar idéias nessa perspectiva, excessiva em profundidade e dimensões, para a capacidade do que escreve e pela extensão destas linhas. O propósito é menos pretensioso e mais ao

nosso alcance. Consiste em assinalar diversos fatos sociais recentes, facilmente observáveis por quem quer que seja na vida moderna, resultante em sua maior parte da descoberta e da introdução na vida humana de novos elementos ou progressos de caráter técnico-científico que trouxeram consigo ameaças à vida tranqüila do homem, a tal ponto que, em muitas oportunidades, seus direitos pessoais, sua integridade e mesmo a sua própria vida puderam sofrer danos.

Nosso desejo teria sido não somente assinalar esses fatos (aceitando desde logo que a especificação não poderá ser completa e que pode ser integrada pela observação sagaz de mais de um leitor), senão também haver mencionado e resolvido as principais novas questões de caráter jurídico-penal a que elas dão origem. Todavia, a exigüidade de espaço obrigará a reduzir esta última parte a breve resenha dos problemas envolvidos.

Tema tão rico e atrativo não tem sido ignorado por muitos juristas de prestígio.

Não escapou à clarividência do grande mestre JIMENEZ DE ASÚA, quando organizou as brilhantes Jornadas de Direito Penal, realizadas em Buenos Aires em agosto de 1960, pois um dos grandes temas ali propostos foi o de "Novas Figuras da Parte Especial dos Códigos Penais" (1). É possível que não houvesse sido cabalmente compreendido em seu verdadeiro propósito por todos aqueles que participaram de tão notável torneio científico; mas houve intervenções certas, entre as quais cabe assinalar a do professor SEBASTIÁN SOLER (2).

Improvissadamente, correspondeu-nos em ditas Jornadas esboçar algumas idéias (3), que posteriormente complementamos num documento de trabalho, preparado para as tarefas de elaboração do Projeto de Código Penal Tipo para a América Latina (4).

O atualíssimo e difícil problema dos transplantes de órgãos um dos fatos que exigem particular consideração por uma lei positiva renovada e que suscita tantas questões no âmbito penal, tem despertado nos últimos tempos interesse tão imenso, que se produziu e se anunciam a seu respeito numerosos estudos (5). A mesma coisa já

(1) Ver *Jornadas de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1962, págs. 247 e 360.

(2) Obra citada, págs. 331 e seguintes.

(3) Obra citada, pág. 286.

(4) Ver *Criminalia*, ano XXXI, n.º 5, maio de 1965, pág. 217. Documento de trabalho n.º 2.

(5) Ver *Consideraciones Jurídicas sobre los Transplantes Cardiacos*, por LUÍS JIMÉNEZ DE ASÚA, em *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 2, abril-junho de 1968; *La Ley*, Buenos Aires, 1968; *El Transplante de Órgãos Humanos ante El Derecho*, por MANUEL DE RIVACOBRA, em *El Mercurio*, de Valparaíso, 5 de maio de 1968, e *El Transplante de Conazón* (Aspectos médico-legais, éticos y jurídicos), por EDUARDO NOVÓA MONREAL, Editora Universitaria, Santiago do Chile. O Instituto de Ciências Penais do Chile realizou, em data de 12 de dezembro de 1968, sob a direção do autor do presente trabalho, um fóro com a

havia ocorrido nas já referidas Jornadas de Direito Penal, de 1960, com a inseminação artificial humana.

Com o objetivo de introduzir certa ordem mínima nas observações que seguem, pareceu-nos preferível agrupar os novos fatos que nos traz a vida social na atualidade e os que já começam a esboçar-se para anos mais próximos, de acordo com o âmbito dos conhecimentos humanos ou da vida social ou das atividades humanas a que eles poderiam estar adstritos. Compreendemos cabalmente que alguns desses agrupamentos poderiam ser tidos por arbitrários sob certo ponto de vista, ou por discutíveis sob outro, ou, pelo menos, dificilmente separáveis, entre si, alguns deles. De qualquer forma, a necessidade de sistematizar, ainda que seja com a ajuda de categorias propensas a crítica, impeliu-nos a assinalar tais grupos que, pelo que ora se afirma, podem ser tidos como puramente provisórios.

Temos de nos referir exclusivamente àqueles novos fatos sociais que trazem problemas — e com isso a necessidade de uma eventual consideração legislativa explícita — dentro da parte especial do Direito Penal.

I. — Alterações nas Estruturas Político-Administrativas

a) *Crescimento cada vez maior dos organismos, escritórios e serviços estatais e administrativos, com o conseqüente aumento do número de funcionários públicos e do poder que estes, de direito ou de fato, adquirem sobre os cidadãos.*

Isto faz com que qualquer cidadão deva entrar em numerosas e frequentes relações e contatos com os funcionários públicos. A ingerência sempre crescente que estes, por sua parte, vão adquirindo nas múltiplas atividades antes entregues à livre gestão particular, vai-lhes concedendo, na prática, um poder muito efetivo. O simples não fornecimento de uma certidão indispensável, pode ser meio de paralisar uma atividade lícita e de ocasionar prejuízos graves.

Efeito desse crescimento é também a proliferação de normas administrativas, especialmente de índole regulamentar, tão abundantes, em suas regras, que adquirem um sentido hermético e permanecem desconhecidas pelos demais, escapando à informação até de mui-

participação de médicos, juristas, filósofos e moralistas sobre o tema *Os Transplantes de Órgãos Humanos ante o Direito*, cuja reprodução publica a *Revista de Ciências Penales*, tomo XXVII, n.º 3, de setembro-dezembro de 1968. Em meu trabalho *Que Queda del Derecho Natural?*, Editorial Dapalma, Buenos Aires, 1967, também se faz referência a tais transplantes (pág. 254); mas, o que ali se expressa, deve entender-se só em relação com o transplante de partes de um corpo humano vivo, cuja eliminação no "doador" não significa neste sua morte, por serem estes transplantes os únicos que no momento em que a obra foi escrita haviam sido postos em prática.

tos letrados. A possibilidade que têm alguns funcionários de manejar com desenvoltura esses preceitos, permite-lhes aumentar seu poder face aos demais cidadãos.

✓ A reforma das leis penais há de considerar, por conseguinte, a necessidade de revisar com muita atenção os tipos delituosos correspondentes a crimes que cometem funcionários públicos no exercício de suas funções, em especial, os de corrupção passiva, enriquecimento ilícito, omissão em prestar o serviço devido e usurpação de funções. Igualmente, há que rever as penas fixadas para esses tipos delituosos, para aumentá-las se fôr necessário.

b) *Irrupção de extensos setores populares como força política incontestável, consciente de seus direitos, que procura a transformação dos sistemas tradicionais de organização institucional dentro do Estado.*

Esse fato demanda maior exigência de diligente e alerta atenção do bem coletivo por parte daqueles que governam ou exercem autoridade, e consciência muita viva de parte dos que administram justiça, para não afrontar uma aberta rebeldia das massas e uma perda generalizada da fé no Direito como norma social ou na aplicação concreta da justiça, pelos tribunais correspondentes.

Daí, também, a necessidade de uma consideração mais cuidada e compreensiva de muitas figuras penais, relativas à segurança interior do Estado, como são as da justiça feita pelas próprias mãos, sedição, insurreição interna e terrorismo. As ânsias de justiça, ainda quando em certas oportunidades desbordem em violência, não devem ser assimiladas, se não se quer acentuar os vícios do sistema, à delinquência comum. O conceito de delito político deve ser melhor perfilado e há de estender-se também à chamada delinquência político-social, que deve gozar do tratamento privilegiado, que àquele se reconhece.

II — Alterações nas estruturas econômico-sociais.

a) *Economia dirigida pelo Estado.*

A planificação econômica e a necessidade de orientar no sentido do interesse coletivo as atividades particulares que operam com fim lucrativo, conduz à necessidade de implantação de um ordenamento econômico, que considera cotas de produção, obrigação de vendas a preço fixado pela autoridade, exigências de qualidade, peso ou medida, etc.

A defesa da economia nacional interna leva também a restrições de importação, à proibição de exportação de certas mercadorias, à de operações sobre moeda estrangeira e do comércio de divisas, etc.

A legislação que estabelece tais medidas tem que acudir, se quer ser eficaz, à ameaça de penas para aqueles que as transgridam. Surge assim todo o vasto campo dos delitos econômico-sociais, abundantes em muitas legislações, porém pouco trabalhados pela doutrina e mal sistematizados dentro da lei penal. Figuras delituosas como violação de preços, sonegação de venda, resistência à produção, especulação com divisas estrangeiras, importações ilegais, formam parte dêle, entre muitas outras.

b) *Forte aumento das exigências tributárias do Estado.*

A um crescimento do Estado e de seus serviços, há de seguir necessariamente uma grande elevação dos gastos fiscais e por conseguinte a elevação da carga tributária. As necessidades financeiras do Estado adquirem tal preeminência, que se deve reprimir qualquer descumprimento das obrigações tributárias por parte do particular.

Com isso ganham maior importância os delitos de contrabando e aduaneiros, e nasce toda uma nova série de fatos puníveis, constituídos por atividades produtivas ou econômicas clandestinas, fraude da fiscalização estatal, eliminação de guias de comprovação, alteração de declarações à administração, adulteração de contabilidades e fraudes tributárias de natureza muito variada.

Todo este complexo de delitos é tido por muitos penalistas como um aspecto que não pertence propriamente ao Direito Penal, senão que, com certa independência, poderia constituir-se em um Direito Penal financeiro ou tributário.

c) *Acentuação dos antagonismos de classes.*

Constata-se, na maior parte dos países, uma polarização dos indivíduos em grupos sociais, aos quais as circunstâncias da vida econômico-social fazem adquirir consciência de uma oposição de interesses, que desemboca, às vezes, em antagonismos inconciliáveis.

A organização gremial ou sindical destes grupos agudiza a tensão entre eles e torna fácil a aparição de greves, lock-out e até sabotagem industrial.

Por parte da legislação, estes fatos são enquadrados em novos tipos penais, complementados com preceitos destinados a reprimir as infrações a normas sobre salários mínimos e outras vantagens, como uma maneira de dar proteção aos direitos básicos dos assalariados.

d) *Multiplicação das grandes empresas industriais, dotadas de vultosos capitais.*

A existência destas grandes empresas, dotadas de um poder enorme, entra em conflito com um Estado que quer reservar-se o direito de planificar a economia e com os interesses de pequenos industriais, que sentem a ameaça de ser inteiramente deslocados por elas.

Surge daí, uma legislação que tenciona superar a contradição, através da criação de delitos de monopólio, ágio, concorrência desleal e *dumping*.

e) *Explosão demográfica.*

O incremento da natalidade nos países subdesenvolvidos, que se acentua especialmente nos grupos humanos mais pobres e de origem camponesa, que se trasladam às grandes cidades em busca de trabalho ou de melhores condições de vida, intensifica os problemas deste setor da população, o qual, sem poder abandonar um círculo vicioso que o afasta cada vez mais de um melhoramento econômico estável, começa a formar favelas em vilas miseráveis ou marginalizadas, que, por seu turno, se convertem em lugares de refúgio de meliantes habituais, assaltantes noturnos, ladrões profissionais, receptadores e comerciantes de objetos furtados, prostitutas, vagabundos e mendigos. Este fenômeno tem, em certas épocas, proporções tais, que deve ser abordado primeiramente com medidas de caráter econômico-social. Porém, do ponto de vista penal, deve ser considerado, enquanto se mantenha a partir da dupla focalização preventiva, mediante a aplicação de medidas de segurança pré-delituais, e repressivas, com o aperfeiçoamento dos preceitos de punição aplicáveis.

f) *A atração urbana.*

Mencionada anteriormente, a grande cidade moderna oferece ao despossuído das zonas rurais maiores possibilidades para superar sua difícil vida, seja por via de uma atividade lícita ou por aquela que se afasta da lei. Certos progressos urbanos funcionam, outrossim, como atrativos especiais, que acabam por desenraizá-lo de seu ambiente, conduzindo-o a estabelecer-se em meios particularmente perigosos para a sua ética e comportamento social, especialmente para os jovens. Pense-se, por exemplo, em salões de baile, antros de jogatina, casas de prostituição, bares e outros lugares semelhantes (6).

III. — *Alterações na vida sócio-familiar.*

a) *Desintegração da vida de família.*

As necessidades econômicas levam uma grande parte das mães de família a buscar um trabalho melhor remunerado fora do lar. Se

(6) Obviamente este parágrafo sobre as mudanças nas estruturas econômico-sociais, como o anterior, sobre as que se operam nas estruturas político-administrativas, daria margem para muitas e mais variadas observações. Contudo, preferi ser intencionalmente cauteloso ao referir-me a elas, para não parecer como sustentando teses ou propiciando soluções de uma determinação posição política.

este fenômeno, que em si mesmo não tem graves inconveniências, não é atendido pelo Estado mediante a criação de estabelecimentos educacionais especialmente apropriados para acolher e atender devidamente aos menores, ou de creches destinadas às crianças durante a jornada de trabalho dos pais, de forma a promover a convivência do grupo familiar nos momentos livres, as conseqüências podem ser muito negativas.

A ausência dos pais durante lapsos de tempo prolongados e, com maior freqüência, as dificuldades conjugais ou o rompimento da vida em comum dos pais, pode acarretar aos filhos danos à sua formação psíquica, afetiva e moral, que chegam a traduzir-se em manifestações muito variadas, daquilo que com impropriedade se denomina de "delinqüência juvenil". Os bandos juvenis, o vício prematuro do consumo de drogas ou álcool, os assaltos praticados por jovens, as brigas e rixas e o furto de automóveis, figuram entre suas principais manifestações.

b) *Igualdade dos sexos.*

Dia a dia cedem as barreiras e mesmo as meras diferenças que separavam os sexos em tantos aspectos sociais. Homem e mulher de hoje, consideram-se igualmente aptos para desempenhar qualquer tarefa, profissão ou atividade e com maior ou menor rapidez, segundo os países, vai-se alcançando uma igualdade não somente jurídica mas de fato, nas aspirações e possibilidades de ambos.

Esse fato, unido a transformações do sentido ético a que faremos alusão mais adiante, fez com que tenham variado muito antigos conceitos sobre respeito, ordem e compostura dentro da vida da comunidade moderna, em especial no que se relaciona aos sexos.

Não obstante, subsistem muitos dos velhos preceitos que, em grande parte, fundam-se numa diferença que, quando nada, está em vias de desaparecer. Tipos delituosos como o rapto por sedução e a relação sexual lograda mediante fraude (a sedução a que se referem alguns códigos penais), têm seus dias contados. Poderiam justificar-se somente quando a vítima fôsse mulher de curta idade.

IV — *Os Progressos Científicos e Técnicos no Campo Biológico.*

a) *A inseminação artificial humana (7).*

A possibilidade de que uma mulher possa ser fecundada artificialmente, dá oportunidade a que possam ser mães algumas que, por

(7) Como já dissemos, a inseminação artificial foi um tema que atraiu muita atenção nas *Jornadas de Derecho Penal*, de Buenos Aires, de 1960. — Ver

defeitos orgânicos de conformação, não podiam sê-lo; a que possam iniciar uma gravidez aquelas que estão separadas por longo tempo de seus maridos, e a que possam ter filhos mulheres solteiras que não aceitariam uma relação sexual normal sem matrimônio (8). Chegou-se até a recomendá-la como solução para a mulher casada com um impotente e que deseja ter filhos.

O tema é espinhoso e árduo, especialmente do ponto de vista ético. Porém precisamente o número e a gravidade das dificuldades que origina, exigem que a lei positiva as regule.

No campo civil produzem-se problemas relacionados com a legitimidade do filho havido através de uma inseminação heteróloga (ou seja, com sêmem que não é do marido) em uma mulher casada e com a infração, por esta, de seus deveres conjugais se o fez, sem conhecimento do marido. Também se questiona a validade jurídica dos atos em virtude dos quais se obtém o sêmem estranho, seja mediante pagamento ou gratuitamente.

Do ponto de vista penal, deve resolver-se a punibilidade da ação destinada a fecundar uma mulher contra sua vontade, fato que não se poderia considerar como tipificado no delito de violação, e se se deve sancionar a inseminação heteróloga em mulher casada, que tampouco cabe dentro do delito de adultério (9). Também podem surgir questões acerca de se se poderia incriminar o fato como criação falsa de um estado civil, no caso em que a mulher fecundada seja casada, tendo-se em conta que se introduziu na família alguém alheio ao seu sangue (isto mesmo que o marido tivesse consentido) e que pode haver prejuízo para a descendência regular.

b) *Os transplantes de órgãos humanos.*

Até poucos anos somente se havia tentado transplantes de vivo a vivo, de pele, de pedaços de osso e, em raras ocasiões, de um só

obra citada na nota (1), págs. 269, 272, 293 e 333. Também foi objeto de discussão incendiada no IX Congresso Internacional de Direito Pnal, de Haia, em agosto de 1964.

(8) Afirmam os biólogos a possibilidade de fecundar artificialmente ainda com espermatozoides do marido morto o que daria origem ao que alguém denominou "filhos post mortem".

(9) No IX Congresso Internacional de Direito Penal, de Haia, em 1964, aprovou-se, por maioria de votos, uma moção do autor destas linhas que reprovava a inseminação artificial heteróloga realizada sem o consentimento do marido. Em suas demais formas, estimou-se que a inseminação artificial devia ficar fora do Direito Penal.

A exclusão dos tipos de violação e adultério tradicionais, explica-se pelo fato de que estes exigem ou supõem uma relação sexual, que está ausente na inseminação artificial de que se trata. Contudo, a questão não está isenta de dúvidas, pois SEBASTIÁN SOLER já se pronunciou pela qualificação de adultério, no caso da fecundação artificial durante a vida marital (*Jornadas de Direito Penal*, Buenos Aires, 1960).

daqueles órgãos duplos que possui todo ser humano vivo, como o rim, por exemplo. De cadáveres se extraíam córneas, artérias e ossos, principalmente, para sua implantação em um ser vivo.

Foi em dezembro de 1967 que se efetuou a primeira operação de transplante de coração de um recém falecido a um vivo. Desde então realizaram-se muitas dezenas de operações desta classe no mundo, com resultados fatais rápidos na maior parte dos casos e com prazos de sobrevivência incertos nos demais. Tudo isto faz com que o problema destes transplantes seja, nos momentos que correm, um dos mais atuais e discutidos da nossa disciplina.

Careceria de objeto estender-se sobre a matéria, que tem sido tratada em inúmeros estudos jurídicos recentes (10). Somente queremos precisar: que a lei positiva deve resolver expressamente em que casos um vivo está autorizado a dispor de um dos seus órgãos ou de uma parte do seu corpo, entendendo-se que jamais caberia a privação de um órgão ou de partes que certamente lhe causassem a morte; que a extração de órgãos ou partes do corpo de qualquer espécie de um cadáver (bem entendido, se se acha devidamente comprovado o fato da morte e, para isso, a lei deve contemplar medidas acauteladoras suficientes) deve ser permitida pela lei, sem prejuízo de reconhecer certas faculdades decisórias aos parentes do defunto; que não se deve aceitar uma declaração de morte que emane dos mesmos médicos que vão praticar o transplante; que uma operação de transplante efetuada em condições que não asseguram, dentro da *lex artis* e de possibilidades racionais, uma melhor sobrevivência do receptor, pode originar responsabilidades por homicídio doloso ou culposo, segundo os casos.

c) *A mudança de sexo.*

Poucas notícias recebem uma difusão mais estridente na imprensa de nossos dias que as chamadas mudanças de sexo, a que seriam submetidos alguns indivíduos.

Ainda quando na opinião dos médicos tais operações não importam numa verdadeira mudança de sexo, senão que somente permitem definir uma pessoa indiferenciada sexualmente ou pôr em evidência manifesta o verdadeiro sexo de um indivíduo com aparências do contrário, o fato é que mediante tais operações se altera a condição ou aparência sexual que até então havia tido aquele que sofreu a intervenção.

Basta o que ficou dito para advertir que intervenções desta classe não podem ser realizadas sem o expreso consentimento da pessoa afetada. Elas vão transformar inteiramente o gênero de vida que levavam na sociedade e a forma como eventualmente poderiam procriar; exigirão variações em sua documentação pessoal e mudarão de

(10) Ver neste mesmo texto a nota 5.

forma muito importante seu estatuto e suas obrigações legais. Tudo isso requer, como exigência ineludível, dito consentimento expresso.

Seria conveniente, por isso, contemplar um tipo penal que descrevesse e sancionasse atos tendentes a modificar a aparência sexual de um indivíduo ou a defini-la, sem o seu consentimento. Tudo isso aparte das indispensáveis regulamentações que se fariam necessárias em matéria civil.

d) *Fecundação "in vitro".*

De alguns anos para cá, vem-se tentando experiências biológicas, consistentes em provocar *in vitro*, a fecundação de um óvulo humano por um espermatozoide extraído de um homem. Tais experiências têm-se realizado principalmente na Grã-Bretanha e na Itália.

Logrou-se a fusão das células correspondentes e o começo da multiplicação de células, que se segue ao ato da concepção. Porém, o processo deteve-se em poucos dias, porque a gestação de um novo ser humano tem tanta complexidade e requer tantas exigências biológicas que a ciência atual não pode reproduzir em uma proveta, que é impossível ir mais além das primeiras manifestações posteriores a uma concepção normal.

O fato em si significa a realização de um ato no qual um óvulo humano fecundado é levado à destruição, isto é, à sua morte como ente biológico. Este fato é realizado com o fim de obter novos conhecimentos científicos que esclareçam muitos aspectos que a embriologia atual desconhece.

Dêste fato podem derivar numerosas questões de ordem legal. Cingir-nos-emos a duas, que vamos examinar. A primeira é se nesse ato que trará consigo a destruição de um germe de vida humana, que começou a desenvolver-se, ainda que seja em condições inteiramente artificiais, poderia haver responsabilidade por delito de aborto.

Os códigos penais não costumam definir o delito de aborto, mas de modo mais ou menos uniforme admitem os juristas que tal delito se comete quando se destrói um feto humano. Porém é evidente que a destruição ou a morte do feto humano, que está subentendida no tipo de aborto, é aquela que se realiza mediante ação sobre o corpo da mãe. O contexto das disposições, seus antecedentes históricos e seu sentido geral assim o demonstram. Por conseguinte, não se poderia perseguir por delito de aborto ao cientista que faça experiências desta ordem.

Mas, há um segundo aspecto. É ilimitada a possibilidade de ação no aspecto de investigação científica? Pode ela desenvolver-se sem respeito a valores tão altos como uma existência humana em germe? Tudo isto nos apresenta um problema difícilíssimo, que abarca aspectos éticos e jurídicos de grande envergadura e que a lei não deve deixar ao livre critério de cada um.

Nossa conclusão, por conseguinte, é que a lei positiva deve resolver a questão, e dispor todas as garantias a um valor tão alto, como é um germe humano, sem impedir as possibilidades do progresso científico.

e) *Os anticoncepcionais.*

Poderá parecer estranho que num estudo sobre as repercussões penais de alguns progressos técnicos em matéria biológica, mencionemos os anticoncepcionais. Não se trata de uma opinião, que já exteriorizamos (11), acerca de que seu uso voluntário pudesse ser considerado, por si mesmo, como ilícito ou digno de sanção legislativa. O que agora queremos examinar é um aspecto bem diverso, ligado à existência, na quase totalidade das legislações, do tipo penal de aborto, ainda que praticado com o consentimento da mulher.

Porque há determinados anticoncepcionais que parecem exceder ao que o seu nome indica e que, mais do que impedir a fecundação do óvulo, o que fariam seria impedir que o óvulo já fecundado se implantasse no útero feminino para continuar sua gestação, como deve ocorrer em toda gravidez normal.

A questão surge especialmente com certos tipos de dispositivos intrauterinos, destinados a operar mecanicamente, deixando escorregar o óvulo para o exterior. Tal é o caso dos anéis uterinos, principalmente.

Como a generalidade das legislações penais não descreve detalhadamente o tipo de aborto, pois se limitam a mencionar o indivíduo que pratique um aborto ou o que dê morte a um feto, fica impreciso legalmente o momento inicial em que pode existir a ação abortiva ou em que se entenda que já há um feto. MEZGER expõe opinião muito seguida, pensa que há feto (e, por conseguinte, aborto) desde o momento "em que o óvulo feminino é fecundado pelo sêmen masculino, no ventre materno" (12).

Os dispositivos intrauterinos a que nos referimos, têm um efeito que a ciência todavia ainda não esclareceu plenamente, mas que parece operar sobre o óvulo já fecundado, seja fazendo-o passar à cavidade uterina de forma demasiado rápida e num momento em que não está apto para a nidificação, seja levando-o a um útero que ainda não está devidamente preparado para permitir a implantação do óvulo fecundado. Como resultado disto, o óvulo seria expulso do ventre materno depois de fecundado e, conseqüentemente, destruir-se-ia um germe biológico apto para originar uma nova vida humana.

Daí que na opinião de alguns estudiosos, estes dispositivos intrauterinos, não seriam precisamente "anticoncepcionais", posto que não

(11) Ver EDUARDO NOVOA MONREAL, *Qué Queda Del Derecho Natural?*, Editorial Dapalma, Buenos Aires, 1967, pág. 254.

(12) EDMUNDO MEZGER, *Derecho Penal, Libro de Estudio*, Parte Especial, tradução do Dr. Conrado Finzi, Editora Bibliográfica Argentina, 1959, pág. 57.

impediram a concepção, mas, sim, obstaculizariam a nidação de um óvulo já fecundado, unidade biológica independente, mesmo que necessitada de implantação no útero para seu normal desenvolvimento. Tratar-se-ia, por conseguinte, de verdadeiros "microabortivos" (13).

É desnecessário assinalar a importância de que a lei penal precise com mais exatidão seus conceitos no que diz respeito ao aborto, diante desses novos meios técnicos para impedir a gravidez, determinando se o conceito tradicional de aborto se aplica ou não a estes "microabortivos".

V — *Progressos no domínio e utilização de novas formas de energia e desenvolvimento do maquinário, a eletrônica e as técnicas que permitem inesperados efeitos do operar humano.*

a) *Desenvolvimento da Maquinaria.*

O aproveitamento de novas formas de energia natural que são dominadas pelo homem e postas a seu serviço, multiplicou de uma maneira surpreendente as possibilidades e a potencialidade do operar humano. O aperfeiçoamento de mecanismos cada vez mais complexos, que permitem utilizar com máximo proveito ditas energias, traduziu-se no mundo atual num aumento incrível de toda classe de máquinas, especialmente aquelas que têm utilização para a indústria e para o transporte (para não nos referirmos às de aplicação bélica).

O homem introduziu-se, deste modo, por obra de seu próprio engenho, num mundo em que operam forças, que mesmo dominadas por ele, às vezes, se descontrolam, e se movem constantemente e por todas as partes, artifícios poderosos, capazes de causar a morte ou graves danos corporais aos homens.

Tudo isso faz com que os encarregados do manejo dessas máquinas, e os que se servem delas, devam ter um especial cuidado em sua operação e em seu bom funcionamento e que surja ante o direito a possibilidade de que falem a seu dever de cuidado, com grave risco para eles mesmos e para os demais. Também, o direito pode tratar de prevenir danos tipificando determinadas condutas que se consideram como capazes de pôr em perigo a vida ou a integridade das pessoas ou, em certos casos, até de certos bens materiais.

Para o Direito Penal esta nova situação tem exigido uma maior atenção à culpa, como espécie de culpabilidade, aos delitos culposos e aos delitos de perigo (14). Um notável aperfeiçoamento da noção de

(13) Ver EDUARDO NOVOA ALDUNATE, *El Comienzo de La Existencia Humana Y Su Protección Jurídica*, Editora Jurídica do Chile, 1969, cap. 3.º, § 3.

(14) A importância cada dia maior destes delitos pode ser apreciada pela simples consideração de que os delitos culposos foram um dos temas do VIII Con-

culpa, com uma progressiva especificação de seus diversos graus e espécies, e um avanço teórico, embora distante de uma desejável meta, a respeito dos delitos de perigo, têm sido os resultados mais imediatos.

Os fatos puníveis concernentes à circulação de veículos, especialmente terrestres, exigiram em razão de seu notório incremento, medidas especiais de política criminal, de maior intervenção da técnica em sua investigação e prevenção, e de legislação repressiva mais aperfeiçoada. Outro tanto poder-se-ia afirmar dos fatos atentatórios à vida e à integridade humana que derivam do não cumprimento de normas sobre a segurança industrial e sobre atividades científicas ou técnicas perigosas.

b) *Produção, conservação e comercialização em massa de artigos alimentícios.*

O homem de hoje consome quase exclusivamente produtos alimentícios que foram objeto de uma elaboração industrial, em maior ou menor medida. Esses produtos se guardam mediante procedimentos que em certos casos arriscam alterar sua aptidão para o consumo. Sua distribuição através de organizações extensas exige precauções especiais para mantê-los em ótimas condições e fazê-los chegar nas melhores condições de higiene ao consumidor.

Todo esse sistema pode dar origem a que, por defeitos das matérias empregadas, por vícios de elaboração, por procedimentos de conservação inadequados ou por distribuição que não se ajuste às regras de higiene, sofra a saúde e, às vezes, até a vida do consumidor. Daí a grande importância que adquirem os delitos que se chamam contra a saúde, entre os quais adquirem relevo particular os delitos de perigo e os culposos, que podem ser cometidos em relação com as substâncias alimentícias.

Em lugar secundário dentro deste plano, porém não em grau que justifique um silêncio a seu respeito, acham-se os delitos de adulteração de marcas e os de aproveitamento do prestígio de certas marcas.

c) *Utilização de meios de difusão de idéias e imagens; o grande desenvolvimento do rádio e da televisão.*

Praticamente, todos os homens estão sob o influxo destes meios, que alguns denominam meios modernos de comunicação social. Substituída a imprensa escrita pela falada e pelas imagens, nem os alfabetos subtraem-se a seu efeito. A forma como se leva a cabo esta difusão, seu alcance e a maneira como dela se dispõe, fazem, ademais, com que penetre em todos os lugares.

gresso Internacional de Direito Penal, em Lisboa, em setembro de 1961 e que os delitos de perigo foram um dos temas do X Congresso da mesma classe, que se realizou em 1969, em Roma. Tudo sem se levar em conta o número sempre crescente de obras jurídicas dedicadas aos delitos culposos e aos delitos de perigo.

Dêste modo, as organizações publicitárias e de propaganda, postas ao serviço de certos interesses, adquirem um poder extraordinário, que lhes permite moldar aspirações, gostos e até costumes em extensos grupos humanos. Como tais organizações são constituídas geralmente com fins comerciais, surge o perigo de fraude em massa, as quais, ainda que somente originem prejuízos reduzidos a cada vítima em particular, pela forma multitudinária em que se organizam, permitem alcançar imensas vantagens ilícitas àqueles que as preparam (15).

Contra esta classe de fraude os tipos delituosos tradicionais sobre estelionato, fraude ou engano, não resultam eficazes. Nenhum particular se interessa individualmente por persegui-los, nem por prová-los; sua indagação judicial, considerando-os como um acúmulo de pequenos delitos, é confusa e ineficaz. Mas, considerando-os como problema social de conjunto, originam a existência de grupos poderosos e organizados, que podem acumular enormes ganhos fraudulentos. Ainda que se provassem suas fraudes, considerando cada um isoladamente, tampouco a pena poderia alcançar a proporção devida à gravidade social desta classe de atentados. Desta maneira, enquanto não se constituam tipos novos de delito, destinados a conter essas fraudes de massa, as penas que hoje se lhes aplicam, especialmente de ordem pecuniária, não constituirão para estas organizações ilícitas senão um risco econômico a mais que as grandes vantagens do negócio absorvem foladamente.

Entram nestes casos as "empresas" de vendas de terrenos para construir casas, que cobram o preço e não outorgam título de propriedade, as vendas de artefatos de uso doméstico defeituosos ou de qualidade inteiramente inferior à anunciada, etc.

- d) *Captação técnica de sons e imagens, por meio de instrumentos simples, portáteis, de ação rápida e de fácil manejo, capazes de cobrir certas distâncias.*

Aparelhos fotográficos e de filmagem e gravadores magnetofônicos entram neste grupo. Todos eles permitem a qualquer um invadir a vida privada de quem quer que seja, muitas vezes sem que a pessoa afetada o pressinta.

Atitudes ou palavras íntimas, não destinadas à divulgação e nem sequer a ser conhecidas por ninguém mais, podem ser captadas, conservadas e difundidas à vontade.

(15) Certamente não nos referimos com estas palavras aos meros excessos de propaganda, que numa forma socialmente tolerada exageram as qualidades do produto oferecido. Sobre este ponto poder-se-á ver, com maior extensão, a obra *El Delito de Estafa y sus Relaciones con los Contratos Civiles y Comerciales*, que temos em preparação.

Com isso produz-se, de um lado, uma invasão à vida privada do ser humano e, por outro, facilitam-se atentados contra a sua dignidade. Chantagem, violação de segredos, difamação e outra série de fatos que importam numa evidente violação de um dos mais essenciais direitos do ser humano, como é o reconhecimento de sua dignidade e o respeito a sua intimidade, podem ocorrer.

Na prática os preceitos penais tradicionais centralizam-se principalmente na proteção do que se costuma chamar "a honra" das pessoas, porém, geralmente, se revelam insuficientes para os fatos que antes mencionamos e propiciam fáceis esquivas por parte de seus autores.

VI — *Modificações nas valorações culturais e éticas da Sociedade.*

a) *A derrubada do tabu sexual.*

Tem sido principalmente o rechaço de velhos valores, realizado com decisão pela juventude moderna, com maior acerto umas vezes e com menor outras, o que mais tem contribuído para deitar por terra uma errônea conceituação ética, que centralizava sua preocupação no corpo humano e nas funções genésicas, para reprovar quase tudo o que a eles se refere. Trata-se dessa antiga moral "da cintura para baixo" — dedicada a impor um hipócrita silêncio sobre tudo o que é concernente ao sexo e à vida sexual, o que dava origem a muitos males, que poderiam ter sido corrigidos e que deixava no esquecimento aspectos morais muito mais importantes, preteridos em favor dessa exagerada deformação do sexual.

Os passos que a humanidade tem dado a respeito nos anos mais recentes têm sido rápidos e de grande alcance.

Esta tomada de posição diversa frente ao sexo traz muitas consequências, no âmbito penal. As noções de moralidade pública, obscenidade, pornografia, bons costumes e escândalos, experimentam indubitável alteração. Um corpo humano em grande parte descoberto ou mesmo totalmente desnudo, não se tem, por si só, como algo cuja exibição possa originar inculpações por atentados dessa espécie. Especifica-se melhor a obscenidade como algo tendente a atingir o respeito para com nobres funções humanas e a pornografia, como manifestações que buscam provocar excitação erótica, liberar incontrolláveis instintos ou desviar inclinações normais, com dano social, em especial, dos adolescentes.

b) *Acentuação do respeito à dignidade da pessoa humana.*

É indubitável que a humanidade, através de nutridas e dolorosas provas que podemos ainda em parte observar, vem afinando gra-

dualmente um elevado conceito da dignidade humana. Ninguém se satisfaz agora com garantias externas a liberdades individuais de molde em que a cada cidadão se reconhece uma cota de um princípio libertário muito impessoal, principalmente para deambular livremente para expressar suas idéias. A cada dia progride o conceito de que cada homem tem dentro de si um santuário inviolável que não somente deve ser protegido em suas possibilidades de verter-se para o exterior, como também, em sua manutenção como vida interior autenticamente pessoal, fiel à individualidade em que se gera, inseparável e intransferível da pessoa, resguardada de toda intromissão vinda de fora e que procure penetrá-la sem seu consentimento ou que procure alcançá-la por qualquer maneira.

Daí que o emprêgo de procedimentos especiais, de caráter técnico, químico ou psicológico, que intentam modificar a personalidade de um homem, seja para abolir a sua vontade, ou para eliminar sua memória, ou para incorporar nela idéias alheias àquelas que espontaneamente admitia são repudiadas pelo direito atual. As chamadas "lavagens cerebrais", e, em geral, todos aqueles atos que de qualquer forma procuram despersonalizar um ser humano, total ou parcialmente; seja para modificar em alguns aspectos suas reações psíquicas, seja para alterá-las radicalmente, devem ser prescritos juridicamente e sancionados penalmente.

Outro tanto pode-se dizer daquelas ações que intentam dar a conhecer a outros, sem vontade do interessado, os pensamentos ou manifestações de qualquer classe que êle não queira revelar, salvo que se proceda com fins terapêuticos. Por isto é que máquinas ou procedimentos que procuram obter de outro indivíduo, mesmo acusado criminalmente, a manifestação daquilo que êle realmente sabe ou recorda, sem sua plena vontade, ficam também reprovados. Os chamados "detentores de mentira" e os procedimentos hipnóticos ou por meio de drogas, a que muitas vezes se recorre ou se propõe recorrer, devem ser rechaçados.

A intimidade do ser humano, enquanto somente a êle corresponde decidir sobre o que quer dar a conhecer daquilo que existe em sua interioridade psíquica, deve ser, igualmente, muito bem salvaguardada. Por isso, antes havíamos manifestado, tratando de certos meios técnicos que são capazes de surpreender palavras, atos ou gestos não premeditados ou manifestações em ambiente privado, para sua posterior difusão, que atentavam contra a vida privada do ser humano, aspecto importante de sua dignidade como tal.

As legislações penais começam a ocupar-se em estabelecer preceitos que tendam a sancionar fatos como os assinalados, que constituem sérios atentados à dignidade da pessoa humana.

Muitas outras novidades do mundo atual poderiam ser mencionadas em sua relação com uma necessária revisão ou complementação das legislações penais. O perigo da radiação atômica, por exemplo,

acolhido nas disposições do último código brasileiro; o seqüestro de aviões; a utilização de drogas que constituem para muitos insatisfeitos com as formas de vida atuais, uma maneira artificial de evasão ou de ativação extrema de certas funções psíquicas; logo o traslado de um cidadão a lugares extraplanetários contra sua vontade.

A especificação poderia ser muito extensa. Porém, um mínimo de sistema em sua exposição induz-nos a conformar-nos, por ora, com o exposto.

CRIMINOLOGIA E DIALÉTICA

2.^a Parte

ROBERTO LYRA FILHO

No final da primeira parte, destaquei a criminologia crítica de NAGEL. A proposta, aqui fundamentada, é a criminologia dialética, em que aquela se consuma. No encaminhamento do debate, creio haver provado, de início, que as relações entre nossa disciplina e o direito penal não de buscar suas raízes dentro do exame duma filosofia jurídica, em correlação com a antropologia filosófica, já esboçada. Nesse exame, ficou, também, ressaltado que, antes de mais nada, é preciso clarificar o próprio conceito de direito cujas ambigüidades se refletem no de crime. Daí arranca a criminologia dialética: e eis o que pretendo demonstrar, agora.

A noção de crime está obviamente ligada à de Direito; mas, quando aprofundamos a análise emerge uma verificação surpreendente. Os criminalistas, salvo algumas raras exceções, mostram-se pouco familiarizados com o que se vem realizando, na filosofia jurídica e até na teoria geral do direito (1). Aliás, mesmo os que tran-

(1) Emprêgo e expressão, no sentido duma disciplina intermediária, em parte atinente à filosofia jurídica e, em parte, relativa à chamada ciência do direito, a que a teoria geral serve, mediante a sistematização de métodos e conceitos operacionais. ROBERTO LYRA FILHO, *Teoria Geral do Direito*, Brasília, UnB, 1970, edição mimeografada. Sobre o assunto, E. B. PASUKANIS, *La Théorie Générale du Droit et le Marxisme*, Paris, Études et Documentation Internationales, 1970, p. 37. Quanto às vicissitudes da teoria geral do direito, ver, e.g., LUIGI BAGOLINI, *Visioni della Giustizia e Senso Comune*, Bologna, Il Mulino, 1968, sobretudo pgs. 221 e segs.; MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1969, vol. 2, ps. 514 e segs.; LUIS RECASÉNS SICHES, México, Porua, 1959, ps. 160 e segs. Não é possível discutir aqui, adequadamente, a questão da chamada "ciência normativa" do direito. Ver, a propósito, G. SAROTTE, *Le Matérialisme Historique dans l'Étude du Droit*, Paris, Les Études du Pavillon, 1969, ps. 21 e segs.; GEORGES KALINOWSKI, *La Querelle de la Science Normative*, Paris, L.G.D.J., 1969, *passim*; NICOS POULANTZAS, *Nature des Choses et Droit*, Paris, L.G.D.J., 1965, *passim*.

sitam, desembaraçadamente, nessa área, não parecem dispostos a purgar a mora, fazendo os necessários reajustamentos internos da doutrina. Por outras palavras, a reflexão teórica mais ampla não chega a ser domesticamente atuante, no direito penal, e o capítulo das relações dêste último com a filosofia jurídica, mesmo quando frontalmente encarado, termina, via de regra, com apêlo a velhas metafísicas de vário estilo (como é o caso, por exemplo, do eminente BETTIOL) (2) ou suas alambicadas aplicações. Destas resulta um obscurecimento ainda maior do assunto. Assim acontece, a meu ver, na obra, sem dúvida importante, de WELZEL (3), cuja influência, aliás, retardada, pesa, hoje, sobre muitos especialistas latino-americanos. O mestre de Bonn tem, no Chile, alguns de seus mais talentosos discípulos, como JUAN BUSTOS (4) e ENRIQUE CURY URZUA (5), entre outros (6). A obra dêstes é densa e valiosa, não em virtude, mas apesar, da filiação.

Diante da herança dos positivismos filosóficos do século XIX, criando obstáculos para a compreensão do verdadeiro sentido das interferências interdisciplinares, a oposição dogmática do positivismo jurídico (7) esgotou-se num tecnicismo estéril, a que não traz remédio a reedição da filosofia tradicional (8). Esta é completamente inadequada para a tarefa, sempre necessária ao cientista, de meditar sobre pressupostos e resultados do seu afazer (9).

Por outro lado, as dificuldades aumentam, quando se considera que a teoria geral do direito foi, em grande parte, construída com materiais extraídos ao direito privado e afeiçoados à ótica peculiar dos civilistas — o que fica bem patente, por exemplo, na utilização,

(2) Ver GIUSEPPE BETTIOL, *O Problema Penal*, Coimbra, Coimbra Editôra Ltda., 1967, ps. 15-44.

(3) Ver HANS WELZEL, *Das Neue Bild des Strafrechtssystems: Eine Einführung in die Finale Handlungslehre*, Göttingen, Verlag Otto Schwarz & Co., 1961, *passim*.

(4) Ver JUAN BUSTOS, *Culpa y Finalidad*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1967, *passim*.

(5) Ver ENRIQUE CURY URZUA, *Orientación para el Estudio de la Teoría del Delito*, Valparaíso, Edeval, 1969, *passim*.

(6) Não há lugar, aqui, para uma discussão minuciosa das posições de WELZEL. Sobre o assunto, ver a síntese de BIAGIO PETROCELLI, *Saggi di Diritto Penale*, Padova, Cedam, 1965, ps. 81 e segs.

(7) Refiro-me ao positivismo jurídico, sob certo ângulo oposto ao positivismo filosófico. Em termos jurídico-penais, aquela orientação, como se sabe, é chamada, de preferência, tecnicismo jurídico, para distingui-la da escola positiva, esta, sim, ligada à escola filosófica positivista.

(8) Alguns autores, aliás, oscilam, até contraditoriamente, entre o tecnicismo dogmático e essa filosofia tradicional, como, por exemplo, BIAGIO PETROCELLI. Veja-se, neste sentido, os *Saggi* cit., ps. 178 e 95, para o contraste entre certas postulações feitas em linha de princípio, no âmbito filosófico-jurídico e os cortes sumários de aderência estrita ao direito legislado.

(9) Sobre o assunto, ARMAND CUVILLIER, *Partis Pris*, Paris, Armand Colin, 1956, ps. 53 e segs.

como fundamentais, dos conceitos de obrigação e prestação. Aliás, o primeiro grande impulso daquela teoria corresponde, justamente, à era do privatismo burguês, desdenhando, ademais, o estudo dos fundamentos de sua dogmática, ao menos enquanto a chamada “sociedade ocidental” permanecia “firme em suas estruturas”, como assinala MIGUEL REALE (10). A coruja filosófica desperta e voa nas noites da crise dum sistema de “crenças” (11) — já o sublinhava, noutro contexto, o próprio HEGEL.

Aquêle privatismo, entretanto, não impediu que se tentasse uma adaptação e harmonização, no terreno penal, em proveito de sua própria estrutura orgânica e do apuro do elenco de conceitos gerais (12). Neste sentido, são relevantes, por exemplo as contribuições de CARNELUTTI, em que pese o vêzo de originalidade, a todo custo, atingindo proporções fantásticas, sobre o pano de fundo de seus compromissos filosóficos, nitidamente obsoletos (13). Outras tentativas frustradas aparecem, como a de GRISPINI, que trocou o enderêgo do engajamento, sem ganhar em atualidade, e ainda acrescentou um estilo de construção sobrecarregado pelos ornatos rococós (14).

Em qualquer hipótese, parece espantoso que, atualmente, escapem à atenção da maioria dos criminalistas os debates, referentes à natureza e estrutura da norma, à pluralidade dos ordenamentos — e, portanto, à teoria das fontes —, bem como aos novos caminhos da hermenêutica: em síntese, tôdas as investigações sobre epistemologia jurídica e suas implicações ontológicas e axiológicas, de alcance, inclusive prático, no trabalho científico. Obscurece-se a “efetiva continuidade entre a tarefa do filósofo e a do jurista enquanto tal” (15) — e isto atinge, com maior ênfase o direito penal, onde a consciência daquela continuidade ainda não pôde inspirar investigações especializadas, no gênero e ao nível da obra de LARENZ, predominantemente orientada para o direito civil (16).

Esta situação dificulta, extremamente, o estudo das relações entre o conceito de crime, em criminologia e direito penal. Vimos

(10) MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1968, ps. 16 e segs.

(11) O termo — crenças — é empregado, no texto, em sentido orteguiano. Ver JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, Madrid, Revista de Occidente, 1964, vol. V, ps. 383 e segs.

(12) Ver, a propósito, EDUARDO B. CARLOS, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Buenos Aires, Europa-América, 1959, ps. 21-22.

(13) Ver FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho e Teoría General del Delito*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1941, *passim*.

(14) Ver FILIPPO GRISPINI, *Diritto Penale Italiano*, Milano, Giuffrè, 1947, *passim*.

(15) MIGUEL REALE, *O Direito como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1968, ps. 227 e segs.

(16) Ver KARL LARENZ, *Methodenlehre des Rechtswissenschaft*, Berlim, Springer, 1960, *passim*.

que aquela é, no momento, muito influenciada pelo formalismo sociológico, mas não se pode afirmar que seja mais saudável o influxo do formalismo jurídico. A adoção deste último importa, aliás, numa espécie de anacronismo, pois a vanguarda filosófica está assinalando rumos decididamente anti-formalistas, cujas repercussões, na doutrina penal, se revelam contudo, fragmentárias, lentas e, muitas vezes, inconscientes das implicações teóricas de suas postulações. Exemplo disto é o debate sobre a chamada antijuridicidade material — um conceito encaixado, à força, para garantir a abertura do sistema, dito positivo, e que ganharia outra feição e relêvo, quando ligado às diferentes perspectivas já exploradas pela filosofia jurídica. É por essa razão que o tema define, às voltas com defesas e impugnações, frequentemente estéreis, de que não escaparam, sequer, as colocações feitas por juristas do porte dum ALDO MORO (17). Uma resenha muito erudita do *status quaestionum* encontra-se em notável ensaio de HELENO FRAGOSO, que admite, ao menos quanto às discriminantes, aquela antijuridicidade material, “com todas as suas implicações” (18). A posição é, portanto, francamente antiformalista e a hostilidade que manifesta à idéia da antijuridicidade material, “para a incriminação de fatos”, advém, não de estreito tecnicismo, porém de uma coerente e respeitável defesa de princípios filosóficos, ligados à sua respeitável e coerente atitude liberal.

É que, no direito penal, o tema se torna ainda mais complexo, pois o contraforte do positivismo jurídico pode assentar no chamado princípio de segurança — aqui, reforçado pelas conotações axiológicas da reserva legal. Ela dá por demonstrada a sua validade, enquanto “princípio de preconstituição” (19), sem atentar para as vinculações histórico-culturais a que está sujeita. E assim emerge uma espécie de boa consciência, exibindo opções filosóficas básicas, como se fôsse coisa assente. Num formalista, ademais, parece contraditória a admissão de elemento construtivo anterior e, portanto, de certo modo, superior, à *lege lata* do Estado, que seria o ponto de partida inarredável, tomado como uma espécie de “dado de fato”, na expressão de ANTOLISEI (20). Por esse caminho, a chamada ciência do direito se transforma em operação exegetica e, indiretamente, apologética ou, pelo menos, conformista.

(17) ALDO MORO, *L'Antigiuridicità Penale*, Palermo, Priulla, 1947; ver, especialmente, ps. 135 e segs.

(18) Ver HELENO C. FRAGOSO, *Antijuridicidade*, in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, outubro-dezembro de 1964, ps. 29-46.

(19) A expressão é de MANZINI. Ver ROBERTO LYRA FILHO, *Curso de Teoria Geral do Direito Penal*, Brasília, UnB, 1965, edição mimeografada. Está claro que já reformulei muitas posições aí defendidas.

(20) FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale — Parte Generale*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 17. Segundo este eminente autor, a ciência jurídica recebe os institutos, legalmente definidos, como “dados de fato, e se propõe, principalmente, a descrevê-los com a maior exatidão, na sua estrutura e função”.

Ora, a dialética da segurança e da justiça não é tão simples, nem admite o endeusamento sumário da certeza do direito, para fins que, em última análise, traem o próprio objetivo. Os criminosos, indiscutivelmente criminosos, nazistas, no Tribunal de Nuremberg, procuraram acobertar-se, com a alegação de que estavam sendo julgados, segundo lei *ex post facto*, isto é, voltaram contra ele próprio o lado formal do princípio liberal-democrático, se não a sua efetiva garantia, e justamente no ponto mais autêntico e vital: a defesa dos direitos do homem, diante do genocídio. Por outro lado, RADBRUCH já sugeria que, tomando-se apenas a segurança, como valor inerente à justiça, à lei irremediavelmente injusta termina por gerar “uma pugna da justiça consigo mesma” (21). A defesa do formalismo, a título de segurança, cai na armadilha da pura formalização, transformada em critério de legitimidade, e portanto, leva à aceitação de todo direito formalizado como *eo ipso* legítimo, desde que convenientemente legislado. A teoria, chamada pura, do direito deu a isto a máxima expressão lógica, no mecanismo formal de derivações, a partir da “norma fundamental”, que só a força garante. Sem desrespeito a Kelsen, é inegável que, para transformar essa teoria, de pura em prostituída não é preciso, sequer, o tradicional mau passo, já admitido, francamente, em linha de princípio. O direito, na visão kelseniana, é simples técnica de se organizar a *loi du plus fort*, como se fôsse la *meilleure*, ou indiferente a que o seja.

ROBERTO LYRA trata do assunto, *en passant*, a propósito da repulsa à aplicação analógica, em nome duma segurança, iludida com garantias formais (22). Que insegurança maior pode haver do que a clamorosa injustiça, formalizada em lei e, ademais, sem meio de impugnação, depois de se tomar a formalização como intocável fonte de segurança e, *portanto*, de “justiça”? Nas antinomias de RADBRUCH, seria trocado o caos da indeterminação do direito pela reverência ante os eventuais editos dum paranóico (23) — situação dramática, de que ele mesmo pretendeu salvar-se, ao fim da vida (24), sem tempo ou vocação para a *Aufhebung*, dados os padrões de sua formação relativista.

Os encontros espúrios do direito penal com a filosofia não puderam render mais do que acenos vagos e contraditórios para o que os formalistas, tendo confinado o direito à norma (e, em certos casos, jurídico-penais, à lei), chamam, depois, de terreno metajurídico. A

(21) GUSTAV RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura, 1948, p. 44.

(22) ROBERTO LYRA, in *Revista Brasileira de Criminologia*, janeiro-março de 1948, ps. 14-16.

(23) Ver MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, cit., vol. 2, ps. 458-459.

(24) Ver GUSTAV RADBRUCH, *Introducción*, cit., ps. 179-180. Ver, também, GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, Coimbra, Armenio Amado, 1953, vol. 2, ps. 219-222.

verdade é que a limitação ao imperfeitamente chamado direito positivo (25) carrega, sempre, algum contrabando filosófico — a começar pela redução do direito ao seu aspecto formal, o que já esboça uma ontologia implícita, embora da pior qualidade. Trabalhando às cegas, o formalismo termina inspirando conselhos semelhantes àquêle de ANTOLISEI, que vedaria aos juristas um exame “demasiadamente” aprofundado da justificação dos institutos... (26).

A única via, portanto, é uma retomada, por assim dizer, *da capo*, de todo o problema, a partir da esfera do jurídico, embora com perfeita consciência das dificuldades da tarefa e sem a pretensão de liquidar o debate. O exame é, em qualquer hipótese, imprescindível, pois só êle ensejaria a focalização posterior do conceito de crime, evitando-se o risco de formalismo.

É evidente que direito e crime não representam noções unívocas e a *Aufhebung* necessária, para enquadrá-las, está no plano de interferência dos saberes filosófico, científico e técnico, sob pena de nos contentarmos com simples jôgo de palavras, isto é, “som e fumaça” (*Schall und Rauch*) (27). Doutra maneira, a extrapolação, de disciplina a disciplina, carregaria as mesmas antinomias, que cumpre superar, e aumentaria a perplexidade do criminólogo, transformada em recepcionista confuso.

O preço que se paga pelo abandono dessa tarefa de classificação resulta óbvio na obra de eminentes autores, como, por exemplo, PAUL W. TAPPAN. Vale a pena demonstrá-lo, porque é um caso típico. Esse autor pensa ter resolvido o problema dizendo que o crime “deve ser definido bem precisamente e de acôrdo com as formulações explícitas da legislatura”, sem concessão a outras modalidades de comportamento anti-social ou ao que “deveria ser incriminado” (28).

A nossa primeira impressão é de espanto, ao encontrar tal observação num americano, pois os Estados Unidos da América não têm uma formação jurídica essencialmente “codificante”, como a Europa continental, seguindo as tradições ilhoas da Inglaterra. Ora, na realidade, aqui se trata, em grande parte, dum *judge-made law*, mais

do que aderência aos recortes nítidos da “legislatura”. Como nota RADBRUCH (29), a recepção do elemento consuetudinário geral (*common law*), em oposição aos costumes locais, recobre a criação dum direito nôvo, que vincula, pelos precedentes, qualquer caso análogo. Assim é que o humorista GILBERT pôde traçar a sua famosa sátira dum *Trial by Jury*.

Ademais, o espanto aumenta, se juntarmos, a essa remissão histórica, a diversidade dos direitos penais americanos, de âmbito *estadual*. O próprio código penal-módulo, do *American Law Institute* admite, aliás, a rejeição de infrações *de minimis*, entre as quais estão as admitidas por “tolerância ou licença costumeira” ou que apresentariam discriminantes tais que “não se poderia razoavelmente considerar que a legislatura as houvesse previsto, ao incriminar a conduta” (30). Por outro lado e independentemente da lei, já alguns tribunais absolvem, de fato, os acusados a que foram imputadas condutas que “o juiz *acha* que não são efetivamente criminais” (31), como adultério, jôgo de azar trivial e homossexualismo consensual, entre outros. Isto, *a despeito* da incriminação formal, numa tendência ao *freies Recht* e com todos os perigos de subjetivismo que sòmente uma fundamentação *objetiva* de padrões de ilegitimidade ou ineficácia da norma legal poderia eliminar.

É verdade que TAPPAN fala também no crime como conduta definida “pela legislatura e pelos tribunais” (32), porém o que não se entende é como, diante de tal oscilação (direito penal estadual e criações judiciais), a criminologia ficaria bem servida de critérios firmes, evitando as “frouxas abstrações” e os “juízos minoritários de valor” (33), que o criminólogo deseja proscrever. Desde o avanço, no início do século, da *Sociological Jurisprudence*, o direito americano se volta para a tentativa do entrosamento entre ordem legal e ordem social (34). Afastar, portanto, a visão sociológica da conduta aberrante ou anti-social, como pretende TAPPAN, para cortar o desenvolvimento livre do conceito de *white collar crime*, é esquecer que precisamente juristas e tribunais, há muito, dão ênfase à abertura. Essa tendência antiformalista, no sentido jurídico, tem, é claro, o defeito de devolver o problema ao formalismo das chamadas teorias do consenso, que predominam na sociologia americana (35). Mas, em todo o caso, a posição de TAPPAN, voltando as costas aos sociólogos, cria, nesse

(25) A respeito, ver a crítica de ROUBIER, esposada por SAROTTE, *Le Matérialisme*, cit., p. 93, nota 22. Mais *positivo* é o aspecto da *eficácia* do direito, isto é, a efetiva regência, de fato, das relações intersubjetivas, que pode corresponder, ou não, à formalização: a norma pode ser formalmente *vigente*, mas *ineficaz*. No sentido da eficácia, é que EDUARDO GARCIA MAYNEZ, por exemplo, fala em direito “positivo” (Ver *La Definición del Derecho*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1960, ps. 101 e segs.).

(26) Ob. e loc. cit.

(27) *Namen sind Schall und Rauch*, nota ALFRED WEBER, no limiar de uma elucidação do conceito de Sociologia (*Einführung in die Soziologie*, München Piper & Co., 1955, p. 9). Aqui também parece indispensável, quanto ao direito, um aprofundamento daquele *weiten Sinn der sich aus dem Ursprungsproblem ergibt*.

(28) *Crime, Justice and Correction*, New York, Mac-Graw-Hill, 1960, p. 10.

(29) *Introducción*, cit., p. 70.

(30) Ver DONALD J. NEWMAN, *Conviction: The Determination of Guilt or Innocence Without Trial*, Boston, Little, Brown & Co., 1966, ps. 148-149.

(31) NEWMAN, ob. cit., p. 148.

(32) Ob. cit., p. 7.

(33) Ob. cit., p. 10.

(34) Ver JULIUS STONE, *Law and the Social Sciences*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1966, *passim*.

(35) Ver GEORGES BALANDIRE in *Sociologie des Mutations*, Paris, Anthropos, 1970, p. 14.

ponto, um círculo vicioso, pois, êle recorre aos juristas, que estão muito entrosados com a chamada jurisprudência sociológica e o que sai por uma porta, entra pela outra. Basta conferir, a respeito, o monumental levantamento de JULIUS STONE (36). O fato de que a sociologia americana opere dentro dos parâmetros e segundo os modelos, ditados pela matriz ideológica dominante (37), é outro aspecto, que não ampara o formalismo jurídico; apenas, desmoraliza o formalismo sociológico também, e mostra que, nêle, tôda mudança tende a ser apreendida como ruptura “decorrente de empreendimentos, de alguma forma, apocalípticos” (38). É o vêzo conservador, que repetidamente acentuei, no primeiro capítulo dêste trabalho e que a sociologia das mutações vem procurando transfigurar, com o exame objetivo das “condutas renovadoras e contestantes” (39), ao nível do próprio sistema, radicalmente pôsto em questão. Aliás, é justo assinalar que essa preocupação já atinge u’a minoria de escola da própria sociologia nos Estados Unidos da América, à medida que as contradições, atualmente muito aguçadas, da estrutura onde se acha imersa, tendem a facilitar a conscientização do processo, em termos críticos. Esse “crítico científico” (40), todavia, desenvolve-se, com mais desembaraço, fora dos padrões rotineiros daquela sociologia ianque, cuja tradição de ingenuidade filosófica atrapalha muitos autores bem intencionados, a exemplo do honesto e corajoso WRIGHT MILLS (41).

O caminho atual da sociologia crítica, acentuando o retôrno reflexivo sôbre pressupostos e resultados da investigação empírica, estabelece aquêle encontro de filosofia e ciência, já registrado, aqui, com apôio nos estudos de THEODOR ADORNO e MAX HORKHEIMER (42). Há pouco, JEAN DUVIGNAUD repetia que, ou a teoria sociológica passa a nutrir-se com o questionamento radical, ou define no “tecnicismo pedante” e na “burocratização” (43) isto é, como eu preferiria dizer, do meu ponto de vista — dialetiza-se ou morre. Hoje, a teoria sociológica há de ser crítica sociológica, para evitar aquelas “cristalizações intelectuais”, que nos Estados Unidos da América assumiram o

(36) *Social Dimensions of Law and Justice*, London, Stevens and Sons Limited, 1966, *passim*.

(37) Ver BALANDIER, ob. cit., loc. cit.

(38) *Ibidem*.

(39) *Ibidem*.

(40) *Ibidem*.

(41) A contaminação do pragmatismo e do instrumentalismo, a todo instante, cria limitações para êsse eminente sociólogo, cuja escassa familiaridade com a problemática filosófica mais requintada, de timbre europeu, constitui outro obstáculo fundamental. Apesar disso, é claro, são muitas, e excelentes, as suas intuições; e, em todo caso, a óbvia tentativa de libertar-se dos padrões acadêmicos “oficiais” torna-o extremamente simpático a um pensamento mais avançado.

(42) Ver ADORNO e HORKHEIMER, *Sociologia*, Madrid, Taurus, 1966, notadamente ps. 9 e segs. e 273 e segs.

(43) in *Sociologie des Mutations*, cit., p. 63.

aspecto de “instituição”, influenciando, inclusive, certas direções europeias. Como diz, incisivamente, DUVIGNAUD, as “ideologias sociológicas contemporâneas (estruturalismo, lingüística estrutural, matematização e formalizações) são outras tantas manifestações de marca passo e cadaverização” (44). É óbvio, entretanto, para evitar simplismos, que essa condenação as atinge, enquanto organizações intelectuais tendentes a estabelecer determinadas antropologias filosóficas implícitas, sem prejuízo do valor ou aproveitamento de alguns dos elementos de suas operações ou metodologia, desde que melhor focados. Neste sentido é que se revela muito equilibrado o juízo de BAUMAN sôbre a obra de LÉVI-STRAUSS (45). A ontologia sociológica dêste é irremissivelmente idealista — o que não desqualifica, *eo ipso*, tôdas as suas contribuições científicas em concreto, embora comprometa a direção geral da obra e inspire grandes reservas, quanto a muitas etapas e resultados de sua construção.

Os formalismos sociológico e jurídico, debaixo da oposição periférica, mantêm um ponto ideológico de afinidade. Aí se desvendam o medo e as reações, mais grosseiras ou mais sutis, diante duma realidade social em transformação, que vem ameaçar a tranqüilidade do mundo acadêmico e a cultura a que êle tem servido, até êste momento de abalo e contestação.

Uma sociologia atualizada, há de manter em vista as grandes hipóteses teóricas mais arriscadas, retemperando-as na *praxis* (para evitar a alienação) e na crítica (para evitar o dogmatismo bruto da ação cega). Doutra forma, voltaríamos ao empirismo rasteiro, alimentado pelas famosas teorias de médio alcance, cuja índole é conservadora (46) e, em última análise, acarretam uma opção filosófico-social, no endeusamento da homeostase, para servir, consciente ou inconscientemente, às situações constituídas. O que não pode ser evitado é o nôvo dinamismo do trabalho empírico, de acôrdo com reorientações teóricas dialetizadas.

O grande *parti-pris* antifilósofo dos empiristas puros está condenado; mas também se desmascara, assim, o tipo de filosofia idealista, que se deixa ancilosar na reedição das velhas metafísicas ou nas cartilhas do marxismo preguiçoso, a que se referia SARTRE (47).

(44) *Ibidem*.

(45) Ver ZYGMUNT BAUMAN, *Marx and the Contemporary Theory of Culture*, p. 492, in UNESCO, *Marx and Contemporary Scientific Thought*, The Hague Mouton, 1969.

(46) Ver KÁLMAN KULCSÁR, *Ricerche di Sociologia del Diritto in Ungheria*, in RENATO TREVES, org., *La Sociologia del Diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1966. KÁLMAN admite a *middle range theory* como “ponte entre os dados empíricos e a teoria geral”. Neste sentido, também, a minha ressalva, na primeira parte, ao falar nas hipóteses mediadoras de trabalho.

(47) *Questão de Método*, São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1966, p. 48.

O estudo de JOSEPH GABEL aprofundou aspectos dessa “ideologização do marxismo” (48), para constituir aquela “falsa consciência”, determinando a “captação infra-dialética da realidade social” (49).

A investigação científica não pode prescindir da função crítica e totalizadora da filosofia e esta não pode, igualmente, prescindir da ciência, sem transformar-se num jogo arbitrário, de simples diletantismo especulativo, que também manifesta um sentido ideológico elitista e alienado. Quando falo em filosofia, refiro-me à filosofia viva; não há outra: tudo o mais é contrafação.

O aprofundamento do conceito de direito tem descoberto, na própria filosofia, muitas obstruções, atribuíveis a interferências da capa ideológica. É claro que a palavra — direito — indica uma realidade superlativamente complexa, onde GARCIA MAYNEZ pôde vislumbrar a associação de noções “distintas e irredutíveis entre si” (50). Ele reconhece um “direito formalmente válido”, um “direito intrinsecamente válido” e um “direito positivo”, cujas contradições não logra superar, pela carência de fôlego dialético em seu perspectivismo. A lucidez é comprometida por um vêzo idealista, para a qual o conceito vai ser buscado, quando já carrega as escamoteações dum apriorismo, de influência kantiana (51). Subsiste, aqui, a tendência a “criar” o objeto pelo método, ao invés de forjar os esquemas de inteligibilidade adequados, para desvendar a unidade subjacente e captá-la, na objetualidade concreta, dentro da *praxis*.

De qualquer sorte, a tricotomia, bem destacada, serve para indicar que são aquelas, mesmas, as dimensões do direito, no sentido global. O “direito formalmente válido” representa a dimensão normativa e define a órbita de operação dos diferentes positivismos jurídicos; o “direito intrinsecamente válido” representa a dimensão axiológica e marca a pauta dos que se preocupam com a inversão do positivismo — “vale porque manda” —, para a pesquisa do fundamento — “manda porque vale” (52) — e está, portanto, sujeito à legitimação; o “direito positivo”, no sentido de MAYNEZ, representa a

(48) JOSEPH GABEL, *La Fausse Conscience*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1962, p. 13.

(49) *Ibidem*, p. 12.

(50) EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, *La Definición del Derecho*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1960, p. 101.

(51) EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, *Introducción al Derecho*, México, Porrúa, 1955, p. 122; no mesmo sentido e sob a mesma influência, LUIS RECASÉN SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1959, p. 12, em que um suposto “conceito universal ou essencial do direito” é inscrito entre os pretensos “conceitos puros, alheios à experiência, necessários em toda realidade jurídica, histórica ou possível, condicionantes de todo pensamento jurídico”.

(52) EUSTÁQUIO CALÁN Y GUTIÉRREZ, *Los Tipos Fundamentales del Pensamiento Jurídico a la Luz de la “Perennis Philosophia”*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955, p. 77.

dimensão fática e delimita o âmbito de análise dos empirismos que lidam com o fato social naquela falsa objetividade do dado (53).

A preocupação exclusiva com a formalização desemboca no positivismo jurídico: sua contraparte é a análise da legitimidade, segundo os princípios racionais fixistas do jusnaturalismo clássico: sua vinculação às determinantes infraestruturais da cultura, ecoando a divisão em classes, desfaz toda pretensão de perenidade e manifesta-lhe o cunho ideológico; a pura análise empírica dos fatos sociais, por outro lado, dissolve-se em formalismo, semelhante ao positivista, do mesmo sabor ideológico e cuja visão sociológica tendente à “integração e estabilidade” (54), acaba num positivismo, tão grato às correntes historicistas e sociologistas. Para evitar êsses descaminhos, é indispensável fortalecer o *tonus* dialético, ligando fato e valor, teoria e *praxis* e encarando as resultantes formalizadas, à luz de uma escala objetiva de valoração, dentro da linha de irreversibilidade histórica. Nesta, cada revelação do potencial ontológico de liberdade humana, em sua luta pela positivação, desperta sucessivas conscientizações jurídicas resultantes do choque de interesses e classes, dentro de toda estrutura.

Fato, valor e norma, como termos de um tridimensionalismo, indicam a unidade do direito e aparecem como seus aspectos fundamentais, desde que não seja tomada, ao pé da letra, a palavra “dimensões”. Este é o erro de COSSIO, que pensou ver propostas à consideração as “dimensões dum ser físico” (55). A propósito, REALE nota, com acerto, que não se fala em fato, valor e norma “como se fossem facetas de algo subjacente, ou seja, da conduta humana, que já seria imanentemente jurídica em sua interferência intersubjetiva, como quer COSSIO; assim como não cabe considerá-las três perspectivas condicionadas de três conceitos irredutíveis de direito, como pretende GARCIA MAYNEZ; são, antes, “momentos dum processo (o grifo é meu), no qual consiste a realidade mesma do direito” (56).

Essa colocação permite, inclusive, estabelecer uma ontologia não mutiladora e focalizar a história das idéias jurídicas, destacando, ora uma, ora outra dimensão, ou a aliança delas, até o arremate dum tridimensionalismo global. Contudo aderindo à abordagem assim configurada, é preciso, logo, verificar que ela tem muitas apresentações, desde as formas chamadas genéricas (perspectivistas e antinômicas, discernindo as três dimensões, sem integrá-las) até um tridimensionalismo específico e perfeitamente consciente das possibilidades e planos de entrosamento das dimensões captadas (57). Ainda neste

(53) HENRI LEFEBVRE, *Pour Connaître la Pensée de Marx*, Paris, Bordas, 1966, p. 12.

(54) GEORGES BALANDIER, *Sociologie des Mutations*, cit., p. 14.

(55) Ver MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, cit., v. 2, p. 505.

(56) *Ibidem*, *ibidem*.

(57) REALE, *A Teoria Tridimensional*, cit., ps. 13-67.

último, há lugar, porém, para desenvolvimentos bem distintos, ou aproximações mais ou menos felizes, daquela articulação, como, por exemplo, os de SAUER, HALL, STONE, RECASÉNS, FECHNER ou do próprio REALE. Quanto a este, decerto a maior figura da filosofia jurídica no Brasil, creio que certos empanamentos ideológicos não lhe permitiram atingir tôdas as implicações da própria posição que defende. A dialética de implicação e polaridade detem-se num esquema, afinal também idealista, quando discute as relações fundamentais entre direito e segurança ou direito e poder. Há, na sua construção, uma deferência ao *Poder*, que interrompe aquêlo processo, por êle mesmo definido, recaindo no formalismo (58), ainda mais claramente denunciado pela barreira da justiça como *ordem* (59) e *certeza* (60). E esta leva o eminente autor a repetir, complacentemente, com HAURIU, que “a justiça social é um luxo (*sic!*) até certo ponto dispensável”; com EBENSTEIN que “é mais importante que a regra de direito aplicável seja estabelecida do que seja justa” e com RADBRUCH que, “quando, numa comunidade, existe um poder supremo, deve respeitar-se aquilo que êle ordena” (61). Tais frases parecem liquidar, no itinerário, tôdas as fecundas sugestões do encaminhamento tridimensional. Encarando, serenamente, a totalidade da obra de REALE é, entretanto, inocultável que, de par com suas qualidades extraordinárias de erudição e originalidade e de alguma concessão à pluralidade de ordenamentos (62), o direito estatal fica entronizado. É como se o Estado mesmo não pudesse e devêsse ser visto tridimensionalmente, enquanto fenômeno jurídico e com ênfase na legitimidade ou ilegitimidade da sua organização e dos produtos da atividade legislativa, reinseridos naquele processo, que o mesmo REALE destacou (63). O aspecto mais grave dessa reversão ao formalismo está em que êle paralisa a nomogênese, em nome de um “postulado” de ordem “jurídica” (64), para garantir o monopólio estatal da declaração, “em última instância” do “que é lícito ou ilícito” (65) — (o grifo é do autor). O retorno ao positivismo jurídico e tôdas as suas implicações faz-se, em REALE, mediante agudos e eruditos rodeios, muitos dêles originais e fecundos e que me parecem muito mais valiosos do que o decepcionante coroamento. A dimensão axiológica, então, contrai-se a tal ponto, e tão violentamente, que só resta lugar para acomodações da exegese (ao cabo, teleológica ou timidamente progressiva), sob formas engenhosas e flexíveis, mas, em última análise, subordinados

(58) Ver *O Direito Como Experiência*, cit., ps. 194 e segs.

(59) *Filosofia do Direito*, cit., vol. 2, p. 521.

(60) *Ibidem*, p. 522.

(61) *Ibidem*, *Ibidem*.

(62) *Ibidem*, p. 523.

(63) Ver nota 56.

(64) *Filosofia do Direito*, cit., v. 2, p. 522.

(65) *Ibidem*, *Ibidem*.

naquela última instância formalista (66). A êsse propósito, é válida e penetrante a crítica de INOCÊNCIO M. COELHO, relativa à contribuição hermenêutica de RECASÉNS SICHES (67), que adota expressamente o tridimensionalismo realiano, e pode ser extrapolada, *mutatis mutandis*, do *logos de lo razonable* de RECASÉNS à teoria realiana dos modelos; isto, sem prejudicar-lhes a feição positiva, no plano de suas aplicações exegéticas, mas destacando a raiz comum, formalista e conservadora, que subsiste em ambos. Veja-se, por exemplo, como vai implícita, no corte positivístico, a hierarquização das fontes, ancilando, nesse lado formal, o jôgo das chamadas fontes materiais, submetidas à camisa de força da mera elasticidade (68) das normas formalizadas e suas possíveis “alterações semânticas” (69), dentro do que REALE exprime, claramente, como “*inalterabilidade formal do enunciado*” (o grifo é meu) (70). Desta maneira, chega-se à impossibilidade de “desenvolver abertamente o direito”, forçando o inevitável impulso do progresso jurídico a entabular com a ordem formal entronizada, aquela espécie de jôgo de esconder, a que se referiu ESSER (71). E, nesse jôgo, que põe a título de exegese a oculta negação do enunciado formal “inalterado”, está, muitas vezes, a linha torta por que se escreve o direito certo, como, por exemplo, em alguns acordãos do nosso próprio Supremo Tribunal (72). Qual é o marco do direito *vigente* (73), para inserção da decisão justa? LARENZ, mesmo, fica um pouco assustado com as implicações da relação dialética (74), seguindo a marcha da lei no tempo, conforme as aquisições da consciência jurídica, para que se crie, no dizer de ESSER, a norma positiva autêntica, assimilada ao direito em ação (75). Mas, afinal, não se estaria criando uma série de impasses teóricos, mediante postulações baseadas em preconceitos, para evitar o arrombamento duma porta, de fato, aberta? BODENHEIMER, que não prima pela audácia do pensamento, consigna, tranqüilamente, que “a legiti-

(66) Ver *O Direito Como Experiência*, cit., ps. 161 e segs.

(67) *A Contribuição de Luís RECASÉNS SICHES à Filosofia do Direito*, Brasília, UnB (tese de doutoramento, edição datilografada), 1967, *passim*.

(68) REALE, *O Direito Como Experiência*, cit., p. 185.

(69) *Ibidem*, p. 210.

(70) *Ibidem*, *Ibidem*.

(71) LARENZ, *Metodenlehre*, cit., p. 290 da tradução espanhola, Barcelona, Ariel, 1966.

(72) Veja-se HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, Rio, Forense, 1968, onde o eminente autor demonstra que houve artifícios exegéticos e de aplicação da norma incriminadora de casa de prostituição (ps. 89 e segs.). Dentro do plano em que se colocou, está, evidentemente, com toda razão. O que sugerimos é outra coisa: o Tribunal, sensível, àquela altura, aos problemas criados pela incriminação, que gerara iniquidades e hipocrisias, procurava, ali, meios e modos de contornar a questão.

(73) LARENZ, *ob. cit.*, p. 290.

(74) *Ibidem*, p. 207.

(75) *Ibidem*, p. 208.

midade do direito positivo pode ser posta em dúvida”, defendendo a “justiça *contra legem*” (76). O importante é, sem dúvida, libertar o processo, sem cair nas armadilhas do direito livre, que corresponde a um subjetivismo judicial, muito diferente da fundamentação *objetiva* dos critérios de legitimidade ou ilegitimidade. Essa fundamentação não reside, porém, no apelo à axiologia fixista do jusnaturalismo clássico, nem no simples relativismo dos padrões que geram o outro formalismo, historicista ou sociologista. As notáveis pesquisas empíricas, realizadas no Brasil e na Alemanha, por CLÁUDIO SOUTO, a respeito do sentimento de justiça, já levaram o mestre pernambucano para algo que se aproxima, com ressalva do nome, de um “jusnaturalismo” sociológico, à maneira de SELZNICK, na busca dos princípios de crítica das formalizações jurídicas (77).

Nessa direção, que renega os formalismos, creio que cabe aprofundar o rumo espontaneamente tomado pela filosofia e sociologia jurídicas, a partir dum tridimensionalismo integral, que desvende a correlação dinâmica de meios e fins em função da *décalage* entre infraestruturas e superestruturas, dentro das estratificações sociais. Hoje, os teóricos, não filiados à orientação marxista, reconhecem, com ênfase e clareza crescentes, que a prova empírica demonstra a situação do direito, no sentido formal, como superestrutura, determinada pelos arranjos econômicos duma sociedade dividida em classes — é o caso, por exemplo, de JULIUS STONE (78). Ora, nesse terreno, também se deixa marcar, bem nitidamente, a preocupação de não incorrer no mecanicismo grosseiro da pura determinação econômica, aliás denunciada, antes de tudo, pelo próprio ENGELS (79).

Por outro lado, deparamos, aqui, com um aspecto da filosofia marxista do direito que a investigação científica posterior tem levado as ciências humanas a encarar com reserva. Sem maior exame, alguns autores daquela orientação continuam afirmando que o direito é simples “dispositivo coativo externo, de natureza estatal”, isto é, “ligado ao aparecimento do Estado”. Assim, por exemplo, o filósofo ADOLFO SANCHEZ VASQUEZ (80), sob tantos aspectos admirável em suas agudas investigações. Aliás, ao falar na justificação dialética da moral (81), VAZQUEZ admite uma síntese ética, sobranceira ao formalismo e à relativização, que cumpriria estender à esfera do jurídico, pois,

(76) EDGARD BODENHEIMER, *Ciência do Direito — Filosofia e Metodologia Jurídicas*, Rio, Forense, 1966, pg. 338.

(77) Ver a aguda e erudita tese de doutoramento de SOLANGE SOUTO, *Controle Social e Direito*, Recife, Universidade Federal de Pernambuco (edição mimeografada), 1968, p. 55. Do próprio CLÁUDIO SOUTO, *Fundamentos de Sociologia Jurídica*, Recife, Faculdade de Filosofia da U.C.P., 1968, *passim*.

(78) *in Social Dimensions...*, cit., p. 511.

(79) Ver carta a J. Bloch (21/9/1890). A propósito, BODENHEIMER, *Ciência do Direito*, cit., p. 97.

(80) *Ética*, Rio, Civilização Brasileira, 1970, p. 83.

(81) Ob. cit., p. 272.

em última análise, as duas ordens de normas sociais só se distinguem, como enfatizarei adiante, pela coercibilidade exterior das sanções organizadas e pela bilateralidade atributiva, peculiares ao direito.

De qualquer forma, a identificação global do jurídico e dos enunciados formais dum voluntarismo de raiz estatal faz regredir certas posições marxistas a uma espécie de formalismo jurídico, de inspiração diferente do positivista, porém com resultados estranhamente coincidentes.

Se a correlação, aqui tomando feição praticamente mecanicista, entre infraestrutura e formação das idéias e instituições jurídicas, corta o impulso nomogenético e infradialetiza as contradições do melhor progressismo, também não explica a influência, de retôrno, do direito, libertado de sua condição de mera vestimenta ideológica dos interesses estatais entronizados. E isto falseia a compreensão, enrijecendo a tese do desaparecimento do direito e do Estado, que não tem apôio em qualquer prova científica e serve, apenas, à profecia nitidamente utópica do estabelecimento final duma espécie de paraíso terrestre (82). Nessa ordem de idéias, o materialismo histórico entra numa contradição insuperável consigo mesmo. E não o salva a dialética, pois é justamente a sua negação que se critica na tese referida: esta postularia, antidialeticamente, um epílogo escatológico, desimanentizando a dialética histórica e pendurando-a no cabide fixo e definido duma espécie de transcendência (83).

Aliás, a própria filosofia marxista do direito oscila bastante, nesse ponto, ao menos quanto à simples ligação de direito e Estado, como expressão crua e mecânica de interesses classistas. O erro está justamente em ver todo o direito enquanto direito estatal e dizer, com VYSHINSKY, que “direito é um sistema de normas, estabelecido pelo Estado, mediante o qual se defende uma determinada estrutura social” (84). Tal concepção mutiladora não explicaria o direito de contestação e libertação, o inconformismo positivo, que se apresenta como direito também. Diante do formalismo jurídico estatal, HELLER acentuou a existência duma espécie de “jusnaturalismo” implícito em toda posição contestante, *y compris* a marxista (85). Note-se que GOLOUNSKY e STROGOVITCH matizaram bastante essa linha de raciocínio, embora aderindo, substancialmente, à concepção do direito como “uma forma específica de política da classe dominante” (86), pers-

(82) A propósito, YVON BOURDET *in Sociologia des Mutations*, cit. ps. 95-96.

(83) A propósito, ver, em GEORGES GURVITCH, as observações sobre essa dialética ascendente *in Dialectique et Sociologie*, Paris, Flammarion, 1962, p. 155.

(84) *Apud* RECASÉNS SICHES, *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*, México, Porrúa, 1963, vol. 2, p. 1.094.

(85) A propósito, ver A. L. MACHADO NETO, *Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1963, 2.º volume, ps. 381-385.

(86) Ver a decisão do 1.º Congresso dos Constitucionalistas Marxistas no combate às teses de PASUKANIS *in* STUCKA *et alli*, *Teorie Sovietiche del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 317 (Texto de STROGOVICH).

pectiva em que, mesmo a norma consuetudinária é reduzida, mecanicisticamente, a epifenômeno, e fica à espera do esforço duma coerção estatal (87). Aquêles autores admitem, de qualquer maneira, uma “consciência jurídica”, de nenhum modo confinada à limitação do Estado. Ora, essa concessão manifesta, gritantemente, a necessidade duma perspectiva mais ampla na abordagem do direito. Nas sociedades classistas, acentuam, ainda, GOLOUNSKY e STROGOVITCH, não há uma só consciência jurídica e, por isto “a regra de direito da classe dominante, fundada na consciência jurídica dessa classe, não é igual à que se funda na consciência jurídica da classe subordinada; sendo justa para a primeira, é injusta para a segunda. Cada classe social, esteja ou não no poder, tem sua própria concepção do direito, concepção que não pode ser, e geralmente não é, a que se extrai do direito positivo em vigor” (88). STOYANOVITCH mostrou que existe, nessa posição, verdadeira militância crítica à doutrina marxista “fechada”, na pena dos próprios marxistas que se apresentam como ortodoxos (89). A simples expressão, adotada por GOLOUNSKY e STROGOVITCH, embora ainda minimizando as contradições do direito estatal, de qualquer sorte já vem abrir o debate mais fecundo, pois admite, em nome do processo jurígeno mesmo, a reinserção da dialética, praticamente esquecida, no jôgo das derivações infraestruturais. O que não se pode entender é como os autores reconciliam suas verificações da pluralidade de consciências *jurídicas* e sua redução do direito à política de classe dominante, ademais tomada como bloco unívoco e sem contradições, o que é pecado da infradialética.

A síntese dêsse jôgo de contradições em cada concepção jurídica, sem desconhecer a sua vinculação à infraestrutura (isto é, hoje, largamente aceito, como já assinalai, até por não-marxistas, à maneira de STONE), deveria extrair dessa visão da *praxis* jurídica algo mais do que aquele positivismo jurídico estatal. Assim é que se poderia destacar um tridimensionalismo global, ao nível do conhecimento do direito, em sua acepção plena, enquanto resultante e superação, a cada etapa, das contradições, na atualização dos diferentes ideais de justiça, dentro do concreto histórico. Para a integração, cabe rejeitar, tanto o jusnaturalismo tradicional e fixista, quanto o relativismo em que vão dar, afinal, todos os formalismos. A justiça não entra na dialética do direito, como principiologia postulada pela ordem ou segurança (formalismo positivo, de endeusamento estatal); nem como crítica simplista do direito dito positivo, a título de mecânica derivação de interesses econômicos (formalismo crítico infradialético, engajado na direção utópica de um termo final do processo, que liqui-

(87) *Ibidem*, p. 311.

(88) Ver a minuciosa resenha de K. STOYANOVITCH, in *La Philosophie du Droit en URSS (1917-1953)*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, ps. 257 e segs.

(89) *Ob. cit.*, p. 259.

daria, de vez, com a dialética histórica, sem qualquer apoio em prova empírica e sem guardar coerência com a imanentização dessa mesma dialética).

A determinação do direito, a cada momento, seria uma operação complexa, baseada naqueles processos descritivos, analítico-regressivos e histórico genéticos (LEFEBVRE) (90), que permitiriam desentranhar o seu conteúdo e reorientar a crítica institucional, a partir da *praxis* jurídica em globo. A chave encontrada, por esse meio, capta a tríplice dialética de formalização (em que se constitui o elenco de normas), eficácia (em que se determina o efetivo poder de intervenção, de retôrno, sobre os processos sociais donde as normas emergem) e legitimidade (cooptação de grupos e indivíduos, mediante a apreensão crítico-valorativa, na linha de maturação duma consciência jurídica e moral — desideologizada — da humanidade, segundo o plano e a direção da atualização progressiva dos conteúdos irreversíveis de conscientização da justiça social). Por outras palavras, a visão total do direito envolve engajamento no próprio devir do homem, sob o aspecto duma objetividade aprofundada (91), para evidenciar os pontos de *décalage* local e temporal, com os instrumentos que a *praxis* forjou. Trata-se, em última análise, da “observação, mas com o olhar informado pela experiência e por uma teoria geral”, da “análise da realidade, no sentido de datá-la exatamente e do “reencontro com o presente, mas elucidado, compreendido, explicado” (92).

A atual filosofia jurídica, aliás, é muito fortemente orientada pela preocupação de encarar a dialética de fato e valor, de necessidade e liberdade em situação, enquanto “modo de existência ontológica de toda realidade humana possível — e, portanto, do direito” (93). Neste sentido a sociologia do direito, apreciada como ciência dos fatos, e a filosofia do direito, vista como ciência dos valores (criticamente abordados), encontram-se, definitivamente na forma de totalização augurada em POULANTZAS, enquanto “totalidade estrutural conseqüente do fato e do valor, no mesmo nível ontológico” (94). Tal direção geral aproxima-se da construção de FECHNER, apesar de desvios idealistas (95), presentes neste último.

A leitura marxista “oficial” ainda apresenta, por outro lado, muita fecundidade, enquanto impõe a consideração, como aspecto

(90) Ver SARTRE, *Questão de Método*, cit., p. 47.

(91) Ver LEFEBVRE, *Pour Connaitre...*, ps. 12-13. SARTRE, *Questão de Método*, cit., ps. 30-33.

(92) Ver LEFEBVRE, SARTRE, nota 90.

(93) Ver NICOS POULANTZAS, *Vers une Ontologie Juridique Actuelle in Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1964, n.º 2, p. 193.

(94) NICOS POULANTZAS, *Nature des Choses et Droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, p. 171.

(95) ERICH FECHNER, *Rechtsphilosophie — Soziologie und Metaphysik des Rechts*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1962, *passim*.

relevante e até fundamental, das condições sociais com que o direito se relacionou e que ele pretende modelar (CARL FRIEDRICH) (96). Cumpre tomá-la a sério — “o que, infelizmente, não sucede muitas vezes” (97), no que tange a certas abordagens filosóficas, tirantes ao idealismo. Podemos, até, considerá-la modelar, se a encarmos como uma crítica infraestrutural das distorções na formalização dos chamados direitos positivos. O que não se pode admitir é a paralisação das investigações científicas ao nível da informação científica do século XIX, quando trabalharam MARX e ENGELS. Diante das reiteradas ressalvas deste último (98) a “ortodoxia” importa em exagêro condenável e, afinal, os discípulos, eternamente preocupados com a letra dos seus textos sagrados, justificam o suspiro, atribuído ao próprio MARX, que teria dito: “eu não sou marxista” (99). Como assinala um marxista, GODELIER, o importante é evitar “o corpo fechado de dogmas-receitas” (100).

Hoje, por exemplo, a antropologia política, inclusive na direção marxista mais livre, já refutou a tese de que as instituições matriarcais precederam as patriarcais (101) e alargou a discussão sobre a origem do Estado e a rígida e enganadora arrumação de etapas de desenvolvimento (comunidade primitiva, escravidão, feudalismo, capitalismo e socialismo), aprofundando, por exemplo, as sugestões do chamado modo de produção asiático — uma questão que, embora contando com extensa bibliografia (102), nem aparece nas vulgarizações nacionais correntes.

(96) CARL J. FRIEDRICH, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Rio, Zahar, 1965, p. 167.

(97) *Ibidem*.

(98) Veja-se, por exemplo, ENGELS, quando se apoia em MORGAN, ressaltando que muitos daqueles dados são esboço provisório, que só durará enquanto o admitir a documentação conhecida (*apud* MAURICE GODELIER, org., *Sur les Sociétés Précapitalistes*, Paris, Éditions Sociales, 1970, p. 99).

(99) RAYMOND ARON, *D'Une Sainte Famille à l'Autre*, Paris, Gallimard, 1969, p. 306; GABEL, *La Fausse Conscience*, cit., p. 11.

(100) in *Les Sociétés*, cit., p. 137.

(101) RALPH LINTON, *The Tree of Culture*, New York, Knopf, 1956, p. 528. GODELIER (*Les Sociétés*, cit., p. 110) demonstra que a transformação em “um dogma” da *Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado* é contrária ao intuito do próprio ENGELS. Isto não impede, aliás, a admissão de que o “exercício das funções sociais está na base da supremacia política (GODELIER, *ibidem*, p. 123), representando, quanto ao aparecimento do Estado e das classes sociais, uma convergência de MARX com a antropologia moderna. Mas os estudos sobre as condições de origem do Estado acham-se em plena e fecunda reelaboração, por exemplo, no que tange ao debate do chamado modo de produção asiático — mesmo entre marxistas (GODELIER, ps. 124, 130, 133, 134, 140 e *passim*. Ver, também, ROGER GARAUDY, org., *Sur le Mode de Production Asiatique*, Paris, Éditions Sociales, 1969, *passim*).

(102) Ver GARAUDY, *Sur le Mode...*, cit., ps. 345-347, além do livro, já citado, de GODELIER.

As oscilações são muito sugestivas e LEFEBVRE chega a assinalar uma “ambigüidade do pensamento marxista” (103), pois MARX, “ora atribui ao Estado uma ação real e positiva, ora vê, nele, apenas, parasitismo” — o que tem óbvias ligações com o problema da nomenclatura. De qualquer forma, essas ambigüidades não de ser, em última análise, bastante fecundadas, levando a novas pesquisas e reelaborações. Eliminadas por certas direções do marxismo, ressurgem, agora, para consideração, cada vez mais aprofundada, à luz dos progressos da ciência histórica, antropológica e sociológica.

Mesmo nos países socialistas, a desdogmatização já não se contenta com a derivação pura e mecânica do direito dum substrato econômico, sempre importante. Isto se verifica no trabalho de KASIMIRCUK, TUMANOV e STEJNBERG, quanto à União Soviética (104). O húngaro KALMAN KULCSÁR combate “a repetição mecânica das teses clássicas” (105). Na Iugoslávia, OLEG MANDIC acentua a função dinâmica do direito, no uso da formalização jurídica para “dispor e impor mudança social” (106). PODGORECKI, na Polônia, registra os estudos da anomia em terreno socialista (107). Cresce a certeza de que a dialética do conflito entre formalização e negação de normas, vinculadas aos sistemas conflitantes de valores e suas raízes infraestruturais, é tudo menos uma receita simplista e clássica.

Dado o acúmulo de material etnográfico e a diversidade das formas concretas de manifestação dos fenômenos, a antropologia política, *pari passu*, matiza, em esquemas complexos, o sistema de relações entre as “subculturas” ligadas aos extratos ou classes sociais (108) e enfrenta a questão do conceito e origem do Estado.

Em que pesem as retificações de certos pontos, pelo material mais recente, as conclusões de ENGELS conservam em termos gerais, “incontestável alcance teórico” e nelas “se inspiram certos antropólogos, muitas vezes de maneira não confessada” (109), no dizer autorizado e objetivo de GEORGES BALANDIER: “o Estado nasce da sociedade; aparece quando esta última se embarça numa insolúvel contradição consigo mesma e tem o encargo de amortecer o conflito, mantendo-o nos limites da ordem; define-se como um poder, oriundo da sociedade, porém que deseja colocar-se acima dela e dela se des-

(103) *Sociologie de Marx*, Paris, Presses Universitaires de France, 1968, p. 137.

(104) Ver in RENATO TREVES, org., *La Sociologia del Diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1966 — o texto: *Diritto e Ricerche Sociologiche nell'URSS*, de KASIMIRCUK, TUMANOV e STEJNBERG, p. 124.

(105) *Recherche de Sociologia del Diritto in Ungheria*, in TREVES, ob. cit., p. 156.

(106) *La Sociologia del Diritto in Iugoslavia*, in TREVES, ob. cit., p. 181.

(107) *La Sociologia del Diritto in Polonia*, in TREVES, ob. cit., p. 200.

(108) GEORGES BALANDIER, *Antropologia Política*, Difusão Européia do Livro, São Paulo, 1969, p. 87.

(109) *Ibidem*, p. 146.

vencilhar cada vez mais" (110). Poder estatal e direito, corretamente entendidos, não de manter em vista essa dialética originária.

Neste sentido é que o surgimento do direito legislado e sua tendência à apresentação com hegemonia do chamado direito positivo tem vínculos com o Estado, especialmente no que a estrutura dele oferece enquanto meio de formalização normativa e mecanismo de sanções organizadas. A passagem do terreno da mole originária de normas sociais, desde os usos, costumes, *folkways* e *mores*, até a emergência das formalizações jurídicas, tal como hoje as entendemos, prende-se ao avanço e às contradições do processo de cristalização estatal do poder político. É claro que, na passagem ao estatal, subsistem ordenamentos conflitantes, modelando consciências jurídicas contraditórias, na própria medida em que a sociedade, dividida em classes, o determina. Entretanto, não basta dizer isto pois a admissão do Estado como *pura* expressão da classe dominante elimina as contradições, isto é, infradialetiza a realidade.

Gradualmente, no curso do tempo, tornaram-se mais precisas, nas diferentes sociedades, as órbitas distintas de direito, moral e religião, que, primitivamente, se apresentavam coligadas, numa espécie de comunhão *pro indiviso*. Por outras palavras, desde o início apareciam vários tipos de realidade objetiva diferente que só a diversificação posterior, no sentido dos órgãos de formalização e tutela da aplicação permitiu divisar, em suas órbitas específicas, sem prejuízo das relações constantes entre elas.

Em toda sociedade dada, há usos e costumes, *folkways* e *mores* tendendo à composição em escala de crescente ênfase imperativa, como normas sociais (111). O uso distingue-se do costume pela brandura das sanções movimentadas, no caso da inobservância àqueles padrões de comportamento social. Os *folkways* indicam os costumes revestidos pela força da tradição, enquanto que, nos *mores*, a imposição é intensificada ao máximo, pois eles são, em última análise os costumes reputados absolutamente essenciais, invioláveis e de caráter sagrado (112). Através dessas normas sociais é que se delineia o perfil da moralidade, o aspecto sociológico da moral, a que está ligado o fenômeno jurídico. O direito destacou-se dos *mores* (113), para ganhar o aspecto, que ora lhe conhecemos, enquanto subproduto da situação urbana, como assinala RALPH LINTON (114). Esse acabamento formal coincide, precisamente, com a inauguração da

dialética do poder político, em formalização estatal, e do próprio útero social, donde essas estruturas provêm, procurando ganhar força de expansão autônoma e reorientar os processos sociais que os geraram.

Há vários tipos de normas, tanto na origem, quanto na diversificação especial. Elas conservam a afinidade, na característica geral de imperatividade, enquanto tendem a apresentar-se como modelos obrigatórios da conduta. Aliás, é tal cunho de imperatividade que dita a exclusão das chamadas normas técnicas, dentre as normas, propriamente ditas (115). "Norma" técnica é a que prescreve a conduta para a realização de certos fins e, embora KANT a houvesse designado como "imperativo de habilidade", não há um tipo de sanção específica, aplicável no caso de seu descumprimento. Se não é seguida a "norma" em questão, a tarefa resulta mal feita; nada mais. É verdade que, em alguns casos, a desobediência à "norma" técnica acarreta sanções; mas, aí, vêm aplicadas, não pelo descumprimento da técnica, e, sim, pelo desrespeito à norma moral ou jurídica a que ficou incorporada (116).

É importante dizer que, aqui, importa focalizar a moral em seu aspecto exterior, isto é, como norma social ou "sistema de imperativos, valores e juízos axiológicos que constituem os lugares comuns de uma classe, um ambiente social ou uma sociedade" (117). Tal verificação, entretanto, não há de minimizar outros aspectos, pois, em última análise, podemos convir em que "o problema moral não é um problema simples, nem como aceitação cega de regras de conduta prefabricadas exteriormente, nem como afirmação duma liberdade radical para estabelecermos nós mesmos os nossos valores e fins" (118). Isto importa em afirmar, simultaneamente, o caráter social da moral, na medida em que suas normas e relações têm origem, desenvolvimento e endereço sociais (119), e também a sua natureza de complicação individual, pois "o sujeito do comportamento moral é uma pessoa singular" (120), "consciente e livre" (121) e "a consciência do indivíduo é a esfera em que se operam as decisões" morais (122). Apenas, essa contradição é simples eco da dialética, no binômio liberdade e determinação, que estudei, sobretudo na primeira parte, em outro binômio correlato, que é a vinculação da teoria à

(115) GIORGIO DEL VECCHIO, Lições de Filosofia do Direito, Coimbra, A. Amado, 1951, ps. 249-250.

(116) É o caso do art. 121, § 4.º, do Código Penal Brasileiro (1940).

(117) JEAN PAUL SARTRE, *et alii*, *Moral y Sociedad*, Córdoba, Editorial Universitaria de Córdoba, 1967, ps. 32-33.

(118) ROGER GARAUDY, in SARTRE *et alii*, *Moral y Sociedad*, cit., p. 9.

(119) VAZQUEZ, *Ética*, cit., ps. 53 e segs.

(120) *Ibidem*, p. 59.

(121) *Ibidem*, p. 54.

(122) *Ibidem*, p. 59.

(110) *Ibidem*, *Ibidem*.

(111) Ver PAUL VINOGRADOFF, *Introducción al Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1952, p. 18; JOHN F. CUBER, *Sociology: a Synopsis of Principles*, New York, Appleton-Century-Crofts, 1963, ps. 90-95; DONALD PIERSON, *Teoria e Pesquisa em Sociologia*, São Paulo, Melhoramentos, 1955, ps. 295-303.

(112) PIERSON, ob. cit., p. 323.

(113) *Ibidem*, p. 301.

(114) *The Tree of Culture*, cit., p. 123.

praxis do indivíduo (ou grupo) e sociedade (123). Em outras palavras, falando em sociedade ou em caráter social das atitudes morais, é preciso ter o cuidado de não hipostasiar aquela sociedade ou fazer do indivíduo um absoluto (124). Haverá, sempre, uma ação circular entre a subjetividade da consciência e a objetividade das normas sociais. Só essa compreensão permite iluminar os vínculos entre condicionamento e liberdade e a aptidão humana de autognose e autogoverno. A projeção dos valores humanos, enquanto tais, não representa mais do que um processo de ajustamento crítico, para incorporação das sucessivas aquisições histórico-sociais em concreto, na *praxis* conscientizada.

Assim, a atitude moral tem dupla feição: é heterônoma, enquanto não se desenvolve naquela espécie de solipsismo kantiano — “*das moralische Gesetz in mir*” (125); a lei moral dentro de mim —; é autônoma, enquanto não se esgota, nem sequer se caracteriza, pela mera aderência às normas sociais preestabelecidas.

As sanções correspondentes às normas morais são sociais difusas, no sentido durkheimiano, isto é, espalhadas no corpo social, sem órgãos definidos e procedimento específico para sua aplicação (126); as sanções sociais, diversamente, são *organizadas* e implicam a existência desses órgãos e procedimentos. Daí resulta a ligação entre o processo de estruturação estatal do poder e a autonomia relativa da órbita do jurídico. Nesta, há sanções organizadas, desde o momento em que se desprende da originária vinculação às outras normas sociais, procurando delinear suas próprias características — sem prejuízo, é claro, das relações constantes entre as ordens normativas confinantes.

Convém assinalar que a divisão da sociedade em classes, produz necessariamente, um pluralismo moral, diante de cujas contradições urge tomar posição, assim como determina, também, o pluralismo jurídico já acentuado. A atitude crítica, perante os valores morais ou jurídicos há de estar ligada à conscientização do processo e à linha de progresso histórico-social da humanidade, isto é, ao alargamento da quota de atualização de liberdade ontológica do homem, conforme as aquisições da *praxis* social. Note-se que não se trata daquele progresso linear, automático do idealismo burguês e, sim, da abertura de novas possibilidades de luta pela incorporação de perspectivas inéditas conscientizadas. Muitas vezes, nota VAZQUEZ, determinados países (foi o caso, por exemplo, das nações do ocidente

européu) assentam seu próprio progresso histórico-social na base da exclusão ou retardamento do progresso de outros povos (127).

De qualquer sorte, num mundo hoje tendendo ao aconchêgo ecumênico e às comunicações rápidas, o processo de homogeneização é quase fulminante e a própria dialética da exploração esgota seu ciclo na postulação dos direitos iguais de indivíduos e povos: isto fica bem claro no rumo atual de reivindicações anti-imperialistas, pelo desenvolvimento e pela eliminação dos desníveis sócio-econômicos, gerando até deveres morais para os povos desenvolvidos. O processo internacional reflete o que ocorreu no âmbito interno das nações “ocidentais”, quando a igualdade formal, que liquidou os padrões de hierarquização aristocrática, pelo impulso ascendente da burguesia e do capitalismo, se vai completando na solicitação complementar do reajuste de desníveis sócio-econômicos. A força desses princípios estabeleceu-se com tal firmeza que, nela, se vê a mola mestra das contestações mais vigorosas de muitos *establishments*. Já ROOSEVELT incluía entre as liberdades do homem, a libertação da miséria (128). E os repertórios de direitos fundamentais, que se vão recolhendo em documentos internacionais (129), dizia-o insuspeitamente o filósofo conservador, JACQUES MARITAIN, devem ser enriquecidos e revistos, pois nunca serão “exaustivos e definitivos” (130). Hoje, por exemplo, há um movimento geral, tendendo a garantir a passagem da igualdade jurídica abstrata de indivíduos “livres” e nações “soberanas”, para a busca dum conteúdo real sócio-econômico dessa igualdade formal, em todos os planos. E a melhor prova dessa formação valorativa ecumênica é que as próprias contradições, nas estruturas, já não podem apresentar-se ostensivamente: adotam, inclusive o vocabulário e a principiologia do avanço que, *de fato*, renegam.

As normas morais são imperativos unilaterais, como decorrência, aliás, do próprio caráter difuso do respectivo sancionamento. Não havendo um sistema organizado de sanções, também não se atribui, por outro lado, a um sujeito específico a faculdade de exigir o cumprimento do dever moral (131). A sanção difusa é exercida pela opinião pública. Já as normas jurídicas, enquanto se vão delineando autônoma (embora correlatamente às demais, num jogo de recíproca influência e repercussões, procurando homogeneizar e sintetizar as contradições entre os pluralismos das consciências jurídica e moral) apresentam uma característica estrutura imperativo-atributiva (bilateral), pois a relação ali é estabelecida, entre sujeitos — um

(123) *Ibidem*, p. 53.

(124) *Ibidem*, *Ibidem*.

(125) *Crítica da Razão Prática*, conclusão.

(126) ÉMILE DURKHEIM, *De la Division du Travail Social*, Paris, Presses Universitaires de France, 1960, *passim*; ROGER PINTO & MADELEINE GRAWITZ, *Méthodes des Sciences Sociales*, Paris, Dalloz, 1967, p. 65.

(127) *Ética*, cit., p. 43.

(128) UNESCO, *Le Droit d'Être un Homme*, Tournai, 1968, p. 376.

(129) *Ibidem*, *passim*.

(130) *Sur la Philosophie des Droits de l'Homme*, in *Autour de la Nouvelle Déclaration des Droits de l'Homme*, UNESCO, éd. Sagittaire, 1949, p. 64. Ver ARMAND CUVILLIER, *Sociologie et Problèmes Actuels*, Paris, Vrin, 1958, ps. 55-56.

(131) Ver GARCÍA MAYNEZ, *Introducción*, cit., ps. 15-16.

passivo (devendo cumprir o dever jurídico); outro, ativo (a quem se confere o direito correlato de exigir esse cumprimento). Apresentam-se, ademais, “coativamente equipadas” (NAWIASKY) (132). Uma preceituação será jurídica, se for externamente garantida pela possibilidade de coerção para obter a conformidade, “coerção aplicada por um elenco de pessoas que se mantêm preparadas para esse fim” (MAX WEBER) (133). O direito só se aperfeiçoa, formalmente, por meio dessa instrumentalização, que lhe define o cunho da imperatividade específica. (A tentativa de negação da imperatividade do direito abortou, após muitas polêmicas estéreis) (134). É certo que, no direito internacional, ausência de rematada e definida organização da coercibilidade externa parece desmentir a caracterização das sanções jurídicas, como organizadas. Mas aquele direito se encontra ainda numa “fase atrasada de sua formação”, de sorte que a coercibilidade externa resulta “imperfeitamente determinada e regulada” e, como acentua DEL VECCHIO, ali há mais afinidade com a órbita moral correlata, do que com o direito em sentido estrito (135). Aliás, essa condição rudimentar do direito internacional destaca, luminosamente, a origem do direito mesmo, pois a indeterminação remanescente daquele ramo corresponde à formação da *urbs* internacional, lastro positivo e indispensável para que se arremate o processo de cristalização normativa e aparelhamento sancionatório, tal como a situação urbana forneceu ao aparecimento do Estado e constituição autônoma do direito as condições necessárias de viabilidade, no âmbito interno.

O direito, na sua forma primitiva, não formalizada, precedeu, enquanto projeto e modelo, o próprio Estado e ambos continuam ligados como poder estruturado e impulso de nomogênese, no mesmo campo social onde o Estado é formado e ao qual reverte, com sua pretensão de estabelecer uma ordem, modelando as relações intersubjetivas, em limites mais ou menos rigidamente definidos. A “autonomia” do “direito positivo”, como a do próprio poder estatal, também encontra a sua medida de eficácia (valor efetivo e funcional de operação) e seu parâmetro de legitimidade (valor, não puramente operacional, mas de conteúdo efetivo, em termos de possibilidade histó-

(132) HANS NAWIASKY, *Teoria General del Derecho*, Madrid, Rialp, 1962, p. 31.

(133) *Apud* MAX RHEINSTEIN, org., *Max Weber on Law in Economy and Society*, Harvard University Press, 1966, p. 5.

(134) Hoje, a negação da imperatividade do direito é teima da escola egológica, argentina, de CARLOS COSSIO e seus discípulos e simpatizantes (ver ENRIQUE AFTALIÓN, FERNANDO GARCÍA OLANO e JOSÉ VILANOVA, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 1964, p. 104). O próprio Kelsen, invocado pelos autores egológicos, modificou sua posição anterior, nesse assunto (ver HANS Kelsen, *Problemas Escojidos de la Teoria Pura del Derecho*, Buenos Aires, Kraft 1952, p. 47).

(135) GIORGIO DEL VECCHIO, *Lições de Filosofia do Direito*, Coimbra, A. Amado, 1959, vol. II, p. 138.

rica de concretização da justiça) no próprio jogo da *praxis* social e suas contradições de infraestruturas, ideologias conflitantes “subculturas”, inerentes aos conflitos de interesse de estamentos ou classes. É preciso não esquecer que o Estado, produtor de “direito positivo”, pela legislação ou pela chancela de formações consuetudinárias, deve ser encarado, no seu perfil institucional, como um fenômeno inserido no mesmo processo e, portanto, *latu senso*, jurídico, enquanto órgão de normação, sujeito, na *praxis* social, à inspiração, influência e contenção entre certas variáveis de possibilidade conjuntural (que definem a eficácia) e validade material (que definem a quota de atualização de valores substanciais atinentes à maturação, num instante dado, da consciência jurídica, enquanto superação das direções de pura acomodação ao interesse classístico dominante). Isto importa dizer que o direito formalizado é um projeto ou indício de juridicidade global, a ser medida pela eficácia de seu sistema normativo e pela legitimidade que ele apresenta, com resolução dos eventuais conflitos entre as três dimensões do processo através da dialética de necessidade e liberdade. POULANTZAS nota que as proposições “fato é valor” e “valor é fato” hão de ser tomadas, não no sentido da lógica aristotélica, mas no sentido hegeliano, que certamente não entra na cabeça antidialética de alguns críticos, como KALINOWSKI (136).

É enquanto simples produto “positivo” de formalização normativa que o aparecimento do direito, em sentido autônomo, isto é, desentranhado das demais normas sociais, liga-se, de um lado, à situação urbana (137) e ao advento das sociedades estratificadas complexas (138), e, de outro, à institucionalização estatal, pelo instrumento de sanção organizada, cujo sistema operatório se transforma numa das funções do poder político. E este reverte ao jogo dialético da concentração e divisão de poderes, cujo produto são as diferentes concepções do chamado Estado de Direito, isto é, com fundamento e limites jurídicos regendo o próprio poder de formalização nomogênica e jurisdição.

“Direito formalizado e procedimentos jurídicos estereotipados podem existir em sociedades não urbanizadas, como há na maior parte das tribos africanas e na Indonésia, com seu direito *adat*. Entretanto, a pequena comunidade aconchegada pode funcionar, com

(136) Ver GEORGES KALINOWSKI, *La Querelle*, cit., p. 68.

(137) RALPH LINTON, *The Tree*, cit., p. 122: “o subproduto significativo de vida urbana primitiva foi o aparecimento de padrões altamente formalizados de direito e procedimento legal”. O processo econômico, nas cidades, com a sua complexa superestrutura, na organização de autoridade política e jurídica, rompe aquela coesão dos grupos, primitivos, que dispensava a expressão formalizada. O antropólogo KLUKHORN viu “algo de verdadeiro” naquela frase do índio velho: “antigamente, não havia leis; todo o mundo fazia o que era justo e certo” (CLYDE KLUKHORN, *Antropologia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, p. 39).

(138) KLUKHORN, *Antropologia*, cit., p. 40.

bastante sucesso, sem esses padrões. A cidade decididamente não pode" (139). Está visto que essa descrição só há de ser explicada em referência à institucionalização, incipiente ou florescente, com formações burocráticas correlativas, do poder estatal, assentado no controle dos conflitos de estamentos e classes e tendendo à hegemonia da camada dominante, mas nem por isso desligado dos conflitos reais subjacentes, que contrastam modelos jurídicos, como outros tantos projetos "subculturais" de atualização da justiça social. Daí, aliás, a bipolaridade do direito, com a tração simultânea da ordem e da liberdade, cuja síntese define a posição conservadora, quando repousa, firmemente, na ordem estatal, ou contestante, quando levanta outras bandeiras de remodelação. O importante é assinalar que *ambos* pertencem ao jogo dialético da gênese do direito na sua inteireza. A obliteração de qualquer dos polos resulta, num caso, em cego formalismo, subserviente ao *establishment* constituído, e, noutro caso, à anomia, no sentido da oposição à sociedade dita global, sem condições de viabilidade para substituição de seu sistema de normas, pelos da formação "subcultural". Mas o desafio anômico é igualmente ambíguo. Quando ele representa um anacronismo regressivo (em função da maturidade da consciência jurídica do homem, de forma geral) sua eficácia e, até, por assim dizer, sua mudança de sinal passando a empolgar o controle da sociedade dita global) pode ser definida como antijuridicidade material e até crime contra a humanidade (foi o caso do direito nazista, por exemplo). Por outro lado, quando a contestação anômica, (isto é, o desafio ao sistema da sociedade global por forças positivas, do progresso), se insere no processo objetivo de desenvolvimento das instituições sociais e no sentido de maior quota de concretização de justiça, no instante dado, ganhará viabilidade, amadurecida nessa luta, e a mudança de sinal representará um progresso efetivo do sistema jurídico (foi o caso dos nossos abolicionistas; primeiros "criminosos" comuns, pelo favorecimento de escravos em fuga; depois, heróis consagrados, diante do triunfo de sua causa, incorporada à órbita jurídico-positiva). Em ambos os casos, a avaliação de qualquer mudança, pela ruptura ou pela redistribuição reformista, do quadro jurídico-formal, há de ficar em tela, num esforço de pesquisa da legitimidade dos projetos de prevalência dos valores conflitantes.

Não existe anomia pura, isto é, o reverso de um desafio a qualquer norma ou conjunto de normas é feito em conformidade a outro padrão normativo reputado superior. O problema será indagar se efetivamente o é, o que nos reconduz à questão do devir humano, em cada posição, no tempo e no espaço, e da síntese possível da necessidade e da liberdade. Isto, por outro lado, engaja o jurista numa pesquisa de amplos contornos filosóficos para evitar aquele empirismo relati-

vista, que acaba em rendição à fatalidade dos fatos, perante os valores e define a atitude pseudo-científica. "O empirismo absoluto", disse ENGELS, "até onde alcança, proíbe-se de pensar, e não só termina pensando errôneamente, mas demonstra incapacidade de perquirir os próprios fatos e descrevê-los, de maneira adequada, transformando-se, assim, no oposto do verdadeiro empirismo" (140). A teoria pura acaba nas nuvens; o hiperempirismo derrota a si mesmo e se transforma, subrepticiamente, em apologética relativista de qualquer *establishment*. Note-se que as chamadas teorias puras (como diriam os alemães, *wertblind*, isto é, cegas ao valor) têm o destino marcado, no reencontro relativístico dos seus produtos ideológicos e do próprio hiperempirismo, sociologicamente formalístico.

Creio que o aspecto mais importante das investigações do conceito de Direito é, hoje, precisamente o que se refere à dimensão axiológica — mas isto não significa que as outras não tenham recebido contribuições importantes. O essencial é integrá-las, porque a consideração isolada de cada uma pode conduzir a anomalias graves. Assim, por exemplo, a exclusiva preocupação formal conduz, geralmente, a exercícios eruditos repousando sobre falsa base filosófica, tal como o ensaio de CAPELLA (141), cortando o fio integrante, tal como a "pureza de método" (142). Já vimos em que dá tal preocupação, que "volta as costas" (143) para a "dimensão histórica do direito" e a "análise de conteúdo". Ela manterá um "positivismo" básico, gerando obstáculos à *Aufhebung*, devido à "pureza", infensa a "heterointegrações".

Não menos nocivo é o endeusamento da eficácia, que troca o formalismo normativo pelo formalismo sociológico. Este pode ser exemplificado com os ecos da ressurreição durkheimiana ortodoxa cujas repercussões criminológicas foram registradas por SZABO (144). Aqui, se põe a ênfase no parâmetro da "reação da coletividade", obscurecendo, com a figura da chamada sociedade global, as contradições classísticas nela presentes.

Está evidente, porém, que o preocupação com o valor, desligada dos fatos concretos da vida social, também pode conduzir a desvios, de cunho "metafísico", inteiramente alienados. Assim é que nascem aqueles fundamentos "jurnaturalísticos" do direito de propriedade, criticados, até por um sociólogo conservador como PERPIÑA RODRIGUEZ (145)

(140) Apud TREVES, *La Sociologia*, cit., p. 127.

(141) JUAN RAMON CAPELLA, *El Derecho como Lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968, *passim*.

(142) *Ibidem*, p. 25.

(143) *Ibidem*, *Ibidem*.

(144) Ver DENIS SZABO, *Déviance et Criminalité*, Paris, Armand Colin, 1970, p. 31.

(145) *La Propriedad: Crítica del Dominocentrismo*, Madrid, Instituto Balnes de Sociologia, 1959, ps. 76 e *passim*.

(139) LINTON, *The Tree*, cit., p. 123.

Um tridimensionalismo jurídico integral e integrante há que superar, não só as limitações de perspectivismos isolacionistas e antinômicos, mas, inclusive, os vestígios, que o chamado tridimensionalismo, dito específico, mantém, dum formalismo redutível às concepções “positivistas”.

CONCLUSÃO

Reconhecido o insucesso das explicações puramente biológicas ou psicológicas, tanto quanto do neo-sociologismo da aberração (*deviant behaviour*), a criminologia, mais recentemente, voltou a apelar para a ética. Mas esta, salvo direções ultrapassadas, importa no reconhecimento da liberdade real do homem com admissão simultânea das determinantes, a que está sujeito. Apropriando-se dos índices de seu próprio enquadramento nos processos naturais e sociais é que o homem dialético pode escapar ao mecanismo e ao relativismo, reorientar, criticamente, a própria conduta. A superestrutura normativa, com que se defronta, mergulha raízes na estratificação da sociedade, chamada global, e no conflito de posições e interesses dentro dessa estrutura. As normas jurídicas e morais têm a mesma origem social, e se diversificam nos processos de formalização e aplicação — as primeiras, heterônomas, externamente coercíveis, mediante sanções organizadas, e bilateralmente atributivas; as segundas, relativamente autônomas difusamente sancionadas e unilaterais. Ambos os tipos de normas geram, em seus âmbitos comunicantes, uma pluralidade de ordenamentos, que disputam a hegemonia. Há, sempre, mais de um modelo em vias de positivação. Daí os conflitos de “cultura” e “subculturas”, entre si e até mesmo internamente. É preciso avaliar os parâmetros concorrentes do *sein sollen*, ontologicamente vinculado ao próprio *sein*. Cientificamente, a bússola metodológica exige a dialetização, para superar o jogo das microvisões e o cancelamento recíproco dos resultados, nas formações multidisciplinares. Por esse caminho, é, então, possível enfrentar o feixe tríplice de aspectos, indissolúvelmente coligados e referentes: a) à formalização (em que se determina a origem e constituição do elenco de normas positivadas); b) à eficácia (em que se mede o poder efetivo de atuação daquelas normas em retórno imperativo, para buscar o controle dos processos sociais, donde emergem); c) à legitimidade (em que se analisem, crítico-valorativamente, os conteúdos positivados, para a cooptação de indivíduos e grupos, segundo os rumos históricos duma consciência jurídica e moral “desideologizada”). A noção de “subcultura” é: a) formalista (pela hierarquização acrítica dos elementos, conforme o arranjo dominante); b) meramente conservadora (pela admissão de uma espécie de homeostase, no próprio sistema). Por outro lado, a anomia, longe de representar, sociologicamente, a simples rejeição nihilista de toda e qualquer norma, denuncia a polarização de novos projetos de

positivação normativa, conquanto ainda hesitantes ou somente implícitos. Esses projetos inspiram-se na *praxis* social e organizam-se em movimentos ilegítimos (entrando no fluxo de anacronismos regressivos) ou legítimos (quando buscam o alargamento da quota de liberdade e justiça conscientizadas, perante os sistemas ainda atuantes e em exasperado e agressivo declínio). A anomia representa o prenúncio de mudança iminente, na estrutura institucionalizada, quando esta entra em *décalage* com a corrente histórica. As próprias contradições dum sistema, tornando-se mais agudas, despertam a consciência crítica, hoje arrimada no impulso, cada vez mais forte da comunicação, que estabelece um contato ecumênico. Nesse plano é que se forma o desenho imantado da nova moral e do novo direito.

Filosofia e sociologia, jurídica e moral, encontram-se, nos polos dialéticos de fato e valor, donde brotará a centelha de sínteses da necessidade e da liberdade, coligadas à *praxis*. Com elas, ilumina-se o processo subjacente às conjunturas históricas *in concreto*, e ali também se opera a clarificação dos esquemas valorativos e dos meios de inserção de indivíduos e grupos, no processo, para um engajamento lúcido e racional.

Esse deslinde da dialética imanente, captada na *praxis* e teoricamente reorganizada, não tolera mais o fixismo de valores, sacados à instância transcendente dalguma caverna platônica. Também não dá ensejo para a subsistência dos formalismos jurídicos e sociológicos das teorias puras ou de média alcance (*middle range theory*). No Brasil, o favorecimento pessoal de escravos em fuga increveu, a seu tempo, os abolicionistas, no rol dos “criminosos” comuns. Na Alemanha nazista, o genocídio prosperou, dentro da “normalidade” duma experiência “jurídica”, influenciando até as teorias criminológicas das “causas” raciais e da política criminal de “eugenia” social.

O itinerário da criminologia crítica, atualmente em foco, deverá consumir-se, a meu ver, em criminologia dialética. Nesta, evitando-se tanto a alienação, quanto o comprometimento cego numa *praxis* acrítica, poderá ser visto o que ocorre, não só no palco, mas também nos bastidores da filosofia, da ciência e da política criminais.

ASPECTOS DA TEORIA DO TIPO

HELENO CLAUDIO FRAGOSO

Sumário: 1. Tipos básicos e derivados; 2. Elementos do tipo; 3. Sujeito ativo; 4. Sujeito passivo; 5. Meios e modos de execução; 6. Outras circunstâncias do fato; 7. Elementos descritivos e normativos.

Não pretendemos elaborar completa teoria do tipo, mas, tão somente destacar alguns aspectos importantes da matéria, relacionados com a sua estrutura. Faremos igualmente aqui o exame de certas questões relativas à parte especial, que por sua generalidade, interessam a numerosas figuras de delito.

Tipos básicos e derivados

1. Encontramos na parte especial tipos básicos ou fundamentais de conduta punível junto a formas derivadas dos mesmos. Como diz MEZGER, os tipos básicos constituem a espinha dorsal do sistema na parte especial do código.

As derivações são formuladas tendo-se em vista que apresentam, em relação ao tipo básico, diverso merecimento de pena, pela ocorrência de circunstâncias que agravam ou atenuam, particularmente, a antijuridicidade do fato ou a culpabilidade do agente, na perspectiva de determinada figura de delito.

Em alguns casos, limita-se o legislador a introduzir, no mesmo dispositivo de lei, hipóteses agravadas ou atenuadas dos tipos básicos, formando, assim, crimes *qualificados* ou *privilegiados*.

Em outros casos, no entanto, formula o legislador, partindo do tipo básico uma nova e autônoma figura de delito, que é, no plano jurídico, independente e que constitui um *delictum sui generis*. É o caso do crime de infanticídio (art. 123).

Nos casos de crimes qualificados ou privilegiados, não surge a formação de novo tipo. Estamos diante de *elementos acidentais* que

alteram o tipo fundamental, agravando ou atenuando, de forma característica, a pena cominada. A configuração de tais hipóteses pressupõe sempre a aplicação do tipo básico ou fundamental.

Já o mesmo não ocorre em relação ao *delictum sui generis*, pois este constitui, para todos os efeitos, um tipo autônomo de crime, excluindo a aplicação do tipo básico. Os crimes qualificados e privilegiados são, com referência ao tipo fundamental, crimes da mesma espécie, o que é importante fixar, para os efeitos do crime continuado. O mesmo não ocorre com os tipos derivados que configuram crimes da mesma natureza, podendo dar lugar à reincidência específica.

A técnica adotada na parte especial de nosso código nem sempre torna fácil a exata identificação das hipóteses de crimes qualificados. Em alguns casos encontramos cominadas às hipóteses qualificadas penas autônomas (exs.: art. 121 § 2.º; 129 §§ 1.º, 2.º e 3.º; 133 §§ 1.º e 2.º; 134 §§ 1.º e 2.º, etc.). Todavia, em outros aparece previsto um aumento à pena do tipo básico, em *quantum* determinado. Ex. art. 127 (aborto com resultado morte e lesões corporais graves); 258 (lesão corporal e morte nos crimes de perigo comum), etc. (1). Esta última forma de qualificação aproxima-se das causas de aumento de pena, previstas em numerosas disposições da parte especial, que, em seu efeito, confundem-se com as formas qualificadas.

As causas especiais de aumento ou diminuição caracterizam-se por pressuporem a fixação prévia da pena-base aplicável (art. 50 § único Cód. Penal). Funcionam como circunstâncias legais, agravantes ou atenuantes, com efeito sobre determinadas figuras de delito. São geralmente previstas com aumento em *quantum* determinado, mas, por vezes estabelecem também aumento entre limites variáveis. Exemplo do primeiro caso temos nos arts. 129 § 4.º (um terço) e 226 (um sexto). Exemplo do segundo, temos no art. 157 § 2.º (aumento de um terço até metade).

Como vimos, as situações de qualificação que não prevêm penas autônomas, estabelecendo aumento em *quantum* determinado, dificilmente se distinguem das causas especiais de aumento, naqueles casos em que a própria rubrica não esclarece tratar-se de forma qualificada. Os efeitos, no entanto, de uma e outra dessas formas de agravamento são os mesmos. Têm a mesma natureza as circunstâncias que qualificam e as que constituem causas especiais de aumento. Estas últimas são sempre obrigatórias.

Os crimes privilegiados que aparecem com a cominação autônoma de pena menos grave (ex.: arts. 220; 242 § único, 281 § 2.º; 289 § 2.º,

etc), não oferecem dificuldades à exegese. A atenuação em tal caso, ora é facultativa (art. 121 § 1.º), ora é obrigatória (art. 293 § 4.º). Aqui também, no entanto, há casos em que a atenuação é prevista em *quantum* determinado ou variável, confundindo-se com as causas de diminuição de pena. Julgamos preferível renunciar a qualquer tentativa de distinguir, em tais hipóteses, o crime privilegiado, das causas especiais de diminuição. De *lege ferenda* entendemos que os crimes qualificados e privilegiados devem ter pena autônoma. Isso evitará dúvidas nos casos de concurso de delitos privilegiados e qualificados com causas especiais de diminuição ou aumento de pena (2).

As causas de aumento ou diminuição estão também previstas na parte geral (exs.: arts. 22 § único; 43 § único; 48 § único, etc.). Se concorrerem causas de aumento e de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua (art. 50 § único Cód. Penal). As causas de aumento ou diminuição não se confundem com as circunstâncias agravantes ou atenuantes legais (arts. 44, 45 e 48 do Cód. Penal) e o concurso de que aqui se cogita refere-se apenas à concorrência de causas de aumento ou diminuição previstas na parte especial para determinado crime. Exemplo de concurso dessa natureza teríamos no roubo praticado com emprego de arma, por duas ou mais pessoas (art. 157 § 2.º, incisos I e II Cód. Penal). As circunstâncias legais (agravantes ou atenuantes, previstas na parte geral) não se aplicam, quando entram na definição do delito, transformando-se em elementos do tipo. Nesse caso, deixam de ser tecnicamente circunstâncias, ou seja, *accidentalia delicti*. Igualmente não se aplicam quando qualificam o crime ou o tornam privilegiado (3).

São muito diversas em sua natureza as circunstâncias que o legislador considera para tornar o crime qualificado ou privilegiado. Qualifica-se o crime pela *superveniência de resultado mais grave* (art. 157 § 3.º); pelo emprego de determinados meios (art. 155 § 4.º n. III) ou modos de execução (art. 121 § 2.º n. IV); pelos motivos determinantes ou pelo fim de agir (art. 121 § 2.º n. I, II e V); pela *condição de vítima* (art. 148 § 1.º n. I); pela *extensão do dano* (art. 148 § 1.º n. III); pela *pluralidade de agentes* (art. 155 § 4.º n.º IV); pelo *abuso de função* por parte do agente (art. 150 § 2.º) ou pelas especiais circunstâncias de *tempo e lugar* (art. 150 § 1.º), etc.

Observa-se, hoje, a clara tendência a limitar a previsão de agravantes e atenuantes na parte especial, notadamente quando apresentam

(2) Para uma proposta de *lege ferenda* sobre o assunto, cf. MAURACH, *Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abweichungen und der eigenständigen Verbrechen "de lege ferenda"*, in *Materialien zur Strafrechtsreform*, I. Band, Bonn, 1954, ps. 249 e segs.

(3) O art. 44, Cód. Penal, consigna expressamente: "São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime..."

(1) Os critérios adotados pelo legislador para escolher entre uma e outra das formas de qualificação são inteiramente arbitrários, como se pode ver comparando o art. 342, § 1.º, com o art. 343, parágrafo único. O fundamento da agravamento é o mesmo (prática do crime com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal). Num caso a pena para o crime qualificado é autônoma. No outro consigna-se apenas que a pena deve ser duplicada.

caráter obrigatório. O Direito Penal moderno evoluiu, evidentemente, no sentido da ampliação do poder discricionário do juiz na aplicação das sanções penais. As numerosas hipóteses de crimes agravados e qualificados constituem limitação a tal poder, conduzindo à aplicação de penas inadequadas. Em nosso direito, por exemplo, quase todos os homicídios e furtos são qualificados.

O IX Congresso Internacional de Direito Penal, reunido na Haia, em agosto de 1965, recomendou que as circunstâncias agravantes sejam reservadas para a parte geral (4).

As circunstâncias, como se sabe, podem ser *subjetivas* (ou de caráter pessoal) e *reais* (ou objetivas). As circunstâncias subjetivas são as que se referem aos motivos determinantes, à qualidade ou condição pessoal do agente, às suas relações com a vítima ou com os demais partícipes ou co-autores. São circunstâncias objetivas as que se referem aos meios e modos de execução, à condição ou qualidade da vítima, ao tempo, lugar e ocasião do crime, bem como à natureza do objeto da ação (5).

Essa distinção entre circunstâncias subjetivas e objetivas é fundamental em nosso direito, pois somente estas últimas se transmitem aos co-autores e partícipes. Quando as circunstâncias de caráter pessoal passam a constituir elementos do tipo, comunicam-se aos co-autores, segundo dispõe o art. 26 Cód. Penal. No crime de peculato, por exemplo, a condição de funcionário público deixa de ser circunstância, para tornar-se elemento constitutivo do crime. Em consequência, o *extraneus* que participa do delito praticará também peculato, porque a condição pessoal elementar se comunica.

Não há, em relação às circunstâncias, responsabilidade objetiva. É necessário que o agente tenha consciência de que ocorrem e vontade de sua realização, tal seja o caso (6). É este um dos aspectos do

(4) As conclusões desse congresso, em cujo temário estavam as circunstâncias agravantes, estão publicadas na *Rev. Bras. Crim. Dir. Penal*, n.º 7, ps. 123 e segs. O congresso recomendou que as circunstâncias agravantes previstas na legislação penal sejam sempre facultativas e não obrigatórias.

(5) Cf. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Circunstâncias agravantes*, *Rev. Bras. Crim. Dir. Penal* n.º 6, ps. 109 e segs. HUNGRIA (*Comentários*, vol. I, p. 573), dando à expressão *circunstância* sentido amplo admite a existência da circunstâncias *mistas* que seriam aquelas que, "embora pessoais, se refletem sobre a objetividade do crime". Seriam exemplos, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz. *Data venia*, parece-nos impróprio aplicar a tais causas de extinção da punibilidade o conceito de *circunstância*, não o justificando a imprecisão técnica da própria lei. Não há circunstâncias *mistas*. De acordo, com razões diversas: JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado*, IV, p. 30.

(6) Conclusão nesse sentido foi aprovada por unanimidade no IX Congresso Internacional de Direito Penal (cf. *Rev. Bras. Crim. Dir. Penal* n.º 7, p. 124). No direito italiano prevalece entendimento diverso, por força de disposição expressa de lei (art. 59, Cód. Penal), à qual se opõe a doutrina moderna. Cf. o relatório de NUVOLONE, no volume *Les circonstances aggravantes en droit pénal italien*, Editions Cujas, 1964, p. 15. HUNGRIA (*Comentários*, vol. I, p. 573) sustenta que as circunstâncias se aplicam "sejam ou não conhecidas".

princípio geral *nulla poena sine culpa*, que domina o Direito Penal de nosso tempo.

Nos crimes qualificados pelo resultado, por este não responde o agente se não os houver causado culposamente. Na maioria das hipóteses do art. 129 parágrafos 1.º e 2.º e no art. 157 § 3.º o resultado mais grave pode ser, igualmente, doloso. A exclusão da responsabilidade objetiva em tais casos não é pacífica. Entre nós, autores importantes entendem que há, no caso, responsabilidade sem culpa (7). É certo que nossa lei autoriza esse entendimento, que prevalecia na Alemanha, antes da alteração introduzida em 1953, no § 56 do Código Penal, embora ali sempre houvesse aquele "círculo pequeno e seletivo", a que aludia MAYER, repudiando a *Erfolgshaftung*. O código italiano, que admite expressamente a responsabilidade sem culpa, não serve de paradigma.

É hoje universal o repúdio à responsabilidade objetiva, que os projetos modernos proscreveram. Nossa lei pode e deve ser interpretada nesse sentido, pois estabelece como princípio geral a responsabilidade a título de dolo, afirmando a excepcionalidade da punição a título de culpa. A lei penal deve ser interpretada de acordo com os valores da época presente.

Admitir-se hoje, diante de nossa lei, responsabilidade objetiva nos crimes qualificados pelo resultado constitui posição *reacionária* insustentável. Como aceitar o entendimento de que possa o juiz impor a pena de dois a cinco anos de reclusão a quem cause lesão corporal de que resulta aborto, sem saber e sem ter razões para saber que a mulher estava grávida?

A culpa é exigência fundamental e elementar do delito, constituindo, como dizia MAX ERNST MAYER, um produto da cultura. No sentido de torná-la pressuposto indispensável da pena evoluiu o Direito Penal, e é missão do jurista interpretá-lo, dentro da possível capacidade de expansão da norma, para que se ajuste àquela exigência. Com respeito aos crimes qualificados pelo resultado, em nosso sistema de direito, isso se faz com extrema simplicidade e correção técnica, como bem demonstrou NELSON HUNGRIA.

A regra a estabelecer é, pois, a de que deve haver, em relação à circunstância agravante ou à condição de maior punibilidade, pelo menos culpa *stricto sensu*. Se, por exemplo, o crime de estelionato for praticado em detrimento de entidade de direito público, somente

(7) COSTA E SILVA, *Comentários ao Código Penal*, 1967, p. 98; BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal*, vol. I, p. 270; ESTHER FIGUEIREDO FERRAZ, *Os delitos qualificados pelo resultado no regime do Código de 1940*, 1948, p. 131; ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, vol. II, p. 460 (veja-se, porém, as reservas que introduz no vol. IV, ps. 89 e 200). Com a boa doutrina: HUNGRIA, *Comentários*, vol. I, p. 309; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado*, vol. II, p. 377; MAGALHÃES NORONHA, *Dir. Pen.*, vol. I, p. 168.

se aplica a agravação prevista no art. 171 § 3.º Cód. Penal, se o agente conhecia essa circunstância ou se, pelo menos, devesse conhecê-la.

Um caso à parte constitui, em nosso direito, a hipótese do artigo 48 § único Cód. Penal, segundo a qual, se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido. Esse antiquado dispositivo de nosso código contrasta com a regra que hoje domina a responsabilidade em caso de participação e co-autoria. Essa regra estabelece que cada partícipe ou co-autor deve ser punido segundo sua própria culpabilidade e independentemente da culpabilidade dos demais (8). É evidente que no art. 48 § único estamos diante de um caso excepcional de responsabilidade sem culpa.

O dispositivo que examinamos, no entanto, não será aplicável se a maior gravidade resultar de uma circunstância de caráter pessoal. Assim, se alguém participar de um crime de homicídio executado por quem visava a assegurar a vantagem de outro crime, não responderá por homicídio qualificado, se ignorava essa circunstância. Prevalece em tal caso a incommunicabilidade da circunstância de caráter pessoal.

Pode ocorrer o concurso entre circunstâncias que agravam e circunstâncias que atenuam; entre situações que tornam o crime privilegiado e situações que o tornam qualificado. É o caso, por exemplo, do homicídio praticado por motivo de relevante valor social ou moral mediante asfixia. O fato apresenta ao mesmo tempo circunstâncias que atenuam e circunstâncias que qualificam.

Não se pode cogitar do concurso a que aludimos, em relação às circunstâncias de caráter subjetivo, como seria o caso, no homicídio, do crime praticado por motivo fútil, mediante paga ou promessa de recompensa, etc. O concurso só é possível com causas objetivas de agravação, que dizem com os meios e modos de execução ou com a qualidade do objeto.

MEZGER entende que em tais situações deve averiguar-se, em cada caso, qual o fundamento mais importante, no sentido da lei, pois é este que deve prevalecer. Em caso de dúvida, deve aplicar-se a causa de atenuação (9). MAURACH no entanto afirma que, quando as consequências jurídicas da qualificação e do privilégio se contrapõem, deve prevalecer a hipótese privilegiada (10). Essa deve ser a solução em nosso direito, que considera preponderantes as circunstâncias de caráter pessoal (art. 49 Cód. Penal) (11).

(8) Para crítica ao art. 48, parágrafo único, e seu correspondente no anteprojeto HUNGRIA, cf. HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *A Reforma da Legislação Penal*, in *Rev. Bras. Crim. Dir. Penal*, n.º 2, ps. 71 e segs. O art. 33, § 3.º, do anteprojeto foi alterado pela comissão revisora. Cf. art. 35 § 1.º novo Código Penal.

(9) *Leipziger Kommentar* edição de 1957, vol. I, p. 44.

(10) MAURACH, ob. cit. (nota 2), p. 255, e *Lehrbuch*, p. 205. Chama a isso de efeito de bloqueio do tipo atenuado (*Sperrwirkung des mildernden Tatbestandes*). Cf., para mesma solução, HELLMUTH MAYER, *Strafrecht*, 1953, p. 96.

(11) De acordo: ANIBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, IV, p. 126; BASILEU GARCIA,

Pode configurar-se a tentativa nos crimes qualificados, desde que não se trate de crimes qualificados pelo resultado, salvo as hipóteses já assinaladas (arts. 129 §§ 1.º e 2.º e 157 § 3.º), em que o evento mais grave pode ser doloso.

As circunstâncias subjetivas operam independentemente do grau alcançado pelo delito a que se referem (12). Assim sendo, configura-se tentativa de homicídio qualificado quando o agente, por motivo fútil, inicia a execução do crime e o resultado não sobrevém. As circunstâncias objetivas permitem, por igual, a tentativa de crime qualificado, podendo certos meios e modos constituir mesmo início de execução do crime a que se referem. É o caso, por exemplo, do arrombamento ou da escalada, no furto. Cumpre notar que a *desistência* relativamente ao meio que qualifica exclui a tentativa do crime qualificado, quando o agente prossegue na execução por outros meios. Dá-se aqui, como observa VANNINI, aplicação analógica da regra geral sobre a desistência voluntária.

Elementos do tipo

2. Apresenta o tipo a conduta delituosa constituindo, como diz WELZEL, a matéria da proibição. O comportamento punível expressa-se por um verbo que constitui, como se tem afirmado, o seu *núcleo*. A ilicitude penal, no entanto, raramente aparece com uma simples ação, como no caso do homicídio, que se define “matar alguém” (art. 121 Cód. Penal). Geralmente surgem no tipo referências ao sujeito ativo, à vítima, à modalidade da ação ou ao meio, tempo, lugar, etc. Isso significa que a ofensa ao interesse penalmente tutelado se apresenta ou é condicionada pelo concurso de tais elementos, que são constitutivos da infração.

Como é óbvio, a ação delituosa exige sempre a exata realização de todos os elementos da conduta típica.

Estudaremos a seguir, em suas características gerais, os elementos mais importantes na estrutura do tipo.

Sujeito ativo

3. Em regra, não se refere a lei ao sujeito ativo do crime. Podem os fatos puníveis, em geral, ser realizados por qualquer pessoa. Há casos, no entanto, em que a autoria está limitada a determinadas pessoas que apresentam certas qualidades, jurídicas ou de fato, ou que se acham em situação especial.

Instituições, p. 513; OLAVO OLIVEIRA, *O Delito de matar*, p. 165. Contra: E. CUSTÓDIO DA SILVEIRA, *Dir. Pen.*, p. 72; MAGALHÃES NORONHA, *Dir. Pen.*, vol. II, p. 33. A jurisprudência é vacilante, como deixaremos consignado em cada caso. Cf. sobre o assunto, igualmente JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. II, p. 506.

(12) VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milão, 1952, p. 155.

Os crimes que podem ser praticados por qualquer pessoa, chamam-se comuns (*delicta communia*). Os que só por determinadas pessoas podem ser cometidos chamam-se *especiais* ou *próprios* (*delicta propria*) (13). Nêstes últimos, a qualidade ou condição pessoal do agente constitui fundamento da ilicitude ou fator de particular reprovabilidade da ação, pela transgressão de especiais deveres, funcionando como agravante da punibilidade (14).

Alguns autores afirmam que a norma penal nos crimes próprios se dirige apenas às pessoas que reúnem as condições exigidas para a autoria (15). Tais crimes admitem, no entanto, a participação do *extraneus* e é evidente que a norma penal a êstes não poderia aplicar-se, se não fôsse por igual válidos destinatários da mesma.

As qualidades e situações relativas ao agente, nos crimes próprios, podem ser de fato ou jurídicas. As qualidades ou situações de fato podem ser naturais ou sociais. Exemplo das primeiras temos no sexo (o crime de auto-abôrto só pode ser praticado por mulher; o de sedução, por homem) e na condição de *enfêrmo* (arts. 130 e 131 Código Penal). Situações sociais relativas ao agente, temos nas relações de *autoridade* (art. 133 Código Penal), *ofício ou profissão* (art. 154 Código Penal). etc.

CARNELUTTI apresenta ampla enumeração das qualidades e situações *jurídicas* relativas ao agente nos crimes próprios, mostrando que podem provir de diversos ramos do direito, como o constitucional (cidadão); o processual (juiz, procurador, testemunha, perito); o administrativo (oficial ou agente de polícia, funcionário do serviço postal, pessoa que exerce profissão sanitária); o privado (cônjuge, tutor, curador, proprietário, co-herdeiro, condômino, depositário, sócio etc) (16).

(13) A bibliografia sobre o tema não é muito ampla: NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, 1903; ALLEGRA, *Sulla rilevanza giuridica della posizione del soggetto attivo del reato*, Riv. it., 1936, ps. 511 e segs. e 255 e segs.; Idem, *Azione del reato proprio e tipologia di azione e di autore*, Sc. Pos., 1950, ps. 389 e segs.; BETTIOL, *Sul reato proprio*, 1939; MAJANI, *Osservazioni sulla situazione giuridica del soggetto agente nella struttura del reato proprio*, Bollettino dell'Istituto di dir. e proc. penale, Pavia, 1960-1961, ps. 129 e segs.; Idem, *In tema di reato proprio*, 1964. Cf., ainda, CARNELUTTI, *Teoria General del Delito*, trad., 1952, ps. 97 e segs. e GRISPIGNI, *Dir. Pen. It.*, vol. II, ps. 211 e segs.

(14) A doutrina alemã distingue no crime próprio duas espécies. Quando a qualidade ou condição pessoal do agente é fundamento da punição, o crime próprio diz-se *genuíno*. Exemplos em nosso direito: arts. 267, 317, 319, 355 etc. Não *genuínos* são os crimes próprios em que a condição pessoal do sujeito ativo apenas torna o fato mais grave. Êstes últimos, como diz MAX ERNST MAYER (*Der Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts*, 1915, p. 95), não constituem transgressão de dever jurídico geral. Exemplos dessa última categoria temos nos crimes funcionais impróprios: arts. 312, 322, etc.

(15) BETTIOL, *Sul reato proprio*, p. 12; *Diritto Penale*, 1966, p. 81; GRISPIGNI, ob. cit., p. 212. Veja-se a confutação de VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, 1930, vol. II, p. 482, e MAJANI, *Osservazioni*, cit., p. 138.

(16) CARNELUTTI, *Teoria general del Delito*, p. 100. CARNELUTTI estuda a

Quando, para caracterizar o crime próprio, a lei penal se refere à qualidade jurídica do agente, acolhe, em regra, o conceito que da mesma prevalece em outros ramos do direito. Isso não exclui que a própria lei penal estabeleça, em certos casos, para os efeitos do direito punitivo, conceituação especial, como, por exemplo a de funcionário público (art. 327 Cód. Penal).

A qualidade do agente exigida pela lei deve ser presente no momento da ação e o agente deve ter consciência da mesma. O erro a respeito é essencial (17).

A lei penal atribui relevância à qualidade ou condição pessoal do agente em casos diversos. Nos crimes próprios identificamos eficácia *constitutiva*. Aqui a configuração do tipo depende da qualificação do agente, o que se verifica quando a prática do fato por pessoa diversa seria penalmente indiferente ou daria lugar a outro crime.

A qualificação do agente tem eficácia *impeditiva*, quando exclui a punibilidade, constituindo causa pessoal de exclusão de pena. Assim, a relação de parentesco nos crimes patrimoniais não violentos (artigo 181 Cód. Penal) e no favorecimento pessoal (art. 348 Cód. Penal). A eficácia é *modificativa*, quando influi na pena, aumentando-a ou diminuindo-a (exs.: arts. 226, 227, § 1.º, 228 § 1.º, etc.).

Crimes próprios são todos aqueles em que se apresentam como elementos constitutivos qualidades, estados, condições e situações do sujeito ativo, de forma explícita ou implícita. Entram, pois, nesta categoria aqueles casos em que se exigem determinadas relações do agente com o sujeito passivo, com o objeto material, o instrumento ou o lugar, ou, ainda, um comportamento precedente do sujeito ativo (18). Exemplos dessa última categoria temos no recebimento da moeda de boa fé, no crime previsto no art. 289 § 2.º Cód. Penal. Da primeira, na omissão de socorro (art. 135 Cód. Penal), que só pode ser praticada por quem tenha encontrado criança abandonada ou extraviada ou pessoa inválida ou ferida, etc.

São próprios os crimes comissivos por omissão (19), pois só podem ser praticados por quem se ache na posição de garantidor da não superveniência do resultado, pela ocorrência de um dever jurídico que deriva da lei, do contrato ou de anterior atividade causadora do perigo. Tais crimes só podem ser praticados por quem se ache em determinada relação com o bem jurídico tutelado.

As circunstâncias de caráter pessoal não se transmitem aos co-autores e partícipes, salvo quando deixam de ser circunstâncias e se transformam em elementos constitutivos do delito. Admite-se, portanto, a participação e a co-autoria de um *extraneus* nos crimes pró-

situação do agente nos crimes próprios no capítulo da *legitimação* para o delito, empregando a inaceitável terminologia de seu conhecido sistema.

(17) Contra: MANZINI, *Tratado*, vol. I, p. 512.

(18) GRISPIGNI, *Dir. Pen. It.*, vol. II, p. 215.

(19) WELZEL, *Strafrecht*, ps. 58 e 184.

prios. Subsiste, por outro lado, o crime próprio, quando o *intra-neus* se serve de pessoa não qualificada para a prática da ação típica. Não deixa de configurar-se o crime de concussão (art. 316 Cód. Penal), por exemplo, quando o funcionário se utiliza de um *extraneus* para formular a exigência da vantagem indevida, ou o crime de corrupção passiva (art. 317 Cód. Penal), quando o funcionário não solicita ou recebe, pessoalmente, a vantagem, mas o faz através de outra pessoa, que pode ser um *extraneus* ou outro funcionário. Como diz MEZGER, entende-se que neste caso foi proibida e sancionada com pena não determinada conduta pessoal, mas sim a produção de determinado resultado por pessoa qualificada (20).

São crimes de *mão própria* aqueles que não admitem autoria mediata, ou seja, os crimes em que o sujeito ativo deve necessariamente realizar a ação típica, não podendo utilizar para isso interposta pessoa. Nestes casos, o desvalor da conduta delituosa e a ofensa ao bem jurídico tutelado dependem da realização pessoal da conduta típica. É o caso, por exemplo, do adultério, do falso testemunho, da deserção, etc. (21). Os crimes de *mão própria* admitem, no entanto, a participação.

Chamam-se *plurissubjetivos* ou coletivos aqueles crimes que necessariamente exigem para configurar-se o concurso de duas ou mais pessoas. São também chamados *crimes de concurso necessário* (22). Os crimes dessa espécie podem ser de conduta *unilateral* ou de conduta *bilateral*. São de conduta unilateral quando a ação de todos os autores converge para um único fim, como no crime de bando ou quadrilha (art. 288 Cód. Penal). São de conduta bilateral, também chamados de encontro, quando os agentes se apresentam em oposição uns aos outros, ou em recíproca agressão, como na rixa (art. 137 Código Penal).

Os crimes plurissubjetivos admitem a participação. Pode alguém, por exemplo, participar do crime de rixa, auxiliando de forma secundária os que se empenham em luta. É claro que a participação pressupõe a presença do número necessário de agentes para integrar a estrutura do crime plurissubjetivo.

(20) MEZGER, *Tratado*, vol. II, p. 287. Veja-se também, MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch*, p. 215 nota 6, e os autores ali citados. Em sentido contrário à solução proposta no texto, MAJANI, *Osservazioni*, cit., p. 144.

(21) Sobre os crimes de *mão própria* veja-se especialmente BINDING, *Die drei Grundformen des verbrecherischen subjekts: der Täter, der Verursacher (Urheber), der Gehilfe*, in *Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen*, 1915, vol. I, ps. 265 e segs.

(22) Esta categoria de delitos foi objeto de estudo notável na obra de GRISPIGNI, *Diritto Penale Italiano*, vol. II, ps. 220 e segs. Num sentido amplo, GRISPIGNI admite a existência de crime plurissubjetivo sempre que o fato punível exija necessariamente a conduta de duas ou mais pessoas. Admite também um crime plurissubjetivo de forma anômala ou pseudo-plurissubjetivo, no qual pode haver participação impunível, constitutiva do evento.

A participação do agente na ação do co-autor é indiferente e não implica em pluralidade de crime. Na bigamia, por exemplo, se ambas as pessoas são casadas, praticarão um só crime (23).

O concurso necessário dos demais agentes deve estar abrangido pelo dolo de quem pratica crime plurissubjetivo. Isso significa que, do ponto de vista subjetivo, tais crimes exigem a consciência da participação alheia.

Consuma-se o crime plurissubjetivo quando se realiza a conduta típica de todos os agentes necessários, ainda que essa conduta se desenrole em tempo e lugar diversos. Não há possibilidade de que o crime seja consumado para alguns e tentado apenas, para outros. O crime plurissubjetivo constitui um todo unitário.

Com relação à desistência voluntária e ao arrependimento eficaz, prevalecem as regras do concurso eventual. A extinção da punibilidade limita-se ao agente que desiste ou se arrepende, sendo os demais puníveis por tentativa (24). No caso de desistência, se subsiste o número mínimo indispensável de agentes, podem estes ser punidos, tal seja o caso, por crime consumado.

Em alguns casos, o concurso de agentes *eventual* constitui forma qualificada ou agravada de certos delitos. Dois são os critérios adotados pelo legislador neste ponto. Ora se exige a presença de todos os que concorrem para o crime em atos de execução, como no caso do constrangimento ilegal (art. 146 § 1.º Cód. Penal), ora não se exige, bastando qualquer forma de participação no delito. Esta última é a modalidade mais comum, e vamos encontrá-la no furto (art. 155 § 4.º n.º IV), no roubo (art. 157 § 2.º n.º II), no esbulho possessório (art. 161 § 1.º n.º II) e nos crimes contra a liberdade sexual (artigo 226 n.º I). No primeiro caso, o fundamento da agravante reside no efeito que advém da presença dos que praticam o crime no momento da execução. No segundo caso atende-se à maior eficiência e perigo da criminalidade associada, que não depende da presença de todos os partícipes na execução do crime (25).

Sujeito passivo

4. A semelhança do que ocorre em relação ao sujeito ativo, há numerosas figuras de delito que se referem expressamente à pessoa que deve ser atingida pela ação criminosa.

(23) GRISPIGNI, *Dir. Pen. it.*, II, p. 263.

(24) HUNGRIA, *Comentários*, vol. I, p. 572 (n.º 120), entende que o arrependimento e a desistência se comunicam aos partícipes e co-autores. No sentido do texto: ANIBAL BRUNO, II, p. 624.

(25) Sobre a configuração da agravante do concurso de agentes eventual, cf. HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Concurso de agentes na qualificação do furto*, *Rev. For.*, vol. 173 (1957).

Sujeito passivo do crime é o titular do bem jurídico tutelado com a incriminação de determinado fato. O sujeito passivo não se confunde com o objeto material do crime, que é a coisa ou pessoa sobre a qual recai a ação delituosa. Em alguns casos, porém, o objeto material e o sujeito passivo se confundem, como no homicídio.

Nos crimes contra o corpo social ou a sociedade (exs.: crimes contra a saúde pública, a fé pública, etc.), há ofensa a interesse que pertence a todos os cidadãos, considerados *uti singuli*, motivo pelo qual é sujeito passivo necessariamente a coletividade ou o corpo social, e não o Estado como pessoa jurídica.

A pessoa atingida pela ação delituosa é mencionada em grande variedade de tipos de delito, seja como sujeito passivo, seja como objeto material do crime.

A qualificação da vítima tem também eficácia *modificativa*, nas situações em que agrava a punibilidade particularmente (26).

A *idade da vítima* é elemento constitutivo de diversos delitos, no aspecto da *menoridade*, funcionando também como causa de aumento de pena. O adolescente, a criança e o recém-nascido constituem objeto de especial tutela jurídica, os primeiros particularmente no que se refere aos crimes contra os costumes.

Há casos em que o legislador menciona, na descrição da conduta típica, expressamente, a idade da vítima, seja fixando-lhe um limite máximo (ex.: menor de 18 anos, arts. 224, 245, 247, 248, 249); seja estabelecendo também um limite mínimo (ex.: menor de 14 a 18 anos, arts. 217, 218; menor de 14 a 21 anos, art. 220). A fixação do limite mínimo relaciona-se com a presunção de violência em razão da menoridade, aplicável somente aos crimes contra os costumes (artigos 224 letra a e 232).

Quando os limites de menoridade funcionam como causa de aumento, os critérios são os mesmos: menor de 18 anos (arts. 159 § 1.º, 281 § 4.º); menor de 14 a 18 anos (arts. 215 parágrafo único, 216 parágrafo único, 227 § 1.º, 228 § 1.º, 230 § 1.º, 231 § 1.º).

Em certos casos a menoridade deve concorrer com outra qualificação pessoal da vítima. Exs.: mulher virgem (art. 217); filho (arts. 244 e 245); menor sujeito a poder, guarda ou vigilância (artigo 247).

Nem sempre, porém, os limites de idade estão fixados no tipo. Nos arts. 134 e 242, refere-se a lei a *recém-nascido*. No art. 135, a *criança*. No art. 246, a *filho em idade escolar*. Nos arts. 122 § II e 173, simplesmente a *menor*. Os limites são, em tais casos, incertos, tratando-se de elementos normativos do tipo. A determinação desses

(26) Não nos referimos às agravantes genéricas do art. 44, II, letras f, g e l, mas aos casos em que a qualidade ou condição pessoal da vítima qualifica o crime ou constitui causa de aumento de pena. Não há causas de diminuição ou privilégio relacionadas com a pessoa da vítima.

elementos constitui tarefa delicada e exigirá que se tenha em conta a objetividade jurídica do delito e as circunstâncias de fato, relacionadas com a idade da vítima, capazes de conferir à ação ilicitude penal ou maior gravidade (quando a menoridade funciona como causa de aumento de pena).

A condição pessoal da vítima apresenta-se com grande variedade. Em relação ao *sexo*, observamos que há crimes que só podem ser praticados contra *mulher*, como o aborto (arts. 125 e 126); o estupro (art. 213); a posse sexual mediante fraude (art. 215); o atentado ao pudor mediante fraude (art. 216); a sedução (art. 217) e o rapto (arts. 219 e 220). Na sedução exige-se que a mulher seja *menor* e *virgem*. No atentado ao pudor mediante fraude e no rapto violento ou mediante fraude, que seja *honesta*, elemento de determinação imprecisa, em termos conceituais.

A condição de saúde, física e mental, é considerada na configuração de alguns delitos. Na omissão de socorro, art. 135 (a pessoa *inválida ou ferida ao desamparo*); no abuso de incapazes, art. 173 (pessoa *alienada ou débil mental*); no abandono material, art. 244 (ascendente *inválido ou valetudinário*, descendente ou ascendente *gravemente enfermo*); no induzimento à fuga e na subtração de incapazes, arts. 248 e 249 (pessoa *interdita*). O crime de induzimento à especulação (art. 174 Cód. Penal) só pode ser praticado contra pessoa *inexperiente, simples ou mentalmente inferior*.

A qualificação do sujeito passivo pode consistir em determinar a qualidade jurídica ou de fato, como ocorre com o sujeito ativo nos crimes próprios. Alguns tipos referem-se a *filho* (arts. 243, 244, 246 Cód. Pen.) e a ascendente ou descendente (Art. 244). A relação de parentesco, no entanto, é geralmente considerada como agravante de certos delitos, notadamente contra os costumes (arts. 148 n.º I, 226, 227 § 1.º, 228 § 1.º, 230 § 1.º, 231 § 1.º).

Em todos os casos em que o tipo exige determinada qualidade ou condição pessoal da vítima, deve ela estar coberta pelo dolo, sendo elemento essencial. Deve o agente, portanto, ter consciência de que a vítima possui a qualidade exigida por lei. O erro a tal respeito é essencial e pode dar lugar à configuração de outro tipo de delito (se a qualidade do sujeito passivo for mero elemento *diferencial*) ou à exclusão de crime.

Meios e modos de execução

5. Considera a lei, em diversas figuras de delito, determinados meios e modos de execução, como elementos constitutivos ou como circunstâncias qualificativas e causas de aumento de pena.

Meio é o instrumento de que se serve o agente para prática da ação criminosa, sendo constituído sempre por uma coisa. A violên-

cia, a ameaça e a fraude, não são meios, mas *modos* de execução ou formas da conduta (27).

A lei destaca determinados meios para configurar hipóteses qualificadas ou agravadas de determinados delitos (28). Não encontramos, em regra, o meio como elemento integrante do tipo. A incriminação faz-se, nos crimes materiais, atendendo-se a certos resultados de dano ao bem jurídico que a lei tutela, qualquer que tenha sido o meio utilizado pelo agente para alcançá-los.

O emprêgo de meios *perigosos* (substância inflamável ou explosiva) qualifica os crimes de homicídio (art. 121 § 2.º III) e de dano (art. 163 parágrafo único, n.º II). O homicídio é também qualificado quando o agente o pratica mediante veneno, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel.

Diversos delitos são qualificados ou agravados quando o agente os pratica servindo-se de arma.

O crime de constrangimento ilegal tem condição de maior punibilidade quando para a execução do mesmo há *emprêgo de armas* (art. 146 § 1.º). A invasão de domicílio é qualificada se for praticada com o *emprêgo de arma* (Art. 150 § 1.º). A pena do roubo será aumentada se a violência ou ameaça forem exercidas com *emprêgo de arma* (art. 157 § 2.º n.º I), o que ocorre também com a extorsão (art. 158 § 1.º). Em todos esses casos, a qualificação ou o aumento de pena exigem o *emprêgo* da arma, o que significa que a arma é aqui considerada como elemento instrumental *em ato*. Não basta que o agente tenha a arma consigo. É necessário que a empregue.

O crime de fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança detentiva, será qualificado se for praticado *a mão armada* (art. 351 § 1.º Cód. Penal), o que igualmente significa o *emprêgo* atual da arma, como forma tácita ou expressa de intimidação.

O crime previsto no art. 288 Cód. Penal qualifica-se “se o bando ou quadrilha é armado”. Esse dispositivo é equívoco e oferece dificuldades exegéticas que a seu tempo examinaremos. Assinalamos, no entanto que aqui a arma funciona como agravante atendendo-se ao perigo *potencial* que representa o seu uso. Para a qualificação bastará a *posse* de arma ou armas. Nesse caso, ou seja, no caso em que a arma não é considerada como meio, não bastará a posse acidental e dificilmente se poderá admitir que bastem as armas impróprias.

Ao contrário do que ocorre com outras legislações, nosso Código Penal não oferece definição de arma (29).

(27) GRISPIGNI, *Dir. Pen.*, II, p. 283. Em algumas passagens a lei emprega a palavra *meio* com impropriedade (ex.: art. 130, Cód. Penal).

(28) Constitui agravante genérica a prática do crime “com emprêgo de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum” (art. 44, II, letra e).

(29) Cf. Códigos francês (art. 102); italiano (art. 585); tchecoslovaco, de 1970 (§ 1); húngaro, de 1961 (Sec. 115).

As legislações antigas referiam-se a armas *ofensivas* e *defensivas* (30), bem como a arma *insidiosas* (31). Hoje prevalece na doutrina a distinção entre armas próprias e impróprias, que é, aliás, antiga, já estando prevista nos Códigos toscano, de 1853, e sardo, de 1859.

A expressão *arma* perante nossa lei compreende todos os instrumentos normalmente destinados ao ataque ou à defesa (arma *própria*), bem como quaisquer outros instrumentos que, conquanto destinados a outros fins, podem ser eficientemente empregados no ataque ou na defesa (arma *imprópria*).

São armas próprias, por exemplo, as de fogo, como revólveres, metralhadoras, pistolas, espingardas; e as armas brancas, como punhais, sabres, estiletos, estoques, espadas. Aqui também se incluem os explosivos como bombas e granadas, morteiros, etc. São armas impróprias, por exemplo, as espingardas de caça, as facas, facões, navalhas, canivetes, não se excluindo qualquer outro instrumento pesado ou utensílio que possa servir ao ataque, como bastões, barras de ferro e, inclusive, pedras (32).

Constituem arma também os gases mortíferos e lacrimogêneos (33).

Como vimos, nosso código se refere a *arma* como elemento que agrava ou qualifica determinados delitos, atendendo a que constitui *meio perigoso*, ou seja, ao perigo que representa o emprêgo de arma. É necessário, em consequência, que se trate efetivamente de arma, não bastando que o agente se sirva da arma simulada (como seria um revólver de brinquedo) (34). Por outro lado, o agente deve ter consciência de que emprega verdadeiramente uma arma.

(30) Ordenações Filipinas, Livro V, art. 80, §§ 12 e 13 (espingardas, arcabuzes e bestas). O Código Penal de 1830 referia-se ainda a armas *ofensivas* (art. 297), o mesmo ocorrendo com o Código de 1890 (art. 377). Sobre a antiga distinção entre armas *ocultas* e *aparentes*, cf. CARRARA, *Programa*, § 2.797.

(31) Código Zanardelli, art. 470. Além de armas brancas perigosas (punhais, estiletos) incluíam-se nesse conceito as armas de fogo de calibre inferior a 161 mm.; as bombas e máquinas infernais, bem como as armas brancas ou de fogo encerradas em bastões e tubos.

(32) A conceituação ampla de arma remonta ao direito romano, e vamos encontrá-la em várias passagens do *Digesto*. Em substância, arma é tudo o que pode causar dano. Cf. D. 43, 16, 3 § 2.º; D. 48, 6, 9; D. 48, 6, 11 § 1.º e D. 50, 16, 41. Este último fragmento refere-se expressamente às pedras (*lapides*). Veja-se também, por significativa, a passagem de CAIO, no D. 47, 2, 54, § 2.º (*omne quod nocendi causa habetur*). CHAVEAU-HÉLIE *Théorie*, II, p. 174, somente admitem que as pedras sejam consideradas armas, se chegaram a ser lançadas pelo agente: “*Le jet de ces pierres révèle seul l'intention de l'agent; c'est un acte qui leur imprime la qualité d'armes*”. Era, aliás, a lição de FARINÁCTO (*Quaest.* 108, n.º 88): *Armorum appellatione veniunt lapides et fustes, post percussionem cum ipsis factum, non autem ante*.

(33) O Código italiano menciona-o expressamente (art. 585 *in fine*): “*Sono assimilate alle armi le materie esplodenti e i gas asfissianti o accecanti*”.

(34) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, p. 1.052; SOLEK, *Der. Pen.*, IV, p. 247.

Não constitui arma uma velha garrucha enferrujada, nem o revolver a que faltam peças essenciais, tornando-o imprestável na ocasião (*Rev. For.*, 98/705). Arma é o instrumento em condições de ser utilizado ou o que pode a qualquer instante, ser pôsto em condições de ser usado para o ataque ou a defesa. O revólver descarregado, se o agente não trazia a munição, ou o revólver carregado com cartuchos de pólvora seca, não constituem arma no sentido que estamos examinando (35). Isso não exclui, como é óbvio, que tais instrumentos (e inclusive a falsa arma) possam ser empregados com eficiência para ameaçar e intimidar.

Quando a arma é efetivamente empregada como meio para a violência, não surgem dificuldades para a agravação ou qualificação, pelo emprêgo de armas impróprias. Se se trata, porém, de *ameaça*, ou seja, se tais armas não foram efetivamente empregadas para a violência pessoal, é necessário, como ensina SOLER, que o juiz aprecie se, de fato, pela forma como foram mostradas, representavam ou não um argumento de violência física imediata (36).

Em numerosas figuras de delito surge a *violência* como elemento constitutivo. Em alguns crimes está ela *implícita*, como no homicídio, nas lesões corporais, na rixa, no dano, no arrebatamento de prêso, etc. Em outros, há referência expressa à violência, como modalidade da ação delituosa. É o caso do constrangimento ilegal (art. 146); do roubo (art. 157); da extorsão (art. 158); do esbulho possessório (art. 162, n. II); do atentado à liberdade de trabalho (art. 197); do atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta (art. 198); do atentado contra a liberdade de associação (art. 199); da paralização de trabalho seguida de violência ou perturbação da ordem (art. 200); da frustração de direito assegurado por lei trabalhista (art. 203); da frustração de lei sobre nacionalização do trabalho (art. 204); do estupro (art. 213); do atentado violento ao pudor (art. 214); do rapto violento (art. 219); da violência arbitrária (art. 322); da resistência (art. 329); da coação no curso do processo (art. 344); da evasão mediante violência à pessoa (art. 352) e da violência em arrematação judicial (art. 358).

A violência é também prevista como qualificação ou como causa especial de aumento de pena de numerosos delitos (arts. 150 § 1.º; 155 § 4.º n. I; 163, n. I; 208 parágrafo único; 209 parágrafo único; 227 § 2.º 228 § 2.º; 230 § 2.º e 231 § 2.º).

A violência, a ameaça e a fraude estão presentes em numerosas passagens da parte especial. Trata-se de formas de conduta que apre-

(35) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, p. 1.052. No sentido de que não se configura sequer a contravenção do art. 19, LCP, se o revólver estiver descarregado e o agente não trouxe consigo a munição, cf. *Rev. For.*, 166/359; 198/291. Em sentido contrário, cf. JOSÉ DUARTE, *Comentários à Lei das Contravenções Penais*, 1958, vol. II, p. 29.

(36) SOLER, *Der. Pen.*, IV, p. 247.

sentam intenso desvalor social e que condicionam ou agravam em muitos casos a ofensa ao bem jurídico tutelado.

Tendo em vista a amplitude com que tais elementos são considerados pela lei, convém examiná-los numa perspectiva geral.

Entende-se por violência, em sentido próprio, o desenvolvimento de força física para vencer resistência, real ou suposta (37). Observamos, no entanto, que esse sentido próprio vem sendo ampliado pela doutrina e pela jurisprudência, seja para suprir deficiências de natureza legislativa (como ocorreu no direito alemão), seja para atender a certas exigências da consciência social, com a tendência a deslocar o acento, em relação à violência, do *meio* para o *efeito* da ação. Desta forma amplia-se o conceito, para compreender não somente a força física, como também o constrangimento do querer, tornando-se em alguns casos incertos os limites entre a violência e a ameaça (38).

É antiga a distinção que, com respeito à violência, se faz entre *vis physica* e *vis compulsiva* (ou *vis moralis*). A primeira é a produzida com meios físicos representando força diretamente aplicada sobre a vítima (*vis corpori illata*). A segunda é a violência produzida pela ameaça, constituindo constrangimento indireto (*vis animo illata*). Essa distinção não se confunde com a que se estabelece entre *vis absoluta* e *vis relativa*, a qual se relaciona com a supressão completa ou relativa da vontade. A *vis physica* tem sido identificada com a *vis absoluta*, mas não é difícil demonstrar que nem sempre a força física se dirige à supressão da vontade, podendo servir inclusive para determiná-la (39).

Tais classificações são próprias no direito privado e não se ajustam às exigências do Direito Penal, que não emprega a expressão *violência* para designar também a ameaça ou a violência moral. Por outro lado, a *vis physica* não esgota o conteúdo da violência para os efeitos penais (40).

A violência, em nossa lei penal, aparece prevista alternativamente com a *grave ameaça* (41) ou com a *ameaça*, simplesmente

(37) Sobre o tema devem ser consultados: PECORARO-ALBANI, *Il concetto di violenza nel Diritto Penale*, 1962; PISAPIA, *Violenza, Minaccia e inganno nel Diritto Penale*, 1940; COMENT, *Essai sur la notion de violence en Droit Pénal*, *Schw. Zeit.*, 1952, ps. 372 e segs.; KNODEL, *Der Begriff der Gewalt im Strafrecht*, 1962; NEPI MODONA, *Sulla posizione della "violenza" e della "minaccia" nella struttura delle fattispecie criminose*, 1964.

(38) Cf. MAURACH, *Lehrbuch*, p. 100; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, p. 997.

(39) PECORARO-ALBANI, *Il concetto di violenza*, cit., p. 14.

(40) Contra: PECORARO-ALBANI, *Il concetto di violenza*, cit., p. 29: "La violenza può definirsi la estrinsecazione di energia fisica transmodante in pregiudizio fisico di una persona o cosa". Remonta a BINDING, *Lehrbuch*, I, p. 93 e HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, vol. 2, 1884, p. 121, a opinião hoje inteiramente abandonada na doutrina alemã, que limita o conceito de violência ao constrangimento direto sobre a vítima.

(41) Cód. Penal, arts. 146, 157, 158, 161 n.º II, 163 n.º I, 197, 198, 199, 213, 214, 230, 344 e 358.

(42). Em outros casos, a violência é indicada como alternativa da fraude (43), não faltando as situações em que é prevista isoladamente (44).

Alguns autores entendem que, quando a lei penal se refere exclusivamente à violência, ou a contrapõe à fraude, nela se inclui também a ameaça, salvo se é evidente o propósito do legislador de restringir a violência ao seu sentido próprio (45). Devemos admitir que há fundamento lógico nessa opinião, que não podemos, no entanto, acolher. Nossa lei prevê, em numerosos casos, a violência, a grave ameaça e a fraude, no mesmo dispositivo de lei (46). Daí se conclui que quando a palavra violência é empregada só ou em alternatividade com a fraude, exclui a ameaça, pois a diversidade de critérios seria, no caso, inadmissível (47).

A violência é, em primeiro lugar, a força física que se exerce para subjugar resistência. Pode ter por objeto pessoa ou coisa. A violência à pessoa ou contra a pessoa haverá quando o agente emprega energia física sobre o corpo de alguém (*vis corpori afflicta*), sendo indiferente que se sirva da própria energia ou de outros agentes (fogo, eletricidade, gases lacrimogêneos, animal amestrado, etc.).

A violência à pessoa pode também configurar-se através da violência à coisa, quando esta se reflete diretamente sobre a pessoa, operando como coação pessoal (violência *indireta*). Neste caso, a violência à coisa deve ser fisicamente sensível para a vítima, sobre a qual deve produzir um efeito físico e não psíquico (48). É o caso de quem retira ao aleijado ou ao cego o seu meio de locomoção. Outros exemplos: encerrar a vítima no compartimento onde se encontra (49); disparar tiros sobre os pneus do automóvel, para forçar o mo-

(42) Cód. Penal, art. 329.

(43) Cód. Penal, arts. 203 e 204.

(44) Cód. Penal, arts. 150, § 1.º, 200, 208, parágrafo único, 209, parágrafo único, 322 e 352.

(45) GRISPIGNI *Dir. Pen. It.*, vol. II, p. 175, MANZINI, *Trattato*, vol. IV, p. 556.

(46) Cód. Penal, arts. 219, 227, § 2.º, 231, § 2.º e 358.

(47) Nesse sentido é a lição de HUNGRIA, repetida em diversas passagens. Cf., por característico, *Comentários* vol. IX, p. 385. Igualmente, MAGALHÃES NORONHA, *Dir. Pen.*, vol. 3, p. 71.

(48) Cf., entre outros, HUNGRIA, *Comentários*, vol. VI, p. 150; ANIBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, IV, p. 354; MAURACH, *Lehrbuch*, p. 100; FRANK, *Strafgesetzbuch*, p. 504. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, p. 998, afirmam que as limitações indicadas no texto não mais prevalecem. É indiferente que o resultado da violência à coisa seja fisicamente sensível.

(49) Não se exige que a ação no caso seja necessariamente violenta. Com isso se demonstra que o conceito de violência é normativo e que pode chegar a dispensar o desenvolvimento de força física. Cf. KNODEL, *Der Begriff der Gewalt im Strafrecht*, 1962, p. 33; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, p. 999. É o que se verifica também no exemplo corrente na doutrina alemã, com a ação de destelhar a casa ou retirar-lhe as portas e janelas para constranger o morador a sair.

torista a parar o veículo; deixar de parar o automóvel para forçar que nele permaneça quem pretenda descer; barrar o caminho a uma pessoa, impedindo-lhe que passe; subtrair as roupas de uma pessoa que se banha (50). Não constitui violência, mas sim ameaça, a ação de disparar tiros de pólvora seca como meio de coação, ou disparar tiros para o ar, para que o condutor de um veículo o estacione (51). Há violência, no entanto, quando o motorista se lança sobre o pedestre, para forçá-lo a afastar-se (52).

Há controvérsia quanto à caracterização de violência no emprego de narcóticos ou inebriantes, e na sugestão hipnótica. Predomina o entendimento de que em tais situações há violência, salvo quando ocorre o consentimento da vítima (53).

A nosso ver, a violência requer supressão externa da capacidade de agir, mecânica, como diz PECORARO-ALBANI, ou uma agressão física. A subministração não violenta de narcóticos e inebriantes apresenta-se como emprego de um meio que é fraudulento ou astucioso, mas não representa agressão física nem coação pessoal externa (54). A subministração do narcótico ou do estupefaciente pode ser feita através de violência, ameaça ou fraude. A sugestão hipnótica depende, como sabe, do consentimento e não constitui de forma alguma violência. Isso não exclui que seja, juntamente com o emprego de narcóticos e inebriantes, meio idôneo para o constrangimento pessoal. Nossa lei alude ao emprego de tais meios na cláusula genérica ("ou por qualquer outro meio") prevista no constrangimento ilegal (art. 146) e no roubo (art. 157), não lhe sendo estranha a presunção de violência prevista no art. 224 letra c (55).

O Código Penal argentino, no art. 78, esclarece que *queda comprendido en el concepto de violencia, el uso de medios hipnóticos o narcóticos*. Como ensina SOLER, admitir tal conclusão por via juris-

(50) PECORARO-ALBANI, *Il concetto di violenza*, p. 35. Fixando o critério para tais casos, afirma o autor: "O que decide é que a pessoa venha a ser fisicamente prejudicada, sendo esta a característica da violência, que a vítima seja lesionada em sua possibilidade de conduta física".

(51) Para WELZEL, *Strafrecht*, p. 276, e ANTOLISEI, *Manuale*, p. 109, estas duas hipóteses são de violência.

(52) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, p. 999.

(53) Cf. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, p. 997 e os autores ali citados. Essa opinião remonta a BINDING, *Lehrbuch*, vol. 1, p. 83. Veja-se, igualmente, MANZINI, *Trattato*, IV, p. 558, com indicações históricas.

(54) PECORARO-ALBANI, *Il concetto di violenza*, cit., p. 49; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 523-nota; GERLAND, *Reichsstrafrecht*, p. 513; FRANK, *Strafgesetzbuch*, p. 154.

(55) HUNGRIA, *Comentários*, vol. VI, p. 150; vol. VIII, p. 228; MAGALHÃES NORONHA, *Dir. Pen.*, vol. 2, p. 178. Ao definir o crime de constrangimento ilegal, o código suíço (art. 181) também se refere à coação "*de quelque autre manière*". Os autores reconhecem que aqui se inclui o emprego de narcóticos e inebriantes, bem como a sugestão hipnótica. Cf. LOGOZ, *Commentaire*, vol. I, p. 271.

prudencial constituiria aplicação analógica da lei (56). O projeto alemão de 1962 (§ 11, 2) também estabelecia expressamente a equiparação de tais meios à violência.

Pode haver violência mediante *omissão*, desde que o agente tenha o dever jurídico de agir. É o caso, por exemplo, da enfermeira que deixa de ministrar alimentação ao enfermo ou de quem encerra uma pessoa, por esquecimento, em determinado lugar, e deliberadamente não a liberta (57). Não há, porém, violência, se a ação é praticada inopinadamente, mediante *surpresa*, tornando impossível a resistência da vítima (58). Subsistirá, porém, a violência, se o agente empregar mais força do que a necessária para lograr o seu intento mediante surpresa.

A violência à pessoa pode configurar-se através da violência dirigida contra terceiro, desde que sem este a vítima seja atingida em sua capacidade de ação. É o caso do guia de pessoa cega ou do condutor de pessoa paralítica. A violência contra terceiro só pode ter relevância para a pessoa visada em termos de violência, como *vis absoluta*. Como *vis relativa* e em termos de coação psíquica, só pode valer como ameaça, como veremos (59).

A violência à coisa chama-se *real*. Encontramos no art. 392 do Código italiano uma definição de violência real: *Agli effetti della legge penale, si ha violenza sulle cose allorchè la cosa viene danneggiata o trasformata, o ne è mutata la destinazione*. A violência à coisa tem no dano o seu efeito invariável. Há dano com a destruição ou o rompimento, a inutilização e o estrago provocado na coisa.

Há casos em que a lei se refere, explícita ou implicitamente, à violência à pessoa (60). Em outros casos, a lei não distingue (61). Nêstes, para a configuração do delito, da agravante ou da consequência jurídica que se considere (art. 345 § único), é indiferente que a violência se faça à pessoa ou à coisa.

Não se exige que a violência seja *irresistível*. Basta que seja idônea para atingir o fim visado pelo agente. Quando é irresistível,

(56) SOLER, *Der. Pen.*, vol. I, p. 151.

(57) Nesse sentido, a imensa maioria dos autores. Em sentido contrário, PETROCELLI, *Violenza e frode*, in *Saggi di Diritto Penale*, 1952, p. 182.

(58) Cf. SCÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, p. 999 e os autores por eles citados. PECORARO-ALBANI, *Il concetto di violenza*, cit., p. 53. A surpresa tem sido equiparada à violência particularmente em certos crimes contra os costumes.

(59) A doutrina admite, em geral, em termos mais amplos, a existência de violência, quando se exerce sobre terceiros. Cf. FRANK, *Strafgesetzbuch*, p. 504; WELZEL, *Strafrecht*, p. 276; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, p. 999.

(60) Código Penal, arts. 146, 157, 158, 161 n.º II, 163, parágrafo único n.º I, 197, 198, 199, 213, 214, 219, 227 § 2.º, 228 § 2.º, 230 § 2.º, 231 § 1.º, 329, 344, 352, 353.

(61) Código Penal, arts. 150 § 1.º, 203, 204, parágrafo único, 209 parágrafo único, 322, 345 parágrafo único. Somente no art. 200 a lei se refere expressamente à prática de violência "contra pessoa ou contra coisa".

exclui-se a culpabilidade da pessoa coagida, se for obrigada a cometer um crime (art. 18 Cód. Penal). Se a coação for apenas relativa, será aplicável a atenuante genérica do art. 48, IV, letra c. A lei geralmente se refere à violência em sentido instrumental, indicando que o resultado deve ser obtido *mediante violência* (62) ou com *emprêgo de violência* (63). Em outros, alude à prática da ação incriminada *com violência* (64) ou *usando de violência* (65) ou, ainda, *por meio de violência* (66). Na maioria das vezes, a violência deve constituir antecedente causal da produção do resultado. Se a violência for causada de forma estranha ao agente, não lhe pode ser imputada. Assim, por exemplo, não pratica roubo, mas furto, quem subtrai coisa móvel da vítima posta em estado de inconsciência pela ação de terceiro. Tanto nessa como nas demais situações o dolo deve cobrir o emprêgo da violência, o que significa que o agente deve ter consciência e vontade da ação violenta. Quando a ação é praticada de surpresa, não há o dolo a que nos referimos. Não se exige, porém, que a vítima tenha consciência da ação violenta.

A violência à pessoa pode conduzir a constrangimento absoluto ou relativo, como vimos. Este último deixa subsistir a vontade (*coactus tamen voluit*). O crime de extorsão, por exemplo, não pode ser praticado com *vis absoluta*, pois exige que a vítima, coagida, pratique determinada ação.

A violência é *presumida* por lei nos crimes contra a liberdade sexual e de lenocínio (arts. 224 e 232 Cód. Penal). A seu tempo veremos o alcance de tal presunção. Não há violência sem o *dissenso da vítima*. Tal dissenso adquire maior relevo nos crimes contra a liberdade sexual, em que se exige seja atual e militante.

O emprêgo da violência dá lugar, em regra, ao cúmulo material das penas, se da violência resultam, pelo menos, lesões corporais simples. No roubo, no estupro e no atentado violento ao pudor, excepcionalmente, não bastam as lesões corporais leves, que são absorvidas. O cúmulo material de penas resulta de expressa disposição da lei, e prevalece sobre a regra do concurso formal (art. 51 § 1.º Cód. Penal). A contravenção de vias de fato é sempre absorvida (art. 21 LCP).

Como já vimos, ao estudar a violência, a ameaça é considerada pela lei elemento constitutivo ou condição de maior punibilidade de numerosos delitos, prevista sempre ao lado da violência, em forma alternativa.

(62) Cód. Penal arts. 146, 157, 158, 197, 198, 199, 203, 204, 213, 214, 219, 329.

(63) Cód. Penal, arts. 150 § 1.º, 208 parágrafo único, 209 parágrafo único, 227 § 2.º, 228 § 2.º, 230 § 2.º, 231 § 2.º

(64) Cód. Penal, arts. 161 n.º II, 163 parágrafo único n.º I, 200.

(65) Cód. Penal, arts. 344, 352.

(66) Cód. Penal, art. 358.

A ameaça pode configurar um crime em si mesma (art. 147 Cód. Penal), mas é em geral prevista como forma de conduta para alcançar o resultado que constitui o delito, ou seja, como a violência, num sentido instrumental.

A ameaça é a violência moral (*vis animo illata*), que se destina a perturbar a liberdade psíquica e a tranquilidade da vítima, pela intimidação. Consiste na revelação do propósito de causar um mal futuro, cuja superveniência dependerá da vontade do agente. A ameaça distingue-se da simples *advertência*, porque nesta a superveniência do mal não depende da vontade do agente.

Pode o mal consistir em dano ou perigo. Nossa lei, ao contrário do que sucede com algumas leis estrangeiras, não especifica qual deve ser o conteúdo do mal ameaçado, limitando-se (salvo no art. 329 Cód. Penal) a indicar que deve ser grave. A gravidade da ameaça relaciona-se com o mal (67), que deve ser relevante e considerável, tendo-se em vista as condições peculiares da pessoa ameaçada.

Não se exige que o mal seja *injusto* (68). Pode ele dirigir-se contra a vítima ou contra terceiro, desde que isto represente também um mal para a vítima, o que dependerá da existência de estreitas relações pessoais de parentesco ou amizade. Diz-se que a ameaça, em tal caso, é *indireta*. O mal que aqui se considera, não é apenas o dano à integridade corporal ou à vida, podendo referir-se a qualquer bem ou interesse jurídico, de natureza material ou moral. Pode a ameaça igualmente ter por objeto dano a coisa, bastando que tenha excepcional relêvo e importância para a vítima, de modo a constituir sua perda, grave prejuízo. Tanto faz que o agente afirme que ele mesmo ou terceiro cumprirá a ameaça.

Não se exige que haja o propósito de cumprir verdadeiramente a ameaça, nem que ela possa ser cumprida. Basta que seja idônea para constranger e intimidar, tendo-se em vista as circunstâncias do caso concreto, e que o agente tenha consciência de tal idoneidade. É necessário que a ameaça se apresente como *séria*. Não há dúvida de que a arma simulada e os disparos de pólvora seca são meios idôneos para ameaçar.

A ameaça pode surgir combinada com a violência, quando o agente, por exemplo, ameaça prosseguir com um espancamento. Por outro lado, o mal ameaçado pode ser uma omissão, o que ocorre quando o agente ameaça não fazer cessar o dano que causou ou que tinha o dever jurídico de impedir (69).

(67) HUNGRIA, *Comentários*, VI, pág. 151.

(68) HUNGRIA, *Comentários*, VI, p. 151; ANIBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, IV, p. 356. Contra: MANZINI, *Trattato*, IV, p. 561; LISZT afirma que a ameaça de um mal em si justo pode ser antijurídica, quando não constitui meio adequado ao fim pretendido. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 522. Quando a ameaça é crime autónomo, deve ser necessariamente injusta (art. 147, Cód. Penal).

(69) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, p. 1.000; ANIBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, IV, p. 356.

Pode a ameaça ser praticada por palavra, escrito ou gesto, servindo-se o agente de qualquer meio para a manifestação do pensamento. Diz-se que a ameaça é *real* quando praticada por meio de gestos que traduzem inequivocamente o propósito do agente (ex.: apontar a arma). É *verbal*, quando feita por palavras.

A possibilidade de fuga e de resistência é irrelevante (70).

Tradicionalmente a ameaça tem sido identificada com a *vis relativa*, cujo efeito invariável é o *metus*, ou seja, o temor e a perturbação de mente que impedem a livre determinação da vontade. Já vimos que essa antiga classificação civilística não se ajusta às exigências do Direito Penal. Pode a ameaça ser de tal forma aterradora que exclua completamente a vontade, operando como coação absoluta. O medo, por outro lado, não é essencial à existência da ameaça, que se esgota no aspecto intelectual da previsão do dano, como elemento determinante de um comportamento (71).

Finalmente, devemos examinar a fraude que também está prevista em numerosas passagens da parte especial.

Constitui a fraude o elemento típico e característico do estelionato, estando prevista como modalidade essencial da ação punível, de forma implícita ou explícita, em diversos crimes. Em alguns casos é considerada como constitutiva de condição de maior punibilidade (arts. 227 § 2.º, 228 § 2.º, 231 § 2.º).

Com a fraude determina-se erroneamente a ação ou omissão da pessoa iludida, que atua sob falsa representação da realidade. Diz-se que é *fraudulento* o meio enganoso (art. 171 Cód. Penal) com o qual o agente induz ou mantém em erro.

Pode a fraude praticar-se através de atos e palavras, pela mentira e inclusive pelo silêncio, quando a situação impunha ao agente o dever de falar e dizer a verdade.

A fraude é geralmente prevista como modalidade de ação com a qual o agente alcança determinado resultado, que consuma o delito (72). Tal resultado será, conforme o caso, uma vantagem patrimonial (art. 171), a negação de um direito trabalhista (art. 203), a conjunção carnal (art. 215), o rapto (art. 219), a prostituição (art. 22 § 2.º), etc.

Outras circunstâncias do fato

6. São poucas as disposições da parte especial em que se atribui relevância à *ocasião* em que o crime é praticado, para agravá-lo. Isso ocorre com referência à noite, nos crimes de invasão de domi-

(70) LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 522.

(71) PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, 1955, p. 51.

(72) Isso não exclui que alguns crimes praticados com fraude sejam *formais*. Exs.; art. 171 § n.º V, 172, 179 etc.

cílio e furto bem como à *calamidade pública*, no crime de interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico que a seu tempo veremos.

Nossos Códigos de 1830 (art. 16 § 1.º) e 1890 (art. 39 § 1.º) consideravam como agravante genérica ter sido o crime praticado de noite, ou, como se dizia no primeiro código republicano, “ter o delinquente procurado a noite para mais facilmente perpetrar o crime”.

O código vigente abandonou a orientação anacrônica de nossa legislação anterior.

Vários são os critérios adotados pelas legislações para configurar a existência de noite (73). Nossa lei penal não seguiu critério unitário. Assim, o crime de invasão de domicílio é qualificado se fôr cometido “durante a noite” (art. 150 § 1.º), com o que se adota a chamada *teoria físico-astronômica*. Entende-se aqui por noite o intervalo de tempo compreendido entre o por e o nascer do sol. O reconhecimento da existência da noite, em tal caso, é questão de fato, pois o seu início e o seu fim variam segundo a estação do ano e a situação geográfica do lugar. Noite é a ausência de luz solar, a obscuridade, residindo a razão de ser da agravante no fato de ser mais fácil praticar o crime na escuridão, quando mais difícil é a defesa da vítima.

Com respeito ao crime de furto, não adotou o legislador o mesmo critério, referindo-se ao aumento de pena quando o crime fôr praticado “durante o repouso noturno” (art. 155 § 1.º Cód. Penal; art. 198 § 1.º Cód. Penal Militar). É o chamado critério *psico-sociológico*. A noite aqui limita-se ao período de recolhimento, dedicado ao repouso, não podendo ser fixado de forma unitária. A 1.ª Conferência dos Desembargadores, realizada no Rio de Janeiro, em 1943, estabeleceu a propósito: “O critério para se aferir o repouso noturno é variável e deve obedecer aos costumes locais, relativos à hora em que a população se recolhe, e a em que desperta para a vida cotidiana” (conclusão XIII).

Não há outras características da conduta típica, ligadas ao conteúdo da ação, que, por sua generalidade, mereçam especial destaque. Refere-se a lei ao *lugar*, em especial, para qualificar a invasão de domicílio (lugar *êrmo*, art. 150 § 1.º) e como elemento constitutivo da exibição, audição ou recitação obscenas (lugar público ou acessível ao público, art. 234 § único, n.ºs. III e IV).

Quanto ao *objeto* merece destaque apenas o de *pequeno valor*, nos crimes patrimoniais (arts. 155 § 1.º, 175 § 2.º e 180 § 2.º), que configuram hipóteses privilegiadas, reunidos a outros requisitos. A

(73) Veja-se sobre o assunto o excelente estudo de JORGE ALBERTO ROMEIRO, *A noite no Direito e no Processo Penal*, no volume *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, 1962, ps. 180 e segs.

natureza do objeto também é especialmente considerada no crime de incêndio, para configurar formas qualificadas (art. 250 § 1.º).

Elementos descritivos e normativos

7. Os elementos que o legislador emprega na configuração das condutas delituosas são de diversa índole.

São elementos *descritivos* aqueles cujo conhecimento se opera através de simples verificação sensorial, o que ocorre quando a lei se refere a *membro, explosivo, parto, homem, mulher, etc.* A identificação de tais elementos dispensa qualquer valoração (74).

Ao lado de tais elementos encontramos os chamados *normativos*, que só podem ser determinados mediante especial valoração *jurídica* ou *cultural*. Exemplos da primeira hipótese encontramos nos casos em que se inserem na descrição da conduta punível elementos de natureza jurídica, como *cheque, conhecimento de depósito, warrant, documento, etc.* Exemplos da segunda existem nos casos em que o tipo se refere a elementos cujo reconhecimento exige por parte do juiz recurso a valores éticos vigentes no meio cultural e que são, em última análise, valores culturais. É o caso de tipos que se referem a *ato obsceno* (art. 233 Cód. Penal), *mulher honesta* (arts. 215, 216, 219 Cód. Penal), *perigo moral* (art. 245 Cód. Penal), *adultério* (art. 240 Cód. Penal).

Uma terceira espécie de elementos entrelaçam, como diz ENGEL, aspectos descritivos e normativos, que se determinam através de um juízo cognitivo, que deriva da experiência e dos conhecimentos que esta proporciona (75). Assim, por exemplo, quando se trata de determinar se certa conduta ou meio é *perigoso*; o “logo após o parto”, no crime de infanticídio (art. 123 Cód. Penal) e a coisa “de pequeno valor”, nos crimes patrimoniais. Elementos dessa natureza não se identificam através de simples verificação sensorial.

A relatividade dessa distinção tem sido assinalada por muitos autores (76) e é, a nosso ver, irrecusável. Mesmo os conceitos *descritivos* adquirem, em regra, por sua introdução na lei, referência a valores jurídicos e caráter teleológico. Isso pode ver-se, por exemplo, com o conceito de *embrião* e *homem*, para o efeito de determinar-se o momento a partir do qual há homicídio, e não aborto. Não há dúvida, porém, de que há características no tipo de conteúdo essencialmente fático, em completa concordância com o uso verbal sô-

(74) Para visão geral da matéria, cf. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Conduta Punível*, 1961 ps. 138, 207 e segs.

(75) ENGEL, *Die Normative Tatbestandselemente*, in *Mezger Festschrift*, p. 144; MEZGER, *Tratado*, vol. I, p. 388.

(76) A partir de ERIK WOLF. Cf. FRAGOSO, *Conduta Punível*, p. 142; MAURACH, *Deutsches Strafrecht* (Parte Geral), 1965, p. 207 e BAUMANN, *Strafrecht*, 1966, p. 111.

bre o dado objetivo que indicam, em relação aos quais o juiz se limita a pura atividade cognoscitiva.

Os elementos normativos enfraquecem a função de garantia do tipo, introduzindo certa indeterminação no conteúdo da conduta punível. Cumpre, no entanto, observar que a valoração realizada pelo juiz deve ser *objetiva*, isto é, realizada segundo os padrões vigentes, e não conforme o entendimento peculiar do julgador.

A incorporação ao tipo de elementos normativos de natureza jurídica, que alguns chamam de *impróprios*, postulam a aplicação de valorações que prevalecem em outros ramos do direito. É o caso, por exemplo, de *cheque* e *warrant*, cuja conceituação não é própria da lei penal.

Em todos os casos de elementos normativos, a culpabilidade deve cobrir o seu alcance e significado. Não haverá dolo se o agente não tiver consciência da valoração ético-jurídica do fato. Não é necessário, porém, que tenha o agente exato conhecimento do significado jurídico do elemento que se considera, bastando a significação que do mesmo se costuma ter na esfera do leigo. É o que MEZGER chamava de "valoração paralela na esfera do leigo": apreciação da característica do tipo no círculo de pensamento da pessoa individual e no ambiente do autor do crime, que marcha na mesma direção e sentido que a valoração judiciária legal (77). O erro que nesses limites se opere, em relação ao elemento normativo, é erro de fato essencial, pois versa sobre fato constitutivo do crime.

(77) MEZGER-BLEI, *Strafrecht*, 1967, p. 186; *Tratado*, vol. II, ps. 136-7; BINDING, *Normen*, vol. III, p. 146; FRAGOSO, *Conduta Punível*, p. 208.

NOTICIÁRIO

RELATÓRIO DA JUNTA INTERNACIONAL DE CONTRÔLE DE NARCÓTICOS

A Junta Internacional de Contrôlo de Narcóticos, órgão composto por representantes de onze países, escolhidos a cada três anos pelo Conselho Econômico e Social (ECOSOC) da ONU, nos termos da Convenção Internacional de Drogas Narcóticas, de 1961, advertiu, em seu relatório referente a 1970, da necessidade de medidas globais para suprimir a produção ilegal de substâncias narcóticas, registrando preocupação especial com o elevado aumento do consumo da *cannabis* (*marijuana* ou haxixe).

"O uso de narcóticos e outras substâncias perigosas sofreu uma violenta escalada em vários países, e as perspectivas são profundamente desanimadoras.

Essa escalada foi mais intensa no que tocou à *cannabis*. O volume do consumo cresceu vertiginosamente, em especial entre a geração mais jovem. O volume das transações ilícitas com a *cannabis*, em todo o mundo, subiu proporcionalmente e grandes carregamentos foram confiscados. Além disso, países que se consideravam imunes conhecem agora o crescimento do problema. Isso se aplica não só a certos países economicamente avançados, mas também, a alguns que ainda estão em processo de desenvolvimento", revela o relatório para 1970.

Depois de assinalar que o uso de drogas se registra, atualmente, em praticamente, "todos os níveis da sociedade", deixando de ser "exclusivo das personalidades desajustadas, dos grupos minoritários, ou das pessoas sujeitas a pressões econômicas", o documento assinala que "o abuso destas substâncias, especialmente pelos jovens, às vezes tende a se revestir de uma pseudocultura, e até da prática do misticismo".

Acérca das possíveis causas da difusão observada, destaca o relatório o papel dos meios de transporte, e a circunstância de que "as matérias-primas estejam sendo beneficiadas, cada vez mais, no próprio local de cultivo".

I SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE VITIMOLOGIA

A Sociedade Internacional de Criminologia incumbiu ao Instituto de Criminologia da Universidade Hebráica de Jerusalém a organização e a direção do I Simpósio Internacional de Vitimologia, que se realizará em Jerusalém, de 2 a 6 de setembro de 1973.

Para a realização desse Simpósio, o Instituto de Criminologia, que é dirigido pelo eminente prof. ISRAEL DRAPKIN, decidiu estabelecer um Conselho Assessor Internacional, constituído por especialistas de todo o mundo. Os professores Ro-

BERTO LYRA FILHO e HELENO C. FRAGOSO foram convidados para integrar êsse Conselho.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL

Celebrou-se em Paris, no dia 15 de maio, a reunião anual do Conselho de Direção da Associação Internacional de Direito Penal. A reunião foi presidida pelo Prof. PIERRE BOUZAT. Estiveram presentes, além do Secretário-Geral, Prof. BOGDAN ZLATARIC, os professores PAUL CORNIL e PAUL DE CANT (Bélgica), JEAN GRAVEN (Suíça), HANS HEINRICH JESCHECK (Alemanha), MAHMOUD MOUSTAFA (República Árabe Unida), GERHARD MUELLER (Estados Unidos), IVAN NENOV (Bulgária), A. P. PIONTKOVSKIJ (URSS), JACOB VAN BEMMELEN e L. H. C. HULSMAN (Holanda), IGOR ANDREJEW (Polônia), DEMÉTRIOS BARAKOS (Grécia), BARLETTA CALDARERA (Itália), HAIM COHN (Israel), M. EL FADEL (Síria), MIKLOS KADAR (Hungria) e HELENO C. FRAGOSO (Brasil).

Nessa reunião ficou deliberado que o XI Congresso Internacional de Direito Penal será realizado em Budapest (Hungria), de 5 a 12 de setembro de 1974, tendo como temas: O tráfico de entorpecentes (relator prof. MUELLER), Novos métodos e meios de repressão penal (relator prof. NENOV), Indenização às vítimas do delito (relator prof. JESCHECK) e pirataria aérea (relator prof. ZLATARIC).

Serão realizados colóquios preparatórios ao Congresso, no ano de 1973, em Nova York, Moscou, Salônica e Friburgo em Brisgau (Alemanha).

O Instituto de Ciências Penais, da Faculdade de Direito Cândido Mendes, à semelhança do que fez por ocasião do X Congresso Internacional, realizará oportunamente um Colóquio Regional preparatório, para exame dos temas em nosso continente.

PENA DE MORTE.

O Conselho Econômico e Social da ONU acaba de aprovar resolução em que pede aos países membros da organização internacional a abolição completa da pena de morte.

A resolução afirma que o "objetivo que se deve buscar é restringir progressivamente o número de delitos por motivo dos quais se pode impor a pena capital, com a finalidade de se estabelecer a possibilidade de abolição da pena em todos os países, garantindo assim o direito à vida".

A seguir o documento convida os Estados membros que ainda não o fizeram a comunicarem ao Secretário-Geral U Thant sua atitude com respeito à possibilidade de maior restrição do uso da pena de morte ou de sua abolição total, proporcionando a informação pedida pela Assembléia-Geral.

VI REUNIÃO DA COMISSÃO REDATORA DO CÓDIGO PENAL TIPO PARA A AMÉRICA LATINA

Realizou-se em São Paulo, de 12 a 17 de abril último, a VI Reunião da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, com a participação de numerosos penalistas de toda a América.

A reunião foi presidida pelo Prof. JOÃO BERNARDINO GONZAGA, sendo os trabalhos dirigidos pelo Prof. MIGUEL SCHWEITZER, professor da Universidade do Chile e Secretário Executivo da Comissão. Esse cargo foi desempenhado até à última reunião, celebrada em Bogotá, em 1970, pelo Prof. EDUARDO NOVOA MONREAL, que deixou a direção do Instituto de Ciências Penais de Santiago, tendo sido eleito o Prof. SCHWEITZER.

Participaram da reunião representantes do Chile (ALFREDO ETCHEBERRY, ENRIQUE CURY, FRANCISCO GRISOLÍA, MANUEL GUZMAN, SERGIO POLITOFF, MIGUEL SCHWEITZER WALTERS, SÉRGIO YÁNEZ e JUAN BUSTOS), do Peru (LUÍS BRAMONT, JUAN ARCE, DOMINGO GARCIA RADA, RAUL PEÑA CABRERA, JUAN PORTOCARRERO HIDALGO, LUIZ E. ROY FREIRE, OTÁVIO TORRE, LUIS DEL VALLE), da Colômbia (JORGE ENRIQUE GUTIERREZ ANZOLA, HERNANDO BAQUERO, FREDERICO ESTRADA, ALFONSO REYES, LUIS E. ROMERO SOTO), do México (RAUL CÁRDENAS, RICARDO FRANCO GUZMAN, RAUL CARRANCÁ Y RIVAS, FERNANDO LAMBARINI), do Equador (JORGE CORNEJO GONZALEZ), da Bolívia (MANUEL DURAN, NANCY ROMERO), da Argentina (FRANCISCO LAPLAZA, ENRIQUE GRACIA MÁZ, OMAR LIMA QUINTANA, ENRIQUE RAMOS MEJIA), de El Salvador (JOSÉ E. SILVA), do Uruguai (ADELA RETA, OFELIA GREZZI), de Costa Rica (GUILLERMO PADILLA), da Venezuela (JOSÉ AGUSTIN MENDEZ). Os brasileiros que participaram foram os professores PAULO JOSÉ DA COSTA, TEODOLINDO CASTIGLIONE, JOÃO BERNARDINO GONZAGA, MANUEL PEDRO PIMENTEL e GUILHERME PERCIVAL DE OLIVEIRA, de São Paulo, e RAFAEL CIRIGLIANO FILHO e HELENO C. FRAGOSO, do Rio de Janeiro.

Nessa reunião terminou-se a *Parte Geral* do Código Penal Tipo (que esta revista oportunamente divulgará), tendo-se iniciado o exame da *Parte Especial*, com base no Projeto apresentado pela Comissão Argentina, sobre os crimes contra a vida.

A próxima reunião será brevemente realizada em São José (Costa Rica).

5.º CONGRESSO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A PREVENÇÃO DO CRIME E TRATAMENTO DOS DELINQUENTES

Será realizado em Toronto, no Canadá, em 1975, o próximo Congresso das Nações Unidas. O último foi celebrado no ano passado, em Kioto, no Japão.

SOCIEDADE AMERICANA DE CRIMINOLOGIA

A Sociedade Americana de Criminologia, em colaboração com os grupos americano e canadense da Associação Internacional de Direito Penal, realizará um Simpósio de 3 a 7 de novembro próximo, em Porto Rico. Serão examinadas nesse Simpósio diversas questões, principalmente a nova delinquência de caráter político e violento. Incluem-se no temário o apoderamento ilícito de aeronaves e o seqüestro de diplomatas, matérias que serão estudadas numa perspectiva objetiva e científica.

Igualmente serão examinadas as características do estudo criminológico na América Latina em confronto com a Criminologia americana.

O Prof. HELENO FRAGOSO é um dos convidados oficiais a êsse conclave.

MÉTODOS CIENTÍFICOS DE INVESTIGAÇÃO POLICIAL

Sob patrocínio oficial, será realizado na Costa do Marfim (Abidjan), de 10 a 16 de junho de 1972, um colóquio sobre os métodos científicos de investigação policial.

O desenvolvimento da criminalidade em todos os quadrantes do mundo, não somente em quantidade como também em qualidade, pelo surgimento de infrações novas ou de novos procedimentos técnicos, paralelamente ao desenvolvimento da sociedade de consumo, tornou-se uma das grandes preocupações dos governantes.

A luta contra este fenômeno está nestes últimos anos inscrita nas profissões de fé políticas, notadamente nos Estados Unidos.

Ao mesmo tempo, o problema da eficácia da polícia e da Justiça está em causa, bem como o da disponibilidade dos meios científicos que permitam investigação mais fácil das provas (detentores de mentiras, narco-análise, gravações em fita magnética, etc.).

O objetivo do colóquio de Abidjan é o de fazer o inventário dos meios que a ciência pode colocar à disposição da Justiça em sua atividade para a descoberta da verdade e de estabelecer até que ponto é possível nêles confiar.

A utilização desses meios, entretanto, não deixa de incidir sobre a integridade da pessoa humana, notadamente sobre o respeito à vida privada e à personalidade de cada um. Assim, é possível argüir da compatibilidade de sua utilização com o respeito aos direitos do homem.

O Colóquio de Abidjan possibilitará um confronto geral de idéias acerca deste ponto.

Enfim, haverá um modo de conciliar o benefício para a ordem social de métodos, cuja eficácia estava demonstrada, com o respeito à pessoa humana?

O colóquio de Abidjan trará possibilidade aos juristas, professores, magistrados e advogados de expor seu ponto de vista e de desenvolver os princípios gerais de um processo de aplicação destinado a evitar todo emprêgo arbitrário dos métodos e processos técnicos modernos de investigação.

O colóquio de Abidjan deve ser, em princípio, uma confrontação geral de diversas opiniões concernentes a tal questão. Desta forma, êle constituirá uma fonte apreciável com vistas à pesquisa de soluções futuras.

Participarão do colóquio, como convidados, entre outros, MARC ANCEL, PIERRE BOUZAT, FULLY, JEAN GRAVEN, LEVASSEUR, JEAN SUSINI, DENIS SZABO, ZLATARIC e GEORGES HUYER.

Os interessados poderão dirigir-se ao Secretariado Geral do Congresso, Côte Suprême, B. P. v 30 Abidjan, Costa do Marfim.

RESENHA BIBLIOGRÁFICA

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, ed. Alba, 1971.

Uma excelente edição do novo Código Penal, essa que a Editôra Alba nos apresenta, organizada pelo Prof. João MESTIERI e pelo advogado CLÓVIS MELO. Além do Decreto-lei n.º 1.004, acompanhado da Exposição de Motivos, o volume apresenta satisfatória compilação de legislação penal complementar.

Nilo Batista

REVISTA DE CIENCIAS PENALES. Tomo XXIX, n.º 1

Dirigida por Francisco GRISOLIA, conhecido entre nós por seu trabalho sobre o objeto do crime e da tutela jurídico-penal, contém este número da *Revista de Ciencias Penales* primorosa conferência do Prof. SÉRGIO POLITOFF, da Universidade do Chile, sobre o novo código penal da República Democrática Alemã. O Prof. POLITOFF, que esteve no Brasil recentemente, por ocasião da 6.ª Reunião da Comissão redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, detém-se especialmente sobre o conceito de culpabilidade do § 5.º, do C.P. da R.D.A., no qual "a idéia de responsabilidade individual não se opõe a uma sociedade neutra ou inerte, mas a uma sociedade que tem uma responsabilidade correlata à do indivíduo"; desse modo, visto que o conceito de culpabilidade parte das possibilidades que o indivíduo recebeu da sociedade, examina seus efeitos "no âmbito da responsabilidade do indivíduo frente à sociedade e portanto da sociedade frente ao indivíduo". A par das preciosas considerações que se seguem, animadas por um fino e generoso espírito, são de extraordinário valor as informações sobre organização e funções de órgãos sociais da administração da Justiça (*Konflikt-kommissionen* e *Schiedskommissionen*), cuja ação de disciplina social pode oferecer margem a debates isentos dos preconceitos com os quais certamente tal matéria seria tratada, entre nós.

"*Evocación y vigencia de Dorado Montero*", trabalho do Prof. Manuel de RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, incorpora-se definitivamente à bibliografia sobre o mestre espanhol, da qual o autor nos dá exaustiva notícia.

Entre as várias decisões comentadas, contidas na *Revista*, destacamos: a nota de JAIME VIVANCO a decisão da Côte Suprême, na qual faz segura apreciação da natureza e efeitos da motivação política, em crimes contra a segurança do Estado; a nota de FRANCISCO GRISOLIA e SÉRGIO POLITOFF a decisão da Côte de Santiago, versando sobre concurso formal entre estupro e incesto; e a nota de ENRIQUE CURY a propósito de duas decisões, versando sobre estado de necessidade no furto e estado de necessidade no abôrto.

Contém ainda a revista um noticiário bibliográfico de grande interesse. Elaborada por uma plêiade de penalistas da maior categoria, a *Revista de Ciencias Penales* é publicação cuja leitura recomendamos vivamente (*Revista de Ciencias Penales* — Instituto de Ciencias Penales — Huerfanos, 1147 — of. 546 Santiago — Chile).

Nilo Batista

JOÃO MESTIERE, Curso de Direito Criminal, ed. Alba, 1970, 202 págs.

Neste livro, que marca o início da execução de plano que abrange toda a matéria da parte especial do novo Código Penal, e cujo objeto são os crimes contra a vida, o professor JOÃO MESTIERE realiza expressivo trabalho de reconstrução dogmática, contido por uma autodisciplina que certamente se deve à declarada destinação didática da obra.

Um dos principais destaques do trabalho está na ampla informação acerca de direito comparado, com transcrição e comentários de diversas legislações. O tratamento deferido às figuras examinadas é preciso, e as questões essenciais por elas suscitadas são abordadas com segurança.

Por sobre o elevado teor informativo, contudo, é de notar-se a influência da teoria da ação final, o que se reflete especialmente no *approach* às modalidades culposas e na cuidadosa elaboração dos tipos subjetivos. Esse aspecto acrescenta consideravelmente a importância do livro, que se torna, assim, o primeiro estudo sistemático da lei penal brasileira fundado em concepções finalistas, infelizmente pouco difundidas entre nós, e às vezes injustificadas por opiniões mais afoitas do que sérias.

A contribuição que o professor JOÃO MESTIERE ora oferece ao direito penal brasileiro, e a quantos dêle se ocupam, é pois altamente significativa, e o decurso do tempo não-lo demonstrará.

Nilo Batista

TEODOLINDO CASTIGLIONE, Lombroso und die heutige Kriminologie, Kriminalistik Verlag, Hamburgo, 1970

Aqui está a bela tradução do excelente livro de mestre TEODOLINDO CASTIGLIONE, *Lombroso perante a Criminologia Contemporânea*, editada em nosso país pela Saraiva, em 1962, e que aparece na prestigiosa série de publicações da Sociedade Alemã de Criminologia, dirigida pelo Prof. ARMAND MERGEN.

Com a modéstia dos que verdadeiramente sabem, TEODOLINDO CASTIGLIONE trouxe, com esta obra, contribuição pessoal extremamente valiosa a uma visão moderna da obra de LOMBROSO. Essa contribuição pode agora ser difundida, como merece, através da tradução alemã, realizada cuidadosamente por DIERK BASEDAN. Vencem-se assim uma vez mais as limitações de nosso idioma, que relegam a obra científica dos que escrevem em português, praticamente aos limites de nossas fronteiras. E é um prazer verificar que isso ocorre com uma obra da categoria da de TEODOLINDO CASTIGLIONE.

H. C. F.

HANS WELZEL, DERECHO PENAL ALEMAN, Editorial Juridica de Chile (Ahumada, 131 — Santiago), 1970.

Registramos com alegria o aparecimento desta excelente tradução da obra de WELZEL, realizada pelos professores JUAN BUSTOS RAMIREZ e SERGIO YÁNEZ PÉREZ, da Faculdade de Direito da Universidade do Chile. O professor BUSTOS estudou com WELZEL na Alemanha e é hoje um dos jovens valores mais representativos da ciência penal em seu país, juntamente com seu colega.

A tradução foi feita da 11.^a edição (1969), e compreende a *Parte Geral*. Até aqui os que não têm acesso ao original, por dificuldades do idioma, para conhecer a obra de WELZEL viam-se forçados a recorrer à precaríssima tradução realizada por FONTAN BALESTRA, da 3.^a edição alemã (De Palma, Buenos Aires). Numa obra em que as edições se sucedem praticamente todos os anos, e na qual são introduzidas constantes alterações e adições, a antiga tradução era de pouca valia.. BUSTOS e YÁNEZ, com perfeito domínio do idioma alemão, realizaram magnífico trabalho, colocando a importante obra de WELZEL ao alcance de todos os estudiosos de Direito Penal nesta parte do mundo. E o fizeram tendo por base um texto recente e atual. Como se sabe, foram promulgadas as leis de reforma do Direito Penal alemão, em 25 de junho e 4 de julho de 1969, alterando-se integralmente o velho Código de 1871. A primeira dessas leis entrou em vigor em 1.^o de abril de 1970. A segunda entrará em vigor em 1.^o de outubro de 1973. Na 11.^a edição de seu livro, WELZEL já considera as extensas modificações introduzidas pelas leis de reforma penal, de modo que o leitor desta tradução já terá presente o novo Direito Penal germânico, na reconstrução notável do grande mestre do finalismo.

H. C. F.

HÉLIO SODRÉ, A PROVA PENAL REFERENTE A POSSE DE ENTORPECENTES (ed. Forense, 1971, 37 págs.).

A plaquete em epígrafe comporta duas apreciações absolutamente distintas: enquanto opinião técnica e enquanto depoimento pessoal de seu autor, o juiz Hélio Moniz Sodré Pereira.

Sob o primeiro aspecto, o autor coloca a questão da prova suficiente diante da simples existência de testemunhos de agentes da autoridade policial que participaram da prisão do acusado. Em outras palavras, põe em discussão o crédito que deve ser atribuído às declarações de policiais em geral, e particularmente no que se refere ao crime de posse de entorpecente, quando desacompanhadas de qualquer outra prova.

A partir de uma generosa posição, que postula para a condenação "uma prova cristalina e indubitável", é firmado, entre outros autores, numa passagem de GORPHE, busca o autor demonstrar que, em certas situações, há uma espécie de compromisso moral das testemunhas — policiais com a decisão, ocorrendo portanto aquilo que MITTERMAYER chamava de "causa mais grave de suspeição" (cf. *Tratado*, trad. A. Soares, Rio, 1909, p. 293).

A gênese confessada do trabalho reside nos famosos "flagrantes de maconha", submetidos à judicância do autor.

A matéria é tratada, conquanto sucintamente, com rigor, assinalado na idéia básica de prova suficiente como “aquela que afasta tôdas as hipóteses em contrário” (pág. 13). A extensão do trabalho contudo, não permite ao autor desenvolver algumas questões que coloca em considerações laterais de muita relevância (p. ex., a natureza da intervenção da polícia no processo penal, págs. 27 e segs.). Abre-se, de qualquer forma, na literatura jurídica brasileira acêrca de prova — carente de contribuições como essa — um *front* de debates em tôrno do testemunho de agentes da autoridade policial que intervieram na prisão do acusado. Apesar do trabalho se dirigir imediatamente à hipótese do crime de posse de entorpecentes, a verdade é que suas idéias, se acolhidas, transcendem esta situação, sendo aplicáveis a vários outros casos. Exatamente porque vivemos um momento em que o Estado se lança declaradamente na luta contra os tóxicos — louvável campanha — avulta de importância o livro de Hélio Sodré, enquanto representa o equilíbrio, o bom senso, e o acatamento às mais caras tradições do processo penal democrático, que não se compraz com meias provas, nem admite que o Judiciário se transforme num cego soldado de metas governamentais.

Sob o segundo aspecto, vale dizer, enquanto depoimento da atividade judiciária do autor, o trabalho revela invulgar vocação de magistrado, rigoroso com a prova, apto para a tarefa de dirigir a busca da verdade material, distanciando-se da figura que HUNGRIA estigmatizou no rótulo de “juiz fetichista da jurisprudência”, que “reduz sua função ao humilde penal de esponja, que só restitui a água que absorve” (*in Comentários*, 1.º vol., 4.ª ed., pág. 71).

Também neste sentido, merece o trabalho a atenção sobretudo dos estudantes que se sentem chamados para a magistratura, que só é honrada pela criatividade e pela diligência que hão de nortear o livre convencimento, balizado pela apreciação rigorosa da prova e pela crença viva no princípio da presunção de inocência. “Sou um magistrado envelhecido, de cabelos brancos, profundamente vivido e sofrido, que faz de seu caráter o motivo maior de seu orgulho. Posso errar”. Eis um legado inestimável para os jovens.

Nilo Batista

ANAIIS DA III CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS, Recife 1970, 697 págs.

O Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil, de Pernambuco, editou os *Anais* da memorável III Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, que se realizou em Recife, de 7 a 13 de dezembro de 1968, em que se debateram diversos problemas da maior significação para nosso país na hora presente. Entre os temas do conclave destacam-se os que se referem à liberdade individual e aos direitos humanos, com os trabalhos de SOBRAL PINTO, *Da liberdade, suas manifestações e garantias*; HELENO C. FRAGOSO, *Aperfeiçoamento da proteção jurisdicional interna*; C. A. DUNSCHEE DE ABRANCHES, *A proteção internacional de direitos*; ADERBAL MEIRA MATOS, *Efetivação compulsória dos Direitos Humanos*.

Neste volume estão publicados também os discursos feitos nas solenidades de instalação e de encerramento, que bem demonstram a posição firme e corajosa

que os advogados brasileiros assumiam naquele momento tão incerto na vida da nação.

Essa III Conferência Nacional, como bem revelam êsses *Anais* contrasta flagrantemente com a IV Conferência, realizada em novembro do ano passado em São Paulo, na qual os grandes temas da liberdade individual praticamente não figuraram do temário. Constituem os *Anais* um belo volume, com trabalhos de grande importância que os estudiosos não podem desconhecer.

H. C. F.

Lenocínio. Hotel licenciado. Irrelevância.

Revendo a orientação iterativa que adotava na matéria, decidiu o STF, por sua 1.^a Turma, relator o eminente Min. BARROS MONTEIRO, no HC 47.354, que “embora se trate de hotel devidamente licenciado e em dia com o pagamento de impostos, caracteriza-se o crime do artigo 229 do Código Penal se aquele estabelecimento se dedica, com intuito de lucro e habitualidade, à hospedagem de casais para a prática de atos libidinosos, com a sua transformação, assim, em casa de exploração do lenocínio”. Decisão unânime, corretíssima. (D. J., 22/5/70, pág. 2.105).

No RHC n.º 48.302, a 2.^a Turma decidiu, por unanimidade, no mesmo sentido: “Não basta, para descaracterização do crime do art. 229 Código Penal, independente de outras circunstâncias do fato a formalidade da licença dada para funcionamento de hotel”. (D. J., 14/5/71, pág. 2.117).

Substância avariada em depósito. Não há crime sem o intuito de vender.

O crime previsto no art. 279 Código Penal é doloso, e na forma de ter em depósito exige especial fim de agir, que é o propósito de vender, que funciona como elemento subjetivo do tipo, ou como dolo específico, como entre nós geralmente se afirma.

É comum, no entanto, que os tribunais decidam como se tal crime fôsse culposo, presumindo a responsabilidade do comerciante pelo fato de estar a

mercadoria avariada em depósito, em seu estabelecimento comercial. Contra essa errônea orientação vem se pronunciando o STF em numerosos julgados.

No HC 46.085, relator o eminente Min. ADAUTO LÚCIO CARDOSO, por unanimidade afirmou a 2.^a Turma que “ter mercadoria avariada em depósito só é crime quando seu destino é a venda. Não provado êsse intuito não há que se falar em crime, pois a responsabilidade não se presume”. (D. J. 6/2/1969, pág. 290).

Representativo da orientação de nossa Corte Suprema na matéria é o acórdão proferido no Recurso Extraordinário n.º 62.212, relator o ilustre Min. DJACI FALCÃO, da 1.^a Turma, que assentou: “Para a configuração do delito previsto no art. 279 Código Penal, na modalidade do depósito para vender substância alimentícia, *faz-se mister o dolo, representado pela consciência da deterioração do alimento. A ciência do estado de avaria da substância alimentícia não pode decorrer de mera presunção*”. (D. J., 20/9/68, pág. 3.703).

Veja-se também a correta decisão proferida pela 2.^a Turma, no HC n.º 43.205, relator o eminente Min. PEDRO CHAVES, unânimemente. Na hipótese, o paciente fôra condenado, porque em seu estabelecimento foi encontrada carne de porco salgada, imprópria para o consumo.

Foi a ordem concedida porque entendeu o E. Tribunal que o crime somente se configura, quando o destino da mercadoria é a venda: — “Não provado êsse intuito, não há que se falar em cri-

me, porque a responsabilidade penal não se presume". (Rev. Trim. Jurisprudência, 41/531).

Nessa decisão, o Supremo Tribunal afirma a ausência de tipicidade, e não do dolo específico acolhendo a teoria dos elementos subjetivos do tipo. A orientação é corretíssima. O fim de agir de certas figuras de delito é condicionante da ilicitude e da própria tipicidade. Ter em depósito substância alimentícia ou medicinal avariada não é conduta típica do crime previsto no art. 279 do Código Penal, se não existe o fim de venda. A prova da ação criminosa e de todos os pressupostos da pena, incumbe à acusação (Cf. ROCCO, *L'oggetto del reato*, ed. 1962, pág. 367).

No Rec. Extr. Criminal n.º 69.044, relator o eminente Min. DJACI FALCÃO, a 1.ª Turma também por unanimidade decidiu que "para configuração do delito previsto no art. 279 Código Penal, na modalidade do depósito para venda de substância alimentícia, faz-se mister o dolo, representado pela consciência do estado de avaria da substância alimentícia, o qual não pode decorrer de mera presunção". Em tal aresto, assinalou o ilustre relator que a lei não exige a prova do perigo para a consumação do crime (que é de perigo presumido). Mas isso não quer significar presunção de dolo, como vontade e consciência da ação típica.

O T. J. da Guanabara já decidiu no mesmo sentido. Invocamos, como exemplo, a decisão proferida pela 2.ª Câmara Criminal na Ap. Crim. n.º 44.332, relator o ilustre Des. OLAVO TOSTES FILHO (Rev. Jurispr., T. J. da Guanabara, 14/313) e a decisão dada na Ap. Crim. n.º 48.396 pela 3.ª Câmara Criminal, relator o ilustre Des. HAMILTON MORAES E BARROS, assinalando que a absolvição em tais casos se legitima, quando a permanência dos gêneros deteriorados deriva de culpa. Tratava-se de gêneros alimentícios avariados que as autoridades acharam em balcão frigorífico, numa segunda-feira, sem que houvesse qualquer evidência

de dolo. Frisa o acórdão que "o crime definido no art. 279 do Código Penal é crime doloso. Exige ciência do mau estado dos artigos e, mesmo assim, a sua destinação à venda, ou ao consumo comum". (Rev. Jurispr., T. J. da Guanabara, 14/339).

Pronunciando-se em sentido diverso (Revisão Criminal n.º 5.567), o mesmo ilustre Tribunal de Justiça da Guanabara decidiu por suas Câmaras Criminais Reunidas que neste crime "o dolo é presunção da lei, incumbindo ao réu a prova contrária". Nesse caso, para sustentar o entendimento quanto à presunção do dolo, o acórdão invocava decisão do ilustre Des. ALCINO PINTO FALCÃO, publicada no volume n.º 1 da Rev. Jurispr. do T. J. da Guanabara, na qual se afirma que o dolo, nos crimes de perigo abstrato, é presumido por lei, invocando o culto magistrado em socorro de sua tese a abalisada opinião de MAURACH.

Convém assinalar o grave equívoco do eminente Des. PINTO FALCÃO. O que afirma o grande professor de Munique é coisa diversa.

Ensina MAURACH que "os crimes de perigo abstrato se castigam sem se ter em conta se o perigo ocorre ou não no caso concreto, presumindo-se a existência de dolo ou culpa com respeito a esse resultado potencial" ("bezüglich dieses potentiellen Erfolges"). *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ed. 1965, pág. 202. Isso significa apenas que nos crimes em que o perigo não é integrante do tipo, funcionando apenas como motivo da incriminação, sendo, portanto, presumido, o dolo, em relação ao perigo, também se presume. Não significa e jamais poderia significar presunção de dolo como vontade e consciência da ação típica.

Assim, por exemplo, se o comerciante expõe à venda mercadoria deteriorada, jamais poderia presumir-se que conhece o estado da mesma e a sua destinação. Pode-se, no entanto, presumir, que o agente queria expor a perigo a saúde

pública, praticando consciente e voluntariamente a ação típica.

A presunção a que alude MAURACH (e com a qual estamos de acordo) refere-se ao perigo que a lei não exige para a consumação do crime, presumindo-o.

Decidir pela presunção de dolo no crime previsto no art. 279 Código Penal é violar um dos princípios fundamentais do Direito Penal moderno, que é o da inexistência de responsabilidade penal sem culpa. Como se diz na Exposição de Motivos do Código Penal vigente, a culpa não se presume. Não há discrepância doutrinária com respeito à identidade, para os efeitos técnicos, entre o dolo nos crimes de dano e de perigo. É o que afirma DAVID BAIGÚN (*Los delitos de Peligro y la Prueba del dolo*, Buenos Aires, 1967, pág. 42): "En el territorio particular del dolo ninguna diferencia cabe notar entre los delitos de lesión y los delitos de peligro. Esta afirmación ya no tiene controversia".

No exato sentido decidiu o T. A. da Guanabara, por sua 2.ª Câmara Criminal, na Ap. Crim. n.º 4.320, relator o excelente juiz RAUL DA CUNHA RIBEIRO, por unanimidade. Cf. D. O. (Parte III), 17/5/71, pág. 403, do apenso.

Atividade comercial com mercadoria ilícitamente introduzida no país. Indispensável a habitualidade.

Na Ap. Crim. 1.498, relator o excelente Min. JORGE LAFAIETE PINTO GUIMARÃES, decidiu o TFR que "não provada a habitualidade, não ocorre a necessária atividade comercial, sem a qual não se caracteriza o crime do artigo 334 § 1.º letras "c" e "d" do Código Penal; consequentemente, embora provada a posse das mercadorias de procedência estrangeira sem cobertura fiscal, nem por isso ficou demonstrada a prática de contrabando ou descami-

nho por equiparação". A decisão — foi unânime. (D. J., 2/12/1969, pág. 2).

A habitualidade a que se alude na exatíssima decisão, é a que se refere à atividade comercial ou industrial. Não se justificaria a severa pena prevista pela lei, se se tratasse de fato isolado, não correspondente à habitual atividade do agente, no exercício do comércio ou da indústria. Isso não significa que se tenha de exigir a qualidade de comerciante por parte do agente, como o TFR já decidiu no HC 2.436, relator o ilustre Min. GODOY ILHA, por unanimidade (D. J., 17/5/71, página 2.164).

Condenação baseada exclusivamente em prova do inquérito. Nulidade.

O inquérito policial é inquisitório e constitui apuração sumária do fato. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à proposição da ação penal (cf. art. 9.º Código do Processo Penal Militar).

Não pode a condenação basear-se exclusivamente na prova obtida no inquérito policial, que tem apenas valor subsidiário. Nesse sentido decidiu o STF, no HC 40.420, por sua 2.ª Turma, relator o eminente Min. ELOY DA ROCHA (D. J. 2/4/71, pág. 1.301). Concedeu o Tribunal *habeas corpus* em face da sentença condenatória de primeira instância, baseada exclusivamente em prova produzida no inquérito policial.

É oportuno reafirmar esse princípio de direito, particularmente em vista dos processos por crimes políticos, nos quais a prova comumente se limita às confissões obtidas na fase policial, em circunstâncias de constrangimento bem conhecidas.

Crime contra cônjuge. Não se aplica a agravante se o casal está desquitado.

A agravante prevista no art. 44, II "f" do Código Penal, mantida no novo

Código (art. 56, II, "g"), não se aplica quando a sociedade conjugal está dissolvida pelo desquite, pois desaparece, em tal caso, o fundamento da exacerbação da pena.

Nesse sentido decidiu, de forma incensurável, a 2.^a Câmara Criminal do T. A. da Guanabara, na Ap. Crim. 4.191, relator o ilustre juiz RAUL DA CUNHA RIBEIRO. Decisão unânime. (D. O. da GB, Parte III, 15/3/71, pág. 137 do *apenso*). No mesmo sentido, cf. *Rev Tribs.*, 296/760.

Estupro com violência presumida. Ação penal privada.

A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual tem sido objeto de controvérsia, na doutrina e na jurisprudência. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.ºs 89, 99 e 100.

No julgamento do RHC 48.667, a 2.^a Turma do STF, por unanimidade, afirmou que a ação penal em caso de estupro com violência presumida é privada, orientação que nos parece exatíssima. Nesse caso, desaparece o crime complexo. Se a violência é real, a ação é pública, por força da regra estabelecida para o crime complexo (art. 103 Código Penal). Foi relator o eminente Min. ELOY DA ROCHA. (D. J., 5/3/71, pág. 709).

Decadência. Contagem do prazo.

No julgamento do Rec. Crim. 203, a 2.^a Câmara Criminal do T. A. da Guanabara decidiu, por unanimidade, que a decadência é instituto de direito material e que o prazo que a rege deve ser contado de acordo com o Código Penal (art. 8.º), ou seja, com inclusão do dia do início. Foi relator o ilustre juiz RAUL DA CUNHA RIBEIRO. (D. O. GB, Parte III, 22/3/71, pág. 152, do *apenso*).

Não nos parece correta, *data venia*, a decisão. A natureza procesual da decadência é manifesta. Ela põe fim ao

direito de ação, extinguindo o *jus accusationis* e impedindo, portanto, a queixa, condição do procedimento penal. A contagem do prazo deve ser feita conforme o critério fixado pelo Código Processo Penal (art. 798 § 1.º). Irrelevante é a circunstância de ser esse critério menos favorável ao acusado, bem como que a matéria esteja prevista igualmente no Código Penal, onde se encontram numerosos dispositivos de natureza processual. Na interpretação o que decide não é ser o resultado benigno ou rigoroso, mas certo ou errado, não vigorando aqui o princípio *in dubio pro reo*.

Entorpecente. Uso próprio não constitui crime.

O Dec.-lei 385, de 26/12/68, alterando o art. 281 do Código Penal, introduziu, no inciso III do § 1.º, a punição do fato de trazer consigo a substância entorpecente para uso próprio, punindo-o com as mesmas penas do tráfico. É orientação deplorável e inexplicável, posta em péssima perspectiva social.

A punição absurda para os viciados, que são vítimas, tem conduzido os tribunais a grande relutância na aplicação do novo dispositivo. Isso se observa claramente nos casos que envolvem pequenas quantidades da droga e réus menores e primários, situações em que os juízes e tribunais aceitam qualquer versão exculpatória razoável para absolver. As leis penais iníquas, que ofendem a consciência dos magistrados, não se aplicam, sendo esta uma antiga lição na história do Direito Penal.

Um passo adiante acaba de ser dado pelo Supremo Tribunal Federal, por sua 2.^a Turma. No julgamento do HC n.º 48.484 (realizado em 6/11/70), relator o eminente Min. ADALFIO NOGUEIRA, decidiu o Tribunal declarar a ausência de justa causa para o processo, num caso em que o acusado foi preso em flagrante fumando um cigarro

de maconha. Em seu voto afirmou o eminente relator: "O simples uso do entorpecente, em pequena quantidade, como no caso se verificou, não constitui crime. Acho nimamente rigoroso que se processe um homem, pelo simples fato de estar fumando um cigarro de maconha, quando ele não exerce o comércio da droga proibida". Participaram do julgamento os Ministros ELOY DA ROCHA, ADAUTO CARDOSO, THOMPSON FLORES e BILAC PINTO. (Acórdão ainda não publicado).

No caso da decisão o paciente foi surpreendido quando fumava o cigarro, o que constitui, sem dúvida, *ter consigo*. É absurdo, no entanto, que alguém possa ser, ao mesmo tempo, sujeito ativo e sujeito passivo do delito, pôsto que a ação delitosa atinja primariamente um bem-interesse coletivo, ou seja, a saúde pública. Esta constitui, no entanto, uma abstração, independentemente da proteção das pessoas atingidas em concreto ou em potencial, particularmente em casos como o de tráfico de entorpecentes, curandeirismo, exercício ilegal da medicina, etc..

Confiamos em que a decisão criadora de nosso Supremo Tribunal Federal venha a prosperar, aplicando-se a todos os casos em que a ação envolva viciados ou usuários da droga.

Citação por edital. Réu preso em outra unidade da Federação. Nulidade.

A Súmula 351 estabelece a nulidade da citação por edital de réu preso "na mesma unidade da Federação em que o juiz exerce a sua jurisdição". Todavia, ampliando a regra, a 1.^a Turma do STF, no H.C. 44.494, relator o eminente Ministro DJACI FALCÃO, declarou a nulidade do processo (art. 564, III, letra e, Cód. Proc. Penal), quando o denunciado, citado mediante edital, encontra-se preso em cumprimento de pena noutro juízo. Como observou, com exatidão, o relator, se o condenado "es-

tava preso, sob a guarda do Estado, não se encontrava em lugar incerto e não sabido, de modo a legitimar a citação edital". No caso, o paciente fôra condenado pela 8.^a Vara Criminal de São Paulo e estava cumprindo pena na Penitenciária Lemos Brito, no Rio de Janeiro. Decisão excelente, tomada por unanimidade (*Rev. Trim. de Jurisprudência*, 44/83).

Em contrário decidiu a mesma 1.^a Turma, por unanimidade, no H.C. n.º 48.532, relator o ilustre Ministro BARROS MONTEIRO: É válida a citação por edital de réu preso em outra unidade da Federação, "desde que se desconheça o paradeiro do citado" (D.J., 2-4-71, pág. 1.301).

Representação feita pelo avô. Validade.

No julgamento do RHC 48.495, a 1.^a Turma do STF, relator o ilustre Ministro ALIOMAR BALBINO, denegou a ordem por unanimidade, afirmando ser válida a representação feita pelo avô, em caso de corrupção de menores.

Como assinala o acórdão "a jurisprudência do STF, em casos especiais, tem admitido que outro parente, como a mãe, o tio, o irmão, possam apresentar queixa, quando o pai não pode fazê-lo por força de circunstâncias. A inflexibilidade da interpretação oposta frustraria a proteção legal de crianças e adolescentes ameaçados pela periculosidade de delinquentes sexuais".

No caso da decisão, o avô tomou a iniciativa da ação penal, em face de ser o pai um lavrador pobre, analfabeto e atingido por oligofrenia (D.J., 19-3-71, pág. 997). Orientação corretíssima. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 182.

"Habeas corpus". Suspensão condicional da pena.

Julgando o HC 48.394, decidiu o STF, por sua 2.^a Turma, relator o eminente Ministro ELOY DA ROCHA, que "o-

habeas corpus não é meio hábil para revisão da decisão que, valorizando diversas circunstâncias, negou a suspensão condicional da pena". Decisão unânime (R.J., 19-3-71, pág. 997).

A suspensão condicional da pena constitui direito do condenado, se concorrerem as condições estabelecidas pela lei para sua concessão. Não se exclui, portanto, que ocorra ilegalidade ou abuso de poder na recusa do *sursis*, dando margem, portanto, ao *habeas corpus*. São numerosas as decisões do STF em *habeas corpus*, concedendo a suspensão condicional da pena, recusada em face de anterior condenação à pena de multa. Não existe, portanto, incompatibilidade do remédio legal, nem foi isso afirmado pelo STF, que se limitou a recusá-lo quando a decisão denegatória do *sursis* estiver fundada numa valoração da prova relativa aos requisitos, realizada pelo magistrado.

Justiça Militar. Recurso de embargos em caso de competência originária, sendo unânime a decisão.

Não obstante disporem o antigo Cód. Justiça Militar (art. 322) e o Código Proc. Penal Militar (art. 539), que não cabe o recurso de embargos quando for unânime a decisão, entendeu o STF que esse princípio somente se aplica em caso de apelação, não prevalecendo quando se tratar de ação originária.

Decidindo Agravo oposto ao despacho que indeferiu o recurso na Ação Originária n.º 29, relator o ilustre Ministro MURGEL RESENDE, entendeu o Tribunal que no regime do Código os embargos constituem um terceiro julgamento e que "interposta apelação, estuda o Tribunal toda a matéria de fato e de direito decidida na primeira instância. Neste caso, lícito pois, é admitir-se que sejam insuscetíveis de nova apreciação os fatos em duas oportunidades debatidos e resolvidos, sendo unânime o convencimento dos juízes".

E prossegue o v. acórdão: "Outro

tanto não deve ocorrer, quando se tratar de uma única apreciação, ainda quando tenha sido unânime a decisão. Não se coaduna com o espírito e índole de nosso sistema processual o *judgamento único*, sem possibilidade alguma de, pelos meios regulares, corrigir-se um lapso, uma inadvertência e até um erro de fato ou de direito. Assim deve ser entendido o pronunciamento do colendíssimo Tribunal Federal que, no *Habeas Corpus* n.º 40.952, de que foi relator o Exmo. Sr. Ministro VILAS BOAS, assim se manifestou por unanimidade: "É impossível suprimir um dos graus de jurisdição, sem prejudicar a ampla defesa garantida pela Constituição" (D.J., 13-4-66, pág. 1.143).

Termina o acórdão: "Não se tratando de embargos a acórdão que apreciou uma apelação, que é o caso previsto pelo CJM, é de se admitir ser intenção do legislador dar aos embargos em ação originária, o caráter de apelação, sem, portanto, a restrição do art. 322, do CJM" (D.J., 10-2-71, página 71, *apenso*).

Foi vencido, na decisão que transcrevemos em seus pontos essenciais, apenas o saudoso Ministro SALDANHA DA GAMA. Ela revela, por um lado, a índole liberal da E. Côrte, uma das constantes de sua longa e gloriosa história e, por outro, a preocupação em realizar Justiça, não recusando a oficiais generais condenados a penas graves e infamantes uma nova possibilidade jurídica de provar a sua inocência.

No julgamento dos embargos na ação originária n.º 35, relator o ilustre Ministro ALCIDES CARNEIRO, o Tribunal conheceu dos embargos, apesar de ser unânime a decisão, sem qualquer discrepância.

Contrabando. Se a mercadoria for apreendida no momento de seu desembarque, há mera tentativa.

Afirmou o TFR, por unanimidade, na Ap. Crim. n.º 1.771, relator o eminente

Ministro MÁRCIO RIBEIRO, que "a apreensão de mercadoria estrangeira, no momento de seu desembarque no país, configura tentativa e não crime consumado de contrabando" (D.J., 19-4-71, pág. 1.558).

Define-se o crime de contrabando como importar ou exportar mercadoria proibida. *Importar* é fazer entrar no território nacional. Todavia, se a mercadoria é importada através de alfândega, sendo nesta apreendida, haverá apenas tentativa. No caso de descaminho esta solução é evidente. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, 1965, vol. 4, pág. 1.177: "No que concerne ao momento consumativo, cumpre distinguir, a nosso ver, conforme a importação ou exportação se faça, ou não, através de aduana. Não se pode dizer que já tenha sido *importada* a mercadoria que ainda não foi desembarcada e que ainda se encontra na posse e guarda de autoridades fazendárias, que somente a entregarão ou remeterão ao interessado mediante determinadas condições".

Se a situação é de contrabando (mercadoria proibida), a entrada no território nacional fora das alfândegas consuma o delito, a nosso ver, ainda que haja apreensão em flagrante. Se se tratar de descaminho, no entanto, a hipótese é diversa, porque a ação incriminada não é *importar* mas *iludir* o pagamento dos tributos devidos. Em tal caso, a apreensão em flagrante, no momento do desembarque, configura apenas a tentativa, mesmo que a importação não se faça através da alfândega.

Embora o acórdão a que aludimos se refira a contrabando, parece-nos que em realidade tratava-se de descaminho.

Falsidade documental e uso do documento falso. Ausência de concurso de crimes.

Na Ap. Crim. 1.737, o TFR, relator o eminente Ministro ANTONIO

NEDER, por unanimidade, afirmou inexistir concurso de crimes num caso de falsificação de documento utilizado pelo próprio falsário. Diversamente do que ocorre no caso de falsidade documental e estelionato, a doutrina é, na hipótese, inteiramente pacífica (D.J., 19-4-71, pág. 1.558).

Conflito de jurisdição. Crime praticado por civil contra militar à paisana, em situação de atividade, ignorando o agente a qualidade da vítima. — Competência da Justiça comum.

Em caso de crime praticado por civil contra militar à paisana, no exercício de função militar, em lugar sujeito à administração civil, ignorando o agente a qualidade da vítima, decidiu o TFR pela competência da Justiça comum, decidindo conflito de jurisdição suscitado entre esta e a Justiça Militar.

A decisão foi proferida por unanimidade no Conflito de Jurisdição número 1.031, sendo relator o eminente Ministro ANTÔNIO NEDER.

O CPM prevê, em seu art. 9.º, inciso III, letra d, como crime militar o praticado por civil contra as instituições militares, considerando como tal o que se comete contra militar em função de natureza militar, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar. O tribunal entendeu que, "ignorando o autor desse crime a qualidade militar do ofendido, tal crime não merece havido como praticado contra instituição militar" (D.J., 5-4-71, página 1.339).

Conflito de jurisdição entre juiz federal e estadual. Prevalência dos fatos descritos na denúncia sobre a capitulação.

No Conflito de Jurisdição n.º 797, decidiu o TFR por unanimidade, relator o eminente Ministro ANTÔNIO NEDER que não é decisiva a classificação feita na denúncia para estabelecer a

competência. No caso, o crime *descrito* na denúncia impunha a competência da Justiça Estadual, tendo sido *classificado*, no entanto, como fato punível da Justiça Federal. O M.P. descreveu a ocorrência de usura pecuniária ou real (Lei n.º 1.521, art. 4.º) e a *classificou* como prevista no art. 44, § 7.º, da Lei n.º 4.595. Entendeu o tribunal que “ao decidir a respeito da competência em tal caso o intérprete deve ater-se ao crime *descrito* e não ao erroneamente *classificado* da denúncia” (D.J., 5-4-71, pág. 1.339).

Decisão exata. Todavia, pedimos licença para consignar que nem sempre os crimes previstos (aliás, *pessimamente*) na Lei 4.595 são da competência da Justiça Federal. Isso só ocorrerá se o fato fôr em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (Const. Federal, art. 125, inciso IV). O empréstimo feito ilegalmente pelo diretor de uma financeira privada a seu cônjuge é crime da competência da Justiça comum.

Precatória para audiência de testemunhas. Falta de Intimação do defensor. Nulidade.

É nulo o processo em que foi expedida precatória para audiência de testemunhas sem que fôsse intimado o defensor. Assim decidiu a 1.ª Câmara Criminal do T. A. da Guanabara, no HC 2.199, relator o ilustre juiz FABIANO DE BARROS FRANCO, por unanimidade. (D. O., Parte III, 12/4/71, pág. 273). Cf. *Súmula*, n.º 155.

No caso, o oficial de justiça certificou ter intimado o defensor. Este, no entanto, provou que se encontrava, na oportunidade, ausente, em viagem.

Furto e estelionato. Não há reincidência específica.

A 1.ª Câmara do T. A. da Guanabara, na Ap. Crim. n.º 4.368, relator o ilustre juiz ORLANDO LEAL CARNEIRO, por

unanimidade, decidiu não haver reincidência específica entre o furto e o estelionato. (D. O., Parte III, 12/4/71, pág. 273 do *apenso*). Há vários julgados nesse sentido (*Rev. Tribs.*, 177/139; *Rev. For.*, 127/298; *Rev. Tribs.*, 177/105; 180/112, etc.). A reincidência específica entre o furto e o estelionato, no entanto, a nosso ver, é irrecusável, qualquer que seja o critério adotado para identificar os caracteres fundamentais comuns. Cf. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, ed. 1950, vol. II, pág. 679.

Em verdade, o critério da reincidência específica não tem mais cabimento no Direito Penal moderno, desaparecendo de nosso novo Código Penal (veja-se a respectiva *Exposição de Motivos*, n.º 23). Negando em certos casos a reincidência específica, os tribunais não fazem mais do que reagir contra um critério legal descabido que constantemente conduz a graves injustiças, que repugnam à consciência dos julgadores.

Crime contra a honra através da imprensa. Exigência de dolo específico.

O T. A. da Guanabara, na Ap. Crim. 4.174, relator o ilustre juiz PEDRO LIMA, por sua 1.ª Câmara Criminal, decidiu por unanimidade, que o dolo nos crimes contra a honra é específico, exigindo-se, portanto, o propósito de ofender, excluído pela ocorrência de um *animus defendendi*. Como lembrou o relator, a vigente lei de imprensa deixou extrema de dúvida a relevância do propósito ofensivo ao legitimizar expressamente a opinião desfavorável da crítica, “salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar” (art. 27 n.º I lei 5.250). (D. O., Parte III, 18/1/71, pág. 29 do *apenso*).

No sentido de exigir o *animus injuriandi* como elemento indispensável aos crimes contra a honra é a jurisprudência uniforme e antiga de nossos tribunais. Exige-se de longa data “a

intenção perversa de ofender” e “o desejo maldoso de ferir a reputação alheia” (*Rev. For.*, 60/436), nunca bastando o emprego de expressões aparentemente ultrajantes (*Rev. For.*, 62/403). Para que o dolo se configure “é preciso que se apresente o ânimo de injuriar, o dolo específico, o propósito de expor alguém ao desprezo público” (*Rev. For.*, 103/337; 152/442) ou a “manifesta intenção de prejudicar” (*Rev. For.*, 141/453). Cf., entre muitas outras decisões, *Rev. For.*, 3/457; 4/273; 7/285; 8/497; 14/63; 18/167; 13/246; 49/486; 56/526; 97/188; 106/133; 132/562; 127/556; 152/442. *Rev. Tribs.*, 181/939; 177/535; 194/948; 157/80; 230/293, etc..

Parece-nos correta a afirmação de que os crimes contra a honra exigem o propósito de ofender. Trata-se, no entanto, de elemento subjetivo do tipo, e não de *dolo específico*. Cf. JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado*, Vol. III, págs. 738 e seguintes.

Acidente de trânsito. Falta de Habilitação não induz a culpa do condutor.

Na Ap. Crim. n.º 2.106, a 2.ª Câmara Criminal do T. A. da Guanabara, afirmou, por unanimidade, que “o fato de alguém não estar habilitado como motorista não induz culpa em crime de lesões corporais”.

Na hipótese tratava-se de acidente de trânsito que envolvia motorista não habilitado, que não se demonstrou ter agido culposamente. Excelente decisão em que foi relator o juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO (D. O., Parte III, 1/2/71, página 56 do *apenso*).

Contrabando. Exame de corpo de delito desnecessário.

Decidiu o TFR, na Ap. Crim., 1.728, relator o ilustre Min. PEÇANHA MARTINS, por unanimidade, que é “desnecessário o exame de corpo de delito,

em se tratando de contrabando”. (D. J., 20/1/71, pág. 143).

A lei estabelece, com perfeita clareza, que o exame de corpo de delito é *indispensável* nos crimes que deixam vestígio (art. 158 Código de Processo Penal). Por corpo de delito entende-se o conjunto de elementos sensíveis do fato delituoso (JOÃO MENDES, *O Processo Criminal Brasileiro*, 1911, vol. II, pág. 6), compreendendo todos os elementos materiais da conduta incriminada, inclusive meios ou instrumentos usados na ação delitosa.

Parece-nos não haver a menor possibilidade de dúvida de que o crime de contrabando é de fato permanente. Trata-se de fazer entrar ou sair do país mercadoria proibida e não se pode cometer o crime sem a mercadoria, que constitui o seu objeto material. É fato punível que se comete necessariamente em relação a coisa, como o furto, o roubo e a apropriação indébita, e o exame de corpo de delito é, *data venia*, indispensável perante nossa lei, que com essa exigência pretende tornar certa a materialidade do fato. A ausência do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio implica em nulidade (art. 564, III, letra “b” Código de Processo Penal).

O exame de corpo de delito direto pode ser suprido pelo indireto (art. 167), que se realiza através da prova testemunhal. Duas são, porém, as condições indispensáveis: (a) — que os vestígios tenham desaparecido; (b) — que a prova testemunhal seja uniforme e categórica, de forma a excluir qualquer possibilidade de dúvida quanto à existência dos vestígios.

Não se admite o corpo de delito indireto quando nenhum impedimento havia para a realização do exame. Como já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, “nulo é o processo em que, tendo a infração deixado vestígios, e não havendo qualquer obstáculo à realização do exame de corpo de delito, este não é realizado”. (*Rev. Tribs.*, 208/71). O Tribunal da Guanabara também já

assembrou: "É imprescindível o corpo de delito direto. Se não se prova a possibilidade de obtê-lo, nenhuma valia tem o indireto". (*Rev. For.*, 90/816). Sobre a exigência de referências precisas por parte das testemunhas para que seja válido o exame indireto, veja-se o excelente acórdão do T. J. da Guanabara, em que foi relator o Des. OLAVO TOSTES FILHO (*Rev. Jurispr. do T. J. da Guanabara*, n.º 15, pág. 287). Se a lei exige que os peritos descrevam minuciosamente o que examinarem (art. 160 Código de Processos Penal), seria incongruente que a prova testemunhal pudesse suprir o exame direto com vagas referências.

O TFR já decidiu ser indispensável o exame de corpo de delito em caso de contrabando ou descaminho, julgando o HC 1.060, relator o ilustre Min. MÁRCIO RIBEIRO. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 148.

Denúncia inepta. Descrição dos fatos atribuídos a cada partícipe nos crimes de autoria coletiva.

É inepta a denúncia que deixa de descrever a ação atribuída a cada acusado, em casos de autoria coletiva. Esse princípio elementar foi reafirmado pelo STF, por sua 1.ª Turma, no HC 45.456, relator o eminente Min. BARROS MONTEIRO, por unanimidade.

Afirmou o tribunal: "Tratando-se de denúncia referente a crime de autoria coletiva, é indispensável que descreva ela, circunstanciadamente, sob pena de inépcia, os fatos típicos atribuídos a cada paciente". Concedeu-se a ordem, sem prejuízo do oferecimento de outra denúncia, em forma regular. (*D. J.*, 6/2/1969, pág. 290).

Prisão preventiva. As informações prestadas pelo juiz não suprem as deficiências na fundamentação.

Nesse sentido, a 1.ª Turma do STF reiterou, por unanimidade, a orientação

tantas vezes adotada, de que "é de nenhuma valia a fundamentação oferecida pelo juiz, ao ministrar as suas informações", quando o decreto de prisão preventiva desatende à motivação. Foi relator o ilustre Min. DJACI FALCÃO (*D. J.*, 25/10/1968, pág. 4.405).

Suspensão condicional da pena. Deve o juiz pronunciar-se a respeito.

No julgamento do HC 46.609, decidiu o STF, por sua 2.ª Turma, relator o eminente Min. ELOY DA ROCHA, que "deve a sentença pronunciar-se sobre a suspensão condicional da pena, ainda que não requerida pelo réu" (*D. J.*, 10/10/69, pág. 4.703). Trata-se de mandamento legal expresso (art. 697 Código de Processo Penal), algumas vezes desobedecido.

A suspensão condicional da pena constitui direito do condenado, que reúne os requisitos legais. Cf., a propósito, NILO BATISTA, *Em torno da concessão do Sursis*, *Rev. Min. Públ. Fluminense*, n.º 1, 1970, pág. 63.

Registro de nascimento falso para obtenção de benefício. Estelionato.

O fato relativamente comum, de registro falso de nascimento para obtenção de benefício previdenciário, em dano, portanto, do INPS, tem sido considerado crime de estelionato, excluída a falsidade documental. Assim decidiu o TFR na Ap. Crim. 1.198, por unanimidade, relator o eminente Min. AMARÍLIO BENJAMIN (*D. J.*, 23/1/69, página 125). A hipótese está a exigir, a nosso ver, específica previsão legislativa, embora seja correto o enquadramento que se vem fazendo.

Citação por edital. Incabível se consta dos autos o endereço do réu. Nulidade.

A 2.ª Turma do STF, no julgamento do HC n.º 45.805, relator o

eminente Min. EVANDRO LINS, concedeu unânimemente a ordem para anular o processo a partir da citação, porque, possuindo o Juízo o endereço certo do réu, fôra ele citado por edital (*D. J.*, 25/10/68, pág. 4.406). A mesma Turma, no HC n.º 46.108, relator o eminente Min. ADAUTO LÚCIO CARDOSO, decidiu que "é inaceitável a certidão que dá o acusado como tendo paradeiro incerto e não sabido, em colisão com a prova dos autos", determinando a nulidade (*D. J.*, 5/9/69, pág. 3.938).

Trata-se de matéria incontroversa. O art. 564, n.º III, letra e, do Código de Processo Penal impõe nulidade ao processo em que não ocorra a citação, equiparando-se à sua falta situações nas quais a citação se faça "imprópria". O STF afirmara que "no processo penal domina, com caráter absoluto, o princípio de que a citação deve ser feita pessoalmente. A citação por edital depende da exaustão de todos os meios para o conhecimento do paradeiro do acusado" (cf. acórdão in *D. J.* 8/10/64). Neste sentido há numerosos julgados (*Rev. Tribs.*, 301/347; 322/102; 291/641; *Rev. For.*, 200/231; 174/375; 161/349).

A verdade é que, na prática judiciária, o oficial de Justiça não se comporta sempre com o zelo necessário, "abstando-se de lavrar a certidão de ausência sempre que lhe restar ainda um lugar onde com probabilidade puder encontrar o acusado", como prescreve MAGALHÃES NORONHA (*Curso de D. Proc. Pen.*, S. Paulo, 1964, págs. 263 e 267). O que se vê é que, bem ao contrário da "exaustão dos meios", o oficial de Justiça às vezes não promove a utilização mínima dos meios disponíveis para a citação pessoal do acusado, lavrando incontinenti a certidão de ausência ao primeiro sintoma de qualquer dificuldade para sua localização. Isso explica os constantes requerimentos de *habeas corpus* por réus citados por edital que teriam sido facilmente localizados com simples leitura dos autos.

Uma questão paralela se dá com a citação de *funcionários públicos*. Neste caso, "o oficial de Justiça deve citar o funcionário público, o que porém, é insuficiente para que o ato citatório se tenha por exaurido. Indeclinável é que, também, se proceda à notificação do funcionário e do chefe da repartição" (cf. J. FREDERICO MARQUES, *Elem. de Dir. Proc. Pen.*, Forense, Rio, 1961, pág. 178). No HC n.º 31.822, o STF, em acórdão da lavra do Min. NELSON HUNGRIA, decidiu que "as sucessivas notificações determinadas no art. 359, quer ao funcionário acusado, quer ao chefe de sua repartição, são tão indeclináveis quanto a citação inicial. Faz-se necessário que o funcionário e o chefe da repartição sejam previamente notificados". (*Rev. For.*, 146/397). No mesmo sentido, *Rev. For.*, 200/213; *Rev. Tribs.*, 303/72.

Intimação de advogado para inquirição de testemunhas. Sua falta importa em cerceamento de defesa.

Assim decidiu a 1.ª Turma do STF, concedendo o HC n.º 47.358, relator o eminente Min. DJACI FALCÃO, por unanimidade. Frisa-se na ementa: "A falta de intimação do advogado do réu para a inquirição de testemunhas, importa em cerceamento de defesa, suscetível de anular o processo. A nomeação de defensor para o ato não supre a falta". (*D. J.*, 29/12/69, pág. 6.239).

A inquirição de testemunhas constitui, como se sabe, um dos momentos de maior importância no processo penal, exigindo evidentemente a presença do defensor escolhido pelo réu.

Assistente de acusação. Limites de suas atribuições processuais.

Na Reclamação n.º 291, a 2.ª Câmara Criminal do T. A. do Estado da Guanabara teve oportunidade de examinar a função processual do assistente, e o âmbito de suas atribuições. Di-

rigia-se a Reclamação contra despacho do Dr. Juiz da 22.^a Vara Criminal, que concedera relaxamento de prisão, com assentimento do M. P., a dois acusados, sustentando inexistência de amparo legal à medida. Em feliz passagem, o acórdão, da lavra do Juiz FONSECA PASSOS, assinala: "O Código de Processo Penal admite essa intervenção assistencial *ad adjuvandum tantum* — e não sob forma litisconsorcial — e delimita, outrossim, no artigo 271, os marcos de suas atribuições: ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar de debate e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos artigos 584 § 1.^o e 598. Só nesse último caso assume o papel de parte principal, pois, nas demais, funciona como simples auxiliar de acusação e quem auxilia não pode ter iniciativa".

Transcrevendo FREDERICO MARQUES (*Elementos de Dir. Proc. Penal*, vol. I, pág. 352), onde afirma que "como o Estado é o único titular do direito de punir, o ofendido ou querelante, na ação privada, não invoca nenhum direito material seu", o acórdão assinala que, na ação penal pública, de iniciativa do Estado, com muito maior razão, a interferência do ofendido só pode ser admitida na feição *ad adjuvandum*, sem o direito de agir ou de qualquer postulação ou de transferência do direito de punir: a lei estabeleceu os limites da coadjuvação, que não pode ser transposta, sem grave dano ao princípio da titularidade do *jus puniendi*. Decisão unânime.

Contrabando. Não o configura o transporte no país de café de comercialização proibida.

O Dec. lei 47, de 18/11/66, seguindo numerosos exemplos de leis penais mal feitas e que revelam a falta de ima-

ginação e preparo técnico de seus elaboradores, em seu art. 2.^o estabeleceu: "Fica equiparado ao crime de estelionato despachar por ferrovia, rodovia ou fazer transitar, por qualquer meio, cafés de comercialização proibida de acordo com as normas e resoluções baixadas pelo IBC, sujeito aquele que o fizer às penas previstas nos artigos 171 e seguintes do Código Penal. § 1.^o Incorre nas mesmas penas aquele que negociar por endosso ou a qualquer título como portador do respectivo documento representativo, os cafés a que se refere o presente artigo, bem como aquele que os der em garantia para o levantamento antecipado de numerário em função do suposto valor do produto. § 2.^o Excetuam-se da hipótese prevista neste artigo os cafés encaminhados, dentro do mesmo município produtor, às usinas de beneficiamento e padronização ou para fins de industrialização. § 3.^o O encaminhamento de café para os fins referidos no parágrafo anterior para município outro que não o de origem dependerá sempre de prévia e expressa licença do IBC".

Antes do Decreto-lei o TFR julgava que o transporte de café no território nacional estava condicionado ao exato cumprimento da resolução 133 do IBC (2/4/1959), baixada com fundamento na lei 1.779, de 1952. Segundo tal regulamento, "nenhuma mercadoria pode circular nos locais ali mencionados sem que seus condutores estejam munidos desse certificado de licença do IBC".

Essa equiparação *quoad poenam* ao crime de estelionato, do transporte e da comercialização ilícita do café é inteiramente descabida, sendo representativa da péssima legislação elaborada em nosso país, por via de decreto, naquele período.

O TFR já decidiu que "o transporte, no país, de café de comercialização proibida não configura o crime de contrabando, e sim o ilícito penal previsto no art. 2.^o do Dec.-lei 47, de 1966". (Ap. Crim. 1.349, relator Min. ARMANDO ROLLEMBERG, D. J., 3/7/68, pág. 2.510).

Como tentativa de contrabando, em data anterior ao referido Dec.-lei, julgou o Tribunal, na Ap. Crim. 1.056, relator o eminente Min. GODOY ILHA, por unanimidade, o transporte de café em circunstâncias altamente suspeitas, nas proximidades da Foz do Iguaçu. (TFR *Jurispr.*, 16/127). A nosso ver, em tal caso não havia crime, sendo aquele transporte, claramente, mero *ato preparatório*, devendo o fato dar lugar a meras sanções fiscais.

Inquérito Policial. Excesso de prazo.

A regra que se inscreve no art. 10, CPP, estabelece prazo peremptório e fatal para conclusão do inquérito, se o réu estiver preso. Esse prazo é de dez dias e é improrrogável. A tranqüila jurisprudência nesse sentido vem de ser confirmada pela 1.^a Turma do STF, no RHC 48.675, relator o ilustre Ministro BARROS MONTEIRO, por unanimidade. Decidiu o Tribunal que "o inquérito policial de indiciado preso deverá ser entregue à distribuição dentro do decêndio legal" (D.J., 2-4-71, pág. 1.302).

Essa regra tem sido comumente esquecida nos processos por crimes políticos, sendo difícil fazê-la prevalecer, em virtude da deplorável situação em que nos encontramos, com a suspensão do *habeas corpus*. Os inquéritos policiais relativos a crimes políticos podem ser feitos pela polícia civil (caso em que é observado o Código de Processo Penal comum) ou através de inquérito policial militar, caso em que se observa a lei de segurança e o Código de Processo Penal Militar.

No caso de inquérito feito pela polícia civil, decretada a prisão preventiva ou efetuada a prisão em flagrante, o inquérito deve estar concluído em dez dias.

Se se tratar de IPM, o inquérito deve estar concluído no prazo improrrogável de 20 dias, se o indiciado estiver preso (art. 20, CPPM), quer seja a prisão

em flagrante, preventiva ou imposta pelo próprio encarregado (art. 59, Decreto-lei n.^o 898).

O prazo legal para conclusão do IPM em crimes políticos não está previsto na lei de segurança e é o mesmo estabelecido para todos os casos, pelo Cód. Proc. Penal Militar, em seu artigo 20. Como se pode ver pelo § 1.^o desse dispositivo legal, só é prorrogável (por mais de 20 dias) o prazo previsto para a conclusão do inquérito (40 dias), quando o indiciado estiver solto.

Encontramos, no entanto, no mesmo Código o prazo de prisão para averiguações (imposta pelo encarregado do IPM), com duração até 30 dias, prorrogáveis por mais 20 (art. 18), disposição análoga à da Lei de Segurança (art. 59).

É difícil conciliar dispositivo que limita a duração do inquérito se o indiciado estiver preso, com outro que permite a prisão na fase do inquérito por prazo superior ao que é fixado para a sua conclusão, de forma peremptória.

Trata-se de dificuldade surgida com o novo CPPM, pois o antigo Código da Justiça Militar fixava o prazo de 30 dias para a terminação do inquérito, autorizando a sua prorrogação (artigo 115, § 4.^o), de modo a permitir que a prisão imposta pelo encarregado (artigo 156) durasse até à conclusão do inquérito.

A antinomia deve resolver-se com a prevalência do dispositivo que limita a duração do inquérito policial, se o indiciado estiver preso, de conformidade com os princípios gerais que excluem, em tais casos, os que restringem ou afetam o direito de liberdade. Formulamos essas conclusões constatando, melancolicamente, que são numerosos os casos de prisão, na fase do inquérito, por prazo incomparavelmente maior do que a lei autoriza, quando se trata de crimes políticos, inclusive com a completa falta de comunicação à autoridade judiciária.

Latrocínio. Pluralidade de vítimas. Inexistência de concurso material.

Mais uma vez o T.J. da Guanabara reafirmou a sua jurisprudência no sentido da irrelevância da pluralidade do resultado morte na configuração do crime previsto no art. 157, § 3.º, Cód. Penal. A decisão desta feita foi proferida por sua 3.ª Câmara Criminal na Ap. Crim. n.º 53.818, relator o ilustre Des. LIMA ROCHA, por unanimidade (D.J., 8-10-70, pág. 521, do *apenso*).

Essa orientação nos parece, *data venia*, incorreta e injustificável. Cf. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 66. Os graves defeitos do atual Código Penal nessa matéria e as incertezas da jurisprudência ficarão sanados com o novo Código Penal (art. 168, § 3.º).

Ílícito penal e ilícito administrativo.

No Rec. Extr. 40.213, julgado pela 3.ª Turma do STF, relator o eminente Ministro PRADO KELLY, considerou-se a situação de funcionário público demitido, que pleiteava reintegração. O autor era fiscal de rendas e respondeu a processo criminal por concussão (artigo 316, Cód. Penal) em que foi absolvido, porque se afirmou ter havido crime putativo, por obra de agente provocador.

O juiz julgou a ação improcedente, e o Tribunal (São Paulo) confirmou a sentença, que o STF manteve, em decisão unânime. Entendeu o tribunal que as instâncias administrativa e judiciária são independentes, bem como as órbitas peculiares, ao poder disciplinar e ao penal. Afirmou o relator que “daria pela submissão da autoridade executiva à coisa julgada, se a justiça houvesse reconhecido a *inexistência material dos fatos* em que se fundaram, a um só tempo, a ação criminal e o inquérito administrativo”. E invocou a lição de LAUBADÈRE (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, § 1.362, página 706): *La décision de l'autorité disciplinaire ne lie jamais le juge pé-*

nal; quant à la décision du juge pénal, elle laisse libre l'autorité disciplinaire si le juge pénal a estimé que le fait reproché ne constituait pas une infraction, puisque précisément un fait peut être fautive disciplinaire sans être infraction pénale; celui-ci a constaté que les faits reprochés n'avaient matériellement pas eu lieu parce que j'oue alors l'autorité de la chose jugée (Rev. Trim. Jurispr., 43/23).

A sentença absolutória criminal, como dizia CARRARA, em regra não proclama a inocência do acusado, mas a insuficiência das provas recolhidas para submetê-lo a castigo. Em nosso direito, pode o juiz na sentença absolutória (art. 386, Cód. Proc. Penal) reconhecer ter sido provada a *inexistência do fato*. Pode também absolver porque não houve prova da existência do fato ou porque não houve prova de que o réu concorreu para a infração.

A absolvição criminal, em regra, não impede a pena disciplinar. Isso só ocorrerá se o juiz criminal afirma a inexistência do fato ou reconhece que o réu não o praticou, pois nesse caso a matéria não pode ser reaberta na esfera cível ou administrativa, por força da coisa julgada (art. 1.525, Cód. Civil). Cf. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 4.

Expulsão. Concessão de h.c. para impedir entrega a determinado país.

No julgamento do HC 44.329, relator o Ministro ELOY DA ROCHA, concedeu o Tribunal Pleno a ordem para que o paciente não fôsse expulso para a Bolívia. Tratava-se de asilado político condenado no país por crime comum e submetido a processo de expulsão. Temia que o governo o mandasse para a Bolívia onde, segundo alegava, poderia ser submetido à pena de morte (Rev. Trim. Jurispr., 43/74).

Desejamos observar que o temor do impetrante quanto à pena de morte era

infundado. Tal pena foi abolida na Bolívia desde 2 de fevereiro de 1967, quando foi promulgada a nova Constituição, que a suprimiu (art. 17).

O STF já concedera anteriormente *habeas corpus* semelhante, para que a expulsão não se transformasse numa extradição indireta. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, número 3.

A Comissão dos Direitos do Homem, do Conselho da Europa, incumbida de fazer respeitar a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem, em decisão tomada em 6 de outubro de 1962, admitiu pela primeira vez que a expulsão de um estrangeiro para um país determinado pode constituir tratamento desumano (Cf. *Bulletin de la Commission Internationale de Juristes*, n.º 24, de 1965, pág. 15).

Crime de automóvel. Imprudência na ultrapassagem de faixa de segurança. Irrelevância do sinal aberto.

A hipótese considerada pela 2.ª Câmara Criminal do T.T. da Guanabara, na Ap. Crim. 1.347 era a seguinte: aproximava-se o motorista de uma faixa de segurança situada em frente a uma escola, com sinal fechado para os veículos e com carros parados em obediência ao sinal. Antes de chegar à faixa o sinal abre, mas os carros que estavam parados assim continuam, não partem e encobrem a visão do motorista que se aproximava, não lhe permitindo ver que havia pedestres realizando a travessia. Apesar disso o motorista prosseguiu e atropelou um menor.

A culpa do motorista era irrecusável e assim decidiu a Câmara por unanimidade. O acórdão, da lavra do ilustre juiz OSWALDO GOULART PIRES, assinala: “Evidente a culpa, inafastável a imprudência de avançar sem se assegurar de que não havia pedestres em curso de travessia e, conseqüentemente, com preferência e precedência sobre a

passagem do apelante. Acresce no caso que se cuidava de uma faixa de segurança que servia a uma escola de crianças, o que recomendava maior cautela. Assim, o pretendido sinal aberto, na hipótese, carece de maior significação, vez que se omitiu o direito de preferência do pedestre, que iniciou a travessia com sinal a seu favor e tinha o direito de completá-la”.

Na Ap. Crim. 1.717, a mesma 2.ª Câmara, sendo relator ainda o juiz OSWALDO GOULART PIRES, afirmou a imprudência do motorista que dá partida brusca em seu carro estacionado, sem se assegurar de que não há pedestres em travessia, que para sua manobra não estavam advertidos. Decisão unânime.

Crime de automóvel. Prova.

No julgamento dos Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado, na Ap. Crim. 1.013, decidiram as Câmaras Criminais Reunidas do T.A. da Guanabara, relator o ilustre juiz OSWALDO GOULART PIRES, que “sem prova direta e positiva de culpa é inexequível conclusão condenatória”. Na hipótese, a única prova existente era a da ocorrência de um choque entre automóvel e triciclo, à noite, com vítimas, quando os veículos iam no mesmo sentido. A mecânica do acidente, a razão do choque, nada pôde ser apurado. Afirmou-se no acórdão, com precisão: “Não cabe ao réu demonstrar que não é culpado ou que é inocente, mas ao M.P. evidenciar sua culpa. A simples evidência material, a verificação do choque com vítimas, por si só, não demonstra a culpa na espécie”.

Crime de automóvel. Concorrência de culpas irrelevante.

A 2.ª Câmara Criminal do T. Alçada da Guanabara, na Ap. Criminal n.º 1.260, por unanimidade, decidiu que é irrelevante a eventual culpa de

outro motorista, dando aplicação ao princípio de que não há compensação de culpas no Direito Penal. Na hipótese, o agente trafegava em velocidade imprópria, por lado proibido da pista, dando causa a violento choque com veículo que se achava estacionado irregularmente. Foi relator o ilustre juiz OSWALDO GOULART PIRES.

Crime de automóvel. Imprudência pelo estado de veículo de carga.

Afirmou a 2.^a Câmara do T.A. da Guanabara a imprudência de motorista de caminhão que trafega com o seu veículo sem uma das rodas do eixo traseiro (que era de roda dupla). O acidente ocorreu quando o carro realizava uma curva em declive, perdendo a estabilidade. Do acórdão lê-se: "É imprudente o motorista que roda com seu veículo de carga com falta de uma roda no eixo traseiro, que é de rodagem dupla e acaba por causar acidente, em tombamento do carro, em função da má estabilidade". Decisão unânime, na Ap. Crim. 1.908, relator o eminente juiz OSWALDO GOULART PIRES.

Crime de automóvel. Tráfego junto ao meio-fio.

O T.A. da Guanabara, na Ap. Criminal 1.875, por sua 2.^a Câmara, afirmou a imprudência do motorista que trafega demasiado rente ao meio-fio, sem as cautelas adequadas e colhe pedestre que ali se achava, aguardando a oportunidade de travessia. Trata-se de *tráfego perigoso*. No limite da calçada estava uma criança, prestes a atravessar a rua, em local de travessia de pedestres, estando à vista dos motoristas que por ali passavam. A eventual imprudência da vítima em ficar em local que não a protegia integralmente de veículos que viessem muito rentes ao meio-fio era irrelevante. A culpa do motorista era evidente. A decisão, em que foi relator o ilustre

juiz OSWALDO GOULART PIRES, foi unânime.

Crime de automóvel. Aprendiz não age com imperícia.

Na Ap. Crim. 1.894, a 2.^a Câmara do T.A. da Guanabara decidiu, por unanimidade, que "o aprendiz de direção de veículo auto-motor, habilitado para aprendizagem e acompanhado de instrutor, não responde penalmente por imperícia eventualmente originadora de acidente em que se envolve". "A imperícia é típica e normal no aprendiz de direção. Por isso que é ele aprendiz e está aprendendo as regras técnicas da condução de veículos. A imperícia que a lei penal pune é a do habilitado pelo poder público para dirigir; não sendo exigível do habilitado a aprender a dirigir. Pela imperícia deste responderá, quando pudesse ser superada, o motorista instrutor".

Diversa é a situação se o motorista aprendiz conduz o seu veículo desacompanhado. Na Ap. Crim. 1.269, a 2.^a Câmara Criminal do T.A. da Guanabara, relator o ilustre juiz OSWALDO GOULART PIRES, decidiu por unanimidade, que há imprudência por parte do motorista aprendiz quando conduz o veículo sem a presença do motorista habilitado. Na hipótese, o motorista desatendeu à sinalização e foi chocar-se com outro veículo.

Imputabilidade. Silvícola.

No H.C. 45.849, relator o ilustre Ministro DJACI FALCÃO, decidiu por unanimidade a 1.^a Turma do STF que "na cláusula de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, prevista no art. 22, Cód. Penal, pode situar-se o silvícola", desde que fique demonstrada a sua inadaptação à vida do meio civilizado (D.J., 11-10-58, página 4.117).

No sentido da decisão é bem característica a passagem da *Exposição de*

Motivos (n.º 18) que justifica a omissão de referência ao silvícola inadaptado, através do emprêgo da expressão desenvolvimento *mental*, pois o termo *mental* "é relativo a todas as faculdades psíquicas, congênitas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde a inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral".

Nem sempre a questão estará bem posta pelo aspecto da imputabilidade. Imputabilidade é capacidade de culpa, vale dizer, capacidade de entendimento do caráter reprovável da ação que executa e capacidade de governar a conduta conforme as exigências do ordenamento jurídico. Parece-nos ter razão MANUEL DURAN (*El indio ante el derecho penal*, in *Estudios Jurídicos en Homenaje al Professor Luis Jimenez de Asúa*, Buenos Aires, 1964, pág. 556) quando diz que "no hay fundamento válido alguno para formular como principio general, el de la imputabilidad del indio". Escrevendo em relação ao índio boliviano, diz DURAN: "El indio en general posee la capacidad suficiente para darse cuenta de sus actos y está dotado del sentido ético necesario para apreciar aquellos inmorales o prohibidos y para abstenerse de ejecutarlos. Vive de acuerdo con normas morales que vienen de sus antepasados y es casi seguro que si alguien se dedicase a hacer un estudio comparativo de la moralidad media de la población que habita en las ciudades con la de los indios, llegaría a la conclusión sorprendente de que en esa comparación resulta favorecido el elemento autóctono. Lo prueba el hecho fácilmente comprobable de que la criminalidad del indio es reducida, si se considera que tiene menos posibilidades que el blanco para eludir la acción de la justicia, por su desamparo económico y social". Trata-se de atribuir relevância jurídica ao *deficit* social dos silvícolas, enquanto estranhos e alheios ao nosso estilo de civilização.

ASÚA (*El Criminalista*, tomo IX, 1944, pág. 256), partindo da teoria das

normas de cultura, entende que se o indígena é incapaz de captar a norma de cultura, fundamento da antijuridicidade da ação, não poderá agir dolosamente.

Por tais razões, seria indubitavelmente mais correto estabelecer expressamente a inimizabilidade do silvícola inadaptado. Aqui, com grande clareza, revela-se muito bem o caráter valorativo do juízo de imputabilidade, que compete ao julgador, na análise da capacidade de culpa.

A bibliografia sobre o tema não é muito ampla. Cf., no entanto, RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, *La organización social de los antiguos mexicanos*, México, 1966 especialmente págs. 64 e segs.; JOSÉ MEDRANO OSSIO, *Responsabilidad penal de los indígenas*, Potosí, 1941; ANGEL VIÑAN, *El problema de la responsabilidad penal del indígena equatoriano*, in *Revista de Ciencias Penales*, Santiago de Chile, jul-set., 1943, pág. 274. Intervindo na reunião que realizou no México a Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, em outubro de 1965, o saudoso prof. CARRANCA Y TRUJILLO observava: "Realmente no veo por qué se ponga en el banquillo constantemente como faltos de desarrollo mental completo a los indígenas", pois "pueden tener un desarrollo mucho más completo que otras razas" (*Código Penal Tipo para Latinoamérica*, México, 1967, pág. 191). Advirta-se, no entanto, que a questão dos indígenas em diversos países latino-americanos (como a Bolívia, o Peru, o Equador, etc) é bem diverso da que se apresenta em nosso país. Na Bolívia, por exemplo, o elemento indígena constitui a maioria da população.

Co-autoria. Vínculo psicológico.

O aspecto subjetivo do concurso de pessoas no fato punível foi assinalado no julgamento dos Embargos de nulidade e infringentes, na Ap. Criminal n.º 41.798, realizado pelas Câmaras

Criminais Reunidas, do T.J. da Guanabara. Roi relator o Des. LOURIVAL GONÇALVES DE OLIVEIRA. Do acórdão, lê-se: "Para que se verifique o concurso de agentes é necessário que haja vínculo psicológico que una as atividades em concurso, ou seja, a vontade consciente de cada co-partícipe na referida ação coletiva". Não se exige o ajuste prévio, bastando a consciência e vontade de cooperar na ação comum. Ficaram vencidos os Desembargadores ODUVALDO ABRITTA, ROBERTO MEDEIROS e JOSÉ MURTA RIBEIRO que julgavam estar evidenciada a participação dos recorrentes (*Rev. Jurispr.*, 13/334). Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 15.

Aplicação da pena. Crime culposos.

Votando no julgamento do H.C. n.º 44.485, o eminente Ministro EVANDRO LINS E SILVA, referindo-se a decisão em crime culposos, deixou consignado: "A meu ver a sentença é nula, e o acórdão da apelação não a corrigiu, no ponto fundamental, que a torna irrita. A nulidade decorre da desobediência ao art. 42, Cód. Penal, pois dela não consta a menor referência à personalidade do agente".

Assinalou, a seguir, que a sentença era pouco clara quanto ao grau da culpa e às circunstâncias e consequências do crime, acrescentando: "Ao mesmo tempo, para fixar a pena-base, a sentença não obedeceu à regra do art. 49, do Cód. Penal. Entre as circunstâncias preponderantes a que alude essa disposição, como critério para ser seguido pelo juiz, está a personalidade do agente. A essa personalidade a sentença não faz referência. Daí não se saber a razão pela qual a sentença chegou à pena-base de 24 meses, ou seja, a metade da soma do mínimo com o máximo, critério que se adota para a reincidência específica, a fim de aplicar a pena acima dessa média (art. 47 n.º I)".

"A não ser em casos excepcionais, de culpa gravíssima e de circunstâncias singulares que rodeiem o fato, de modo a exigir aplicação de pena bastante severa, não há como, nos crimes culposos, partir da média do máximo e do mínimo quando se trata de criminoso primário. A circunstância preponderante é a primariedade, devendo a pena-base aproximar-se em ser fixada no mínimo. Após essa operação, o juiz fará os aumentos ou diminuições especificados na parte geral ou na especial".

No caso em julgamento, esse voto não prevaleceu, pois os Ministros ADALÍCIO NOGUEIRA e ADAUTO CARDOSO denegaram a ordem. Prevaleceu o voto do Ministro ALIOMAR BALEEIRO, reduzindo a pena a 24 meses de detenção, como voto médio. Decisão da 2.ª Turma (*Rev. Trim. Jurispr.*, 43/741).

Aplicação da pena. Réu menor. Co-autoria.

Concedeu o STF, por sua 2.ª Turma, o H.C. 43.985, relator o Ministro ALIOMAR BALEEIRO, para anular sentença que impôs a réu menor, em caso de co-autoria, a mesma pena imposta a outros réus adultos. A menoridade é circunstância que *sempre* atenua a pena (art. 48 n.º I, Cód. Penal).

Salientou o eminente relator que, em caso de co-autoria e participação, é necessário que se estabeleça, na sentença, em que consistiu o concurso de cada um dos que contribuíram para o delito. De outra forma não será possível realizar correta individualização da pena.

Domina hoje a matéria a regra segundo a qual cada partícipe será punido de acordo com a sua culpabilidade, e independentemente da culpabilidade dos demais. Cf. novo Código Penal, art. 33, § 1.º. Essencial é, portanto, que se estabeleça o alcance da participação (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41/478). Cf., igualmente, H.B. 42.998, relator Ministro EVANDRO LINS E SILVA (*Rev. Trim. Jurispr.*, 36/302) e 42.912,

relator Ministro PEDRO CHAVES (*Rev. Trim. Jurispr.*, 36/254).

Decadência. Crime continuado. Crime contra a propriedade industrial.

No H.C. 20.822, decidiu a 2.ª Câmara Criminal do T.J. da Guanabara, relator o eminente Des. OLAVO TOSTES FILHO, que não há falar em decadência do direito de queixa se o crime é continuado. Na hipótese tratava-se de crime contra a propriedade industrial e o querelante, há mais de 4 anos, havia notificado o réu para que se abstinhasse da fabricação criminosa, revelando o seu inequívoco conhecimento do crime. Quando promoveu a ação penal, logo em seguida à apreensão dos artigos com a marca fraudulenta, alegou o querelado que havia decadência, pois estava ultrapassado largamente o prazo do art. 38, Cód. Proc. Penal.

Afirmou a Câmara, com inegável acerto, que o crime era continuado e que o artigo de lei invocado somente poderia referir-se às infrações já consumadas, não àquelas que continuam no tempo, em relação às quais a continuidade da ação criminosa protraí o início da decadência e da prescrição.

Entendeu, ainda, a Câmara, que nos crimes contra a propriedade imaterial, o prazo de decadência não começa do conhecimento da infração penal pelo lesado, mas da sua inércia por mais de 30 dias, após a homologação do laudo de exame dos artigos apreendidos, a que alude o art. 529, Cód. Proc. Penal. Observamos que em contrário já se pronunciou o STF (Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, número 291). A decisão foi unânime (*Rev. Jurispr.*, 13/360).

Suspensão condicional da pena. É obrigatória ao condenado que satisfaz os requisitos da lei.

Segundo o art. 57, Cód. Penal, a execução da pena de detenção não supe-

rior a dois anos *pode ser suspensa*, desde que estejam reunidas as condições previstas nos incisos I e II do mesmo dispositivo. A mesma regra está consignada no art. 696, Cód. Proc. Penal.

A jurisprudência dos tribunais, no entanto, têm-se firmado no sentido de excluir a faculdade, se se reúnem os requisitos da lei, afirmando ser *obrigatória* a concessão do *sursis* ao sentenciado que satisfaz aos requisitos da lei. O *sursis* seria, assim, um *direito*.

Essa orientação foi consagrada no julgamento do H.C. 43.676, pela 3.ª Turma do STF, relator o Ministro ELOY DA ROCHA, que em seu voto afirmou: "Não mais se discute que, reunidos os requisitos legais, ao sentenciado se deve conceder a suspensão condicional da pena". A questão se resume em saber se o condenado preenche os requisitos da lei.

No caso, tratava-se de pessoa condenada por homicídio culposos, praticado na condução de automóvel. O tribunal ordenando a concessão do *sursis*, mandou que entre as condições figurasse a prova da boa conduta, inclusive com certidão do serviço de trânsito. Excelente iniciativa (*Rev. Trim. Jurispr.*, 42/722).

Aplicação da pena. Fixação da pena-base.

O STF tem decidido, em diversas oportunidades, que a aplicação da pena exige a fixação da pena-base, que se determina atendendo às circunstâncias judiciais e aos elementos previstos no art. 42 do Código Penal. E que somente é dispensável tal fixação, quando se trata de impor a pena no mínimo (*Revista Brasileira Crimin. e Direito Penal*, 12/146) ou não ocorrem circunstâncias legais de agravação ou atenuação. No h. c. 43.693, da 1.ª Turma, consta do voto do eminente relator, o Min. EVANDRO LINS E SILVA, o entendimento prevalente: "Só há necessidade de uma expressa referência à pena-base

quando essa há de sofrer acréscimo ou diminuição pela interferência de atenuantes ou agravantes legais. Quando não haja, como no caso, agravantes ou atenuantes obrigatórias a considerar, não há que falar em pena-base, pois esta é a que deveria resultar do complexo das chamadas circunstâncias judiciais arroladas no art. 42 e se identificaria assim com a pena fixada" (*Rev. Trim. Jurispr.*, 40/324).

Todavia, no h. c. 43.857, da mesma turma, funcionando o mesmo ilustre relator, seguiu-se entendimento diverso. No caso, o juiz deixara de fixar a pena-base, tratando-se de lesão corporal grave, ocorrendo a agravante do art. 44, II, f. Considerou o juiz todas as circunstâncias judiciais e os demais elementos do art. 42 e, ainda, a agravante legal, chamando de pena-base o *quantum* que então determinou. Nessa decisão, entendeu a Turma que a pena-base deve ser fixada compreendendo já as circunstâncias legais, de tal forma que só restariam a considerar as causas especiais de aumento ou diminuição, previstas na Parte Geral ou na Parte Especial. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 40/329).

Parece-nos que a primeira orientação é que é a correta. O que se pretende é levar o juiz a exata motivação do *quantum* da pena aplicada, reconhecendo nisso um elemento de garantia para o condenado. O juiz deve demonstrar como chegou à pena finalmente imposta. Ora, se existem elementos de agravação ou atenuação obrigatórios, que são as circunstâncias legais, não há dúvida de que tais elementos devem incidir sobre a pena que o juiz aplicaria à sua falta. Essa é a chamada pena-base. Sabemos muito bem que esse critério de aplicação da pena é hoje objeto de críticas muito sérias e que desaparecerá, certamente, no futuro Direito Penal. Mas, por ora, o critério da lei parece claro e deve ser obedecido. Veja-se o novo Código Penal, art. 63, que esclarece definitivamente o assunto.

Suspensão condicional da pena. Condenação à pena de multa não a prejudica.

Decidiu a 1.^a Turma do STF, relator o Sr. Min. DJACI FALCÃO, que a condenação posterior à pena de multa não implica em revogação do *sursis* anteriormente concedido. Trata-se de aplicar o art. 59, I Código Penal, que dispõe: "A suspensão é revogada se, no curso do prazo, o beneficiário é condenado, por sentença irrecorrível, em razão de crime, ou de contravenção pela qual tenha sido imposta pena privativa de liberdade".

O STF vem excluindo os casos de condenação à pena de multa das restrições impostas ao *sursis* pela prática de outro crime. É orientação que deve ser aplaudida porque atende às finalidades do instituto. A decisão proferida no h. c. 44.080, por unanimidade, certamente dará lugar a reiterados pronunciamentos no mesmo sentido. O eminente Min. VICTOR NUNES assinalou que já havia votado em sentido contrário, no Rec. Extr. 56.308, não tendo o seu voto prevalecido. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41/84).

A 3.^a Turma, no h. c. 43.731, relator o ilustre Min. ELOY DA ROCHA, afirmando que a anterior condenação a pena de multa, ainda que por crime, não obsta à concessão do *sursis*, ponderadas as circunstâncias e, entre elas, a de ser primário o réu, assinalou que o legislador fornece ao julgador motivo para estender, considerando o caso, a regra da revogação facultativa. A pena de multa, mesmo aplicada na condenação por crime, é reveladora da inexistência de gravidade na infração. A decisão foi unânime. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 42/237). Veja-se também, da 3.^a Turma, a decisão unânime proferida no h. c. 44.133, relator o ilustre Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA (*Rev. Trim. Jurispr.* 42/526).

Pena acessória. Crime cometido com automóvel. Não é obrigatória.

O Tribunal de Alçada da Guanabara, por sua 2.^a Câmara na Ap. Crim. 279, relator o juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO, decidiu por unanimidade que a pena acessória prevista no art. 69 n.º IV Código Penal não é obrigatória. Na hipótese, o réu havia sido condenado por lesões corporais culposas, em crime de automóvel, e o M. P. recorrera para pleitear a imposição da medida de segurança, que o juiz expressamente havia excluído.

Na sentença o juiz afirmara: "A interdição do exercício de profissão, em meu entender é mais medida de segurança do que propriamente pena e só deve ser concedida em situações determinadas, comprovado o abuso, que não existe no caso, já que não demonstrada a periculosidade do acusado, nos trinta e cinco anos em que dirige. Sua aplicação generalizada teria efeitos anti-sociais, tendo como consequência até enveredarem os réus na seara do crime, quando incapacitados para o exercício imediato de outra atividade ou em dificuldades para obtenção de emprego quando ultrapassada determinada idade".

Assinalou o acórdão que a orientação da sentença apelada era a da maioria dos juízes de primeira instância, lembrando que o anteprojeto HUNGRIA transformara tal interdição em medida de segurança (art. 91). Cf. novo Código Penal, art. 97. Manteve o acórdão a orientação prevalente, entendendo que seria iníquo alterá-la nos raros casos de recursos que chegam à segunda instância.

Interessante questão surgiu nesse acórdão, um pouco à margem do tema principal: se a proibição da *reformatio in pejus* refere-se também à pena acessória. Lembrou o eminente relator que vários de nossos tratadistas respondem pela negativa, admitindo, portanto, que a proibição da *reformatio in pejus* não colhe quando se trate de

pena acessória. Assim, BENTO DE FÁRIA (*Código de Processo Penal*, 1942, vol. II, págs. 207/8); EDUARDO ESPÍNOLA FILHO (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. V, n.º..... 1.272, pág. 878/9); FLORÊNCIO DE ABREU (*Comentários ao Código de Processo Penal*, 1945, vol. V, n.º 181, pág. 365) e ARY FRANCO (*Código de Processo Penal*, vol. II, pág. 288).

Esses autores, como evidenciou o ilustre relator, basearam-se na lição de MANZINI (*Trattato di Diritto Processuale Penale*, vol. IV pág. 579) relativa ao direito italiano, que faz da pena acessória, em todos os casos, consequência da condenação (art. 20, *Codice di Procedura Penale*). A situação no direito brasileiro é diversa.

Em nosso direito, a pena acessória está sujeita à proibição da *reformatio in pejus*, salvo quando resulta "da simples imposição da pena principal" (artigo 70 § único Código Penal). Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 323.

Na Ap. Crim. 1.715, a 2.^a Câmara do T. de Alçada da Guanabara, reiterou a sua jurisprudência, em acórdão unânime em que foi relator o ilustre juiz OSWALDO GOULART PIRES. Nesse acórdão, lê-se: "primário e sem maior repercussão penal a sua culpa, não é de se aplicar a pena acessória, que se dirige, segundo a jurisprudência tranqüila deste tribunal, aos que revelam periculosidade, tal como se fôra uma verdadeira medida de segurança". No mesmo sentido a 2.^a Câmara decidira na Ap. Crim. 477, relator o juiz EPAMINONDAS PONTES, por unanimidade: "A pena acessória consistente na proibição de dirigir veículo só se justifica sendo o apenado perigoso".

Perdão do ofendido. Pode ocorrer, se há recurso extraordinário.

Decidiu o STF, por sua 3.^a Turma, unanimemente, relator o eminente Min. PRADO KELLY, que o perdão do ofen-

didó extingue a punibilidade nos crimes de ação privada, mesmo quando, não havendo mais recurso ordinário, há recurso extraordinário pendente. A decisão foi proferida no h. c. 43.690. Na hipótese, o paciente fora condenado por crime contra a propriedade industrial, tendo sido absolvido em primeira instância e condenado em grau de recurso. Interpôs então recurso extraordinário para o STF.

Entretantes, as partes entraram em composição e o querelante perdoou o querelado. O Tribunal de Alçada de São Paulo entendeu ser inadmissível o perdão àquela altura, tendo em vista que o art. 107 § 3.º Código Penal estabelece que "não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória".

Com exatidão afirmou o Min. PRADO KELLY: "À data do perdão, pendia recurso extraordinário interposto do acórdão condenatório. É certo que o apelo extremo não tem efeito suspensivo (Código de Processo Penal, art. 637), mas também é certo que só opera coisa julgada, material e formalmente, a decisão da qual já não caiba recurso (lei de introdução ao Código Civil, art. 6.º, § 3.º), seja ele ordinário, com apelo nas leis processuais, seja extraordinário, com direito a arrimo na Constituição". (Rev. Trim. Jurispr., 42/442).

Crimes contra a liberdade sexual. interpretação da Súmula 388.

O enunciado da Súmula 388, bem como a sua aplicação aos casos de ação pública, foram objeto de amplo reexame, no julgamento do h. c. 43.779, realizado pelo Tribunal Pleno, sendo relator o ilustre Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA.

Originalmente considerada na 3.ª Turma, a matéria foi enviada ao Pleno. Tratava-se de estupro cometido contra menor de 12 anos incompletos, sendo o agente casado. Em virtude de tal crime foi proferida sentença condenatória, que se achava em grau de recurso, quando a ofendida se casou com ter-

ceiro. Como decorreram seis meses, desde o casamento, sem que a ofendida ou seu marido ratificasse a representação, pleiteava o criminoso a extinção da punibilidade. A ação penal, evidentemente, era pública.

Diz a Súmula 388: "O casamento da ofendida com quem não seja o ofensor faz cessar a qualidade do seu representante legal, e a ação penal só pode prosseguir por iniciativa da própria ofendida, observados os prazos legais de decadência e perempção".

Tanto na Turma como no Plenário, o eminente Min. ELOY DA ROCHA formulou objeções seríssimas ao entendimento da maioria, segundo o qual a Súmula 388 era aplicável à hipótese em julgamento. Dizia ele que sua divergência era menos com o enunciado da Súmula, do que com a amplitude de sua aplicação. Observava que a Súmula somente pode se referir aos casos de ação privada, inclusive porque alude a decadência ou perempção que inexistem na ação pública: "Aceito a construção na forma da Súmula 388, na ação penal privada, promovida mediante queixa; ou, ainda, na ação pública, dependente de representação, antes de oferecida a denúncia. A ação privada, intentada mediante queixa, ficará premissa pela ausência de ratificação, no curso do processo, da iniciativa da ofendida. Considera-se o fato do casamento da ofendida com quem não seja o ofensor, caso de não permanência de iniciativa da ação privada, exercida mediante queixa. Presume-se o desaparecimento dessa iniciativa, quando tendo casado com terceiro, a ofendida não a confirma no curso do processo. Na mesma hipótese de casamento, pode-se presumir, também, a retratação da representação, para efeito da ação pública, enquanto ela for retratável, isto é, antes de iniciada a ação: Em virtude dessa presunção, poderá ocorrer decadência do direito de representação".

Sustentava o Min. ELOY DA ROCHA, a nosso ver com inteira procedência, a impossibilidade de aplicar-se a Súmula

388 à ação penal pública já iniciada pela denúncia, que é indisponível, sendo por outro lado, irretroatável a representação, depois de iniciada a ação. Em tais circunstâncias, "não há vontade da ofendida que possa fazer cessar a ação pública". "Nenhum fato ulterior à denúncia desfará a representação, transformando a ação pública em ação privada, ou acarretando a ilegitimidade do Ministério Público, que age como órgão do Estado, e não representante legal da ofendida".

Concordando com as observações do Min. ELOY DA ROCHA, o Min. PRADO KELLY recomendou a remessa do processo do Tribunal Pleno, asseverando que nunca em seus votos atribuiu tão larga eficácia à Súmula 388.

No Tribunal Pleno o debate se renovou. O relator, Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, afirmava não ser possível um tratamento diferente entre moças pobres e ricas. "O processo destas se inicia por ação privada e dá-se desistência com o casamento. Em relação às moças pobres, em que a ação penal iniciada torna-se pública, não poderá haver desistência?".

O Min. ELOY DA ROCHA fez uma análise da evolução da jurisprudência, que se cristalizou na Súmula 388, invocando os h. c. 29.885, 38.851, 39.071, 40.342, 40.327, 40.326.

O Min. DJACI FALCÃO acompanhou o relator, que concedia o h. c. para declarar a extinção da punibilidade, "sobretudo tendo em vista o sentido humano e social da interpretação defendida por S. Excia.". No mesmo sentido pronunciou-se o Min. ALIOMAR BALEEIRO, referindo-se sempre, no entanto, ao crime de sedução, ao passo que se tratava de estupro: "Acredito que seria penosíssimo para uma mulher e para seu marido continuar a marcha de um processo de sedução contra a vontade deles, revolvendo coisas que gostariam de esquecer".

O Min. ADALÍCIO NOGUEIRA (que na 2.ª Turma fôra relator de caso idêntico, o h. c. 44.705, Rev. Trim. Jurispr.,

43/390) também aderiu, assinalando: "Que interesse há em que se prossiga num processo ou que se leve a condenação a um homem, quando aquela que ele ofendeu, casando-se com outro, já fez reparar, plenamente, o mal que ele lhe causara?".

O excelente Min. EVANDRO LINS E SILVA esclareceu que o argumento da irretroatabilidade da representação resolvía-se da seguinte forma: "Esta é uma representação condicionada. O Ministério Público, ao oferecer a denúncia, levou em consideração que a ofendida era solteira, era menor de idade e era miserável. No curso da ação penal modificou-se o estado inicial da ofendida. As condições preliminares se alteraram no curso da ação penal, com o casamento da ofendida. De solteira que era tornou-se casada desaparecendo condição essencial para punibilidade nos crimes contra os costumes. Com o casamento passou a haver uma nova representação". Em consequência desse raciocínio, a irretroatabilidade da ação penal prevista no art. 104 do Código Penal e 25 do Código Processo Penal, nos casos de representação da ofendida, está condicionada àqueles pressupostos. Tendo eles desaparecido, a ação penal fica sem suporte. Verifica-se o seguinte: essa ação penal é retratável se a ofendida casa com o próprio ofensor. Ela não é, pois, irretroatável em termos absolutos, de acordo com a própria lei".

A esse último argumento evidentemente apressado, observou o Min. ELOY DA ROCHA que o casamento da ofendida com o agente não implica em retratação ou desfazimento da representação, mas na extinção da punibilidade, por força de dispositivo legal, o que é fenômeno diverso.

Aduziu ainda, o Min. EVANDRO LINS: "O preconceito da virgindade está subjacente na razão da punição. O preconceito cria para a menor ofendida, em virtude de seu desvirginamento, dificuldades para o casamento, a quase impossibilidade da aceitação, em razão desse prejuízo, por parte do homem,

em receber como espôsa uma mulher que não seja virgem. Posteriormente, vem essa mulher a casar-se. A razão de ser do direito de punir, da norma legal, desaparece”.

Aderindo ao pensamento da maioria, o Min. HERMES LIMA declarou: “Não vejo como se pode prosseguir na ação quando a ofendida se casou, e, portanto, se integrou na sociedade, através do costume, da moral, que a coloca em situação respeitável. A reparação aproveitada a ela. Por que o Estado irá sujeitá-la ainda à agonia de um processo?”.

Com a maioria votaram também os Ministros PEDRO CHAVES (“Como teria o Ministério Público o direito de perturbar um casal constituído sob a égide da lei; um casal que fez um contrato civil de matrimônio, geralmente entre nós acompanhado por um ato religioso, para dizer à espôsa: Você vai conti nuar sendo vítima de um estupro, que eu quero demonstrar e trazer ao público; e ao marido: você foge aos padrões da moral, pois tomou por espôsa uma mulher por outrem violada”) e VÍCTOR NUNES LEAL (“A falta de lógica, que em certo sentido poderia ser atribuída à jurisprudência do Supremo Tribunal, em face da expressão literal da lei, é apenas um rélica à falta de lógica do legislador, ao regular de maneira diferente os efeitos do casamento com o ofensor ou com terceiro. Como já foi amplamente explicado, a extinção da punibilidade pelo casamento tem o sentido de constranger o ofensor a restaurar um *status* social, isto é, a satisfazer a legítima expectativa da ofendida de contrair matrimônio, equilibrando, assim, de certo modo, os malefícios do crime. Se esse equilíbrio, afinal foi encontrado, ainda que por outra via, cessa o interesse do Estado em prosseguir na ação penal, ficando o assunto no plano da conveniência das pessoas atingidas pelas repercussões sociais do processo”).

O Ministro ADAUTO CARDOSO acompanhou o Ministro ELOY DA ROCHA, ob-

servando o perigo que representa a extensão dada à *Súmula* 388, abrangendo casos gravíssimos de estupro e rapto: “Nesses casos não são só os interesses da ofendida que devem ser consultados”. No mesmo sentido votou o Ministro OSWALDO TRIGUEIRO. Deixaram de participar do julgamento os Ministros PRADO KELLY e HAHNEMANN GUIMARÃES (*Rev. Trim. Jurispr.*, 43/464).

O estudo atual da jurisprudência de nosso Supremo, em substância, deriva do fato de não admitir efeito diverso do casamento da ofendida, com o agente ou com terceiro, que a nossa lei claramente estabelece. Desatende às exigências da lei e repele doutrina constante e antiga, com uma construção, *data venia*, superficial, que não resiste à análise. Isso ficou demonstrado, de forma completa, no voto exatíssimo do Ministro ELOY DA ROCHA.

A jurisprudência dominante baseia-se na presumida inconveniência social do processo, após o casamento com terceiro, e na *reparação* que esse casamento significa.

É certo que a moral sexual de nosso tempo evoluiu extraordinariamente, impondo uma visão diversa do crime de sedução e da presunção de violência, em certos casos. O tabu da virgindade não existe mais para a juventude dos grandes centros. É preciso, no entanto, considerar, que a criminalidade sexual não se limita às situações geralmente mais que duvidosas de sedução e rapto consensual. A criminalidade sexual violenta é fenômeno grave e, em certos lugares, alarmante, não podendo receber o tratamento benevolente que o STF estabeleceu e que significa a impunidade. Veja-se os trabalhos de HARRY L. KOZOL e outros, *Il delinquente sessuale pericoloso in senso criminale*, *Quaderni di Criminologia Clinica*, 1966, n.º 2, e também JEAN GRAVEN, *Le problème des délinquents sexuels devant la justice pénale en Suisse*, *Rev. Int. Crim. Pol. Scientifique*, abr.-jun. 1954, pág. 1.

O casamento da ofendida com tercei-

ro não pode ter efeito sobre o estupro contra ela praticado. Basta pensar que esse crime pode ser praticado contra mulher casada. Se um perverso pratica estupro contra menor de 12 anos, como dizer que cessa o interesse social na repressão, com o casamento? Como admitir que desaparece “a razão de ser do direito de punir e da norma legal”? É claro que aqui o dano transcende o interesse individual.

Não conhecemos qualquer legislação que atribua relevância jurídica ao casamento com terceiro. A extinção da punibilidade no casamento com o ofensor é circunstância pessoal e subjetiva (MANZINI, *Trattato*, vol. VII, página 301), que significa a extinção da pena para o agente, porque ele reparou, se se quiser, a ofensa, e porque não é possível separar, pelo processo, duas pessoas agora ligadas pelo vínculo do matrimônio, em cuja manutenção há prevalente interesse social.

Não se percebe que dano pode advir à família da ofendida com o prosseguimento do processo, em grau de recurso, em caso de estupro. Ao contrário, a condenação do culpado exclui a dúvida quanto ao procedimento da ofendida, evidenciando que foi verdadeiramente vítima de crime.

Do ponto de vista técnico, parece que nada é necessário acrescentar ao que já foi dito pelo Ministro ELOY DA ROCHA. A interpretação dada à *Súmula* 388 significa aplicar à ação pública em curso os princípios que regulam a ação privada.

Essa ampliação da *Súmula* 388 torna altamente recomendável considerar sempre pública a ação penal, independentemente de representação, quando se tratar de estupro com violência real. Nessa hipótese, o crime é complexo, sendo aplicável o art. 103, Cód. Penal. É este o mais grave dos crimes contra a liberdade sexual, com o qual não deveria haver contemplação.

Em quase todas as legislações, o processo do crime de estupro não depende da vontade da vítima ou de seus res-

ponsáveis, como defeituosamente previam antigas leis. Somente o Código italiano o inclui entre os fatos puníveis mediante *querela*, que, no entanto, declara irrevogável (art. 542). Nosso Código, aliás, também declara a representação *irretratável*, depois de iniciada a ação (art. 104), numa passagem rigorosamente ignorada pela jurisprudência do STF em relação aos crimes contra a liberdade sexual.

Seria razoável também que a ofendida fosse intimada, quando se requeresse a extinção da punibilidade. Sendo pública a ação, é claro que o requerimento da defesa nesse sentido é inteiramente despercebido. Já que a ação pública se transforma, estranhamente, em ação privada, é necessário fazer um *jogo limpo*, para não beneficiar ainda mais o criminoso.

Prescrição. Crime continuado.

Contra o voto do Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, que a nosso ver estava com a boa doutrina, o STF, por sua 2.ª Turma, voltou a afirmar, no H.C. 43.791, que o aumento de pena relativo à continuação, não se leva em conta para a prescrição. Relator para o acórdão, Ministro EVANDRO LINS E SILVA (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41/131). A 2.ª Turma já havia decidido da mesma forma no H.C. 46.653 relator o Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, ficando vencido o Ministro OSWALDO TRIGUEIRO (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41/263).

Em contrário já decidiu o TFR, no H.C. 1.432, relator o Min. HENRIQUE D'ÁVILA (*D.J.*, 31-10-66, pág. 3.785).

A matéria foi levada ao Tribunal Pleno, com o julgamento do H.C. 43.740, relator o ilustre Ministro LUIZ GALLOTTI. O TFR havia denegado a ordem, por maioria de votos. A orientação do STF foi mantida, concedendo-se a ordem contra os votos dos eminentes ministros ELOY DA ROCHA, PRADO KELLY, OSWALDO TRIGUEIRO e HAHNEMANN GUIMARÃES (*Rev. Trim. Jurisprudência*, 41/345). A controvérsia é

conhecida e são conhecidos os argumentos de ambas as correntes. Para nossa posição crítica à tese predominante, cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 40.

No sentido da opinião dominante pronuncia-se o nosso doutíssimo OSCAR STEVENSON (*Prescrição do crime e da pena em pedido de extradição*, parecer publicado na revista *Jurídica*, n.º 99, out.-dez. 1967, pág. 763), com invocação de autorizada doutrina: "Realmente, na estimativa da pena em abstrato não se pode contar o aumento oriundo do crime continuado, embora o art. 157, do Código italiano, mande alterar o prazo se houver agravantes. É que o delito continuado não constitui senão artifício jurídico, sem existência ontológica, mera unidade complexa de delitos *ex vi legis*. Não tem por isso a natureza de circunstâncias agravantes, como bem evidenciou LEONE (*Del reato abituale, Continuato e Permanente*, Napoli, 1933, págs. 364, 365). Por identidade de razões, no cálculo da pena em concreto, para se precisar a prescrição extintiva da pena, faz-se de mister desintegrar a pena resultante do crime continuado e distribuí-la pelos delitos componentes. É o que ensina PILLITU, que ainda observa: "Disso deduz-se a importante consequência de que os múltiplos crimes em continuação deverão considerar-se todos extintos, quando se extinga o delito que deu lugar à pena base" (*Il reato continuato*, Padova, 1936, págs. 120, 121). No mesmo sentido a lição dos autores — LEONE, *ob. cit.*, págs. 361, 363; PISAPIA, *Reato continuato*, Napoli, 1938, pág. 85; PUNZO, *Reato continuato*, Padova, 1951, pág. 185. Este último chega mesmo a assentar a tese de que, transcorrido o prazo prescricional, relativamente a um ou mais delitos em continuação, antes da ofensa sucessiva, aqueles crimes se extinguem não se integrando no delito continuado (*ob. cit.*, pág. 184).

A 2.ª Turma do STF reafirmou, por unanimidade a sua jurisprudência na

H.C. 44.268, relator o ilustre Ministro ALIOMAR BALEIRO (*Rev. Trim. Jurispr.*, 42/460). Veja-se também o H.C. 45.288, da 1.ª Turma, relator o Ministro VICTOR NUNES LEAL, no qual se assinala que a jurisprudência do Tribunal, no sentido de que para efeito de prescrição não se conta o acréscimo resultante da continuação, aplica-se também à prescrição da condenação (*D.J.* 25-4-69, pág. 1.637).

Entendemos que o crime continuado constitui unidade para todos os efeitos jurídicos.

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

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

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

Sem chegar a tais extremos, outros entendem que a unidade é fictícia e resulta da lei. É a posição de MANZINI, que afirma estar a teoria da ficção na

própria letra da lei: "La volontà dello Stato, imponendo di considerare come un solo reato una pluralità di reati".

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

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

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

HELMUTH MAYER (*Strafrecht*, 1953, pág. 408), também ensina que no crime continuado, uma série de atos independentes é considerada como fato unitário (*als eine einheitliche Tat behandelt*). No mesmo sentido, com a clareza habitual, VON LIZST (*Lehrbuch*, 26.ª edição, 1932, pág. 352): "Diversos fatos independentes devem aqui ser julgados juridicamente como unidade".

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

Parece claro, todavia, que a unidade do crime continuado tem como primeira e elementar consequência a incin-

dibilidade de seus componentes. É o que diz DELITALA (*Reato continuado e cosa giudicata*, *Scuola Positiva*, 1928, I, pág. 118): "O crime continuado constitui um título de delito por si, enquanto os delitos ficticiamente compostos em unidade, não podem mais recuperar, em caso algum, vida autônoma".

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

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

A necessidade de considerar o crime continuado como unidade de ação funciona a favor e também contra o réu, como se pode ver pela regra da prescrição (art. 111, letra c, Cód. Penal). É a correta lição de DOERR (*Die Lehre von fortgesetzten Delikt*, *Frank Festgabe*, II, pág. 214) que afirma não haver nesse caso prescrição aos pedaços (*Keine stückweise Verjährung*).

Por essas razões, não nos parece exata, data venia, a jurisprudência que se consolidou e que o novo Código Penal consagra (art. 111, § 3.º). Sobre crime continuado, extensamente, cf. RDP, n.º 1, pág. 106.

Prescrição. Crime falimentar.

No Rec. Extr. 58.952, relator o Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA, decidiu o Tribunal Pleno, que a prescrição em crime falimentar opera-se em dois anos, considerando-se a data em que deveria estar encerrada a falência. Cf. *Súmula* 147. Segundo o art. 132, § 1.º,

da Lei de Falências, o prazo de encerramento é de dois anos. Em consequência, opera-se a prescrição, se a denúncia não fôr oferecida dentro de quatro anos (dois do prazo para o encerramento e dois do prazo de prescrição). Todavia a denúncia interrompe a prescrição nos crimes falimentares e são numerosos os precedentes nesse sentido. Cf. sobre a matéria HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 50.

No caso, a denúncia fôra apresentada 3 anos e 11 meses após a abertura da falência, e não havia prescrição. O juiz, no entanto, a declarou. Ante recurso do M.P., o Tribunal reformou a decisão para que prosseguisse a ação penal. Foi interposto Recurso Extraordinário, a que o STF negou provimento. Considerando porém, que desde a data do recebimento da denúncia (28-8-63) e o dia em que o julgamento do Rec. Extr. se realizava (21-10-66), mais de dois anos haviam decorrido, o Tribunal converteu o recurso em *habeas corpus* e o concedeu, por unanimidade (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41/838).

Prescrição da condenação. Reincidência.

O Cód. Penal, em seu art. 110, *in fine*, estabelece que os prazos para prescrição da condenação aumentam-se de um terço, se o condenado é reincidente. Procura-se, com isso, dificultar a extinção da punibilidade com respeito a quem revela positiva rebeldia ao direito, através de repetida ação delituosa.

No julgamento do H.C. 45.228, relator mestre VICTOR NUNES LEAL, decidiu a 1.ª Turma do STF, por unanimidade, que para o aumento do prazo prescricional a que alude o citado dispositivo da lei, "é necessário que a condenação anterior (reincidência genérica ou específica) tenha sido mencionada na sentença" (*D.J.* 25-4-69, pág. 1.637).

É claro que a reincidência, para ter o efeito de dilatar o prazo prescricional, deve ser anterior à condenação. A reincidência posterior, como se diz no acórdão, não aumenta o prazo da prescrição, quanto ao crime pretérito, mas interrompe a prescrição da condenação, nos termos do art. 117, Código Penal.

Não se percebe, no entanto, por que motivo deve a reincidência estar mencionada na sentença, para que se opere o efeito previsto na lei. A reincidência constitui fato jurídico que se prova com a anterior condenação. Uma vez evidenciada esta, a qualquer tempo, prorroga-se o lapso prescricional. A reincidência não depende de qualquer referência na sentença condenatória resultando do simples fato da prática de novo crime após condenação anterior definitiva.

Prescrição. Interrupção pela denúncia e não por sua alteração.

O recebimento da denúncia ou da queixa interrompe a prescrição (artigo 117, I, Cód. Penal). A posterior ratificação ou retificação da denúncia não significa o início de nova ação penal e, portanto, não pode funcionar como causa interruptiva da prescrição.

Nesse sentido decidiu a 3.ª Câmara Criminal do T.J. da Guanabara, na Ap. Crim. 48.236, sendo relator o excelente Des. HAMILTON DE MORAES E BARROS: "Se a denúncia é ratificada e retificada, isso não quer dizer que ação penal nova começou, mas tão-somente que foram alterados o pedido de condenação e a sua razão de ser. O que interrompe a prescrição é o só recebimento da denúncia ou da queixa" (*Rev. Jurispr.*, 14/333).

Crime de automóvel. Cruzamento. Dano resultante da fuga precipitada.

A 2.ª Câmara do T. de Alçada da Guanabara, na Ap. Crim. 360, relator

o ilustre juiz OSWALDO GOULART PIRES, decidiu que age com imprudência o motorista que desatende às regras de preferência de passagem em cruzamento em que uma das vias é preferencial. O apelante tentara vencer um cruzamento vindo de via não preferencial. Como assinalou o acórdão, são duas as regras básicas de passagem em cruzamento: a) — passam preferencialmente os que trafegam pela via preferencial, cuja corrente de tráfego não se deve ou pode cortar; b) — tem preferência de passagem entre veículos na iminência de se cruzarem, os que procedem da direita.

Na hipótese em julgamento, houve colisão de veículos por culpa exclusiva de um deles, com lesão corporal leve em pedestre que caíra ao solo. O motorista inocente, no entanto, afastou-se precipitadamente do local com seu veículo e nessa manobra atingiu a vítima, matando-a. A Câmara condenou também, e com acerto, esse segundo motorista. Não pelo que ocorreu até o momento da colisão, mas por seu comportamento posterior, consignando: "É imprudente o motorista que após a colisão tenta a fuga sem verificar a extensão do malefício e a possibilidade de executar a fuga sem acarretar novos malefícios ou agravar os já existentes e com essa atitude vem a matar vítima da primeira colisão, que com esta caíra ao solo". O resultado morte foi causado por ambos motoristas, sem dúvida.

Sobre ultrapassagem em cruzamento, lê-se no acórdão: "A proibição de ultrapassagem em cruzamento se refere obviamente a vias de mão dupla e não àquelas de mão única. Nestas a ultrapassagem só está condicionada à corrente única de tráfego da própria via em que ocorre e às regras de oportunidade e prudência". Decisão unânime.

No julgamento da Ap. Crim. 1.252, o T.A. da Guanabara, por sua 2.ª Câmara, relator o ilustre juiz OSWALDO GOULART PIRES, afirmou que a regra da

preferência, para os cruzamentos, exige a contemporaneidade da aproximação dos veículos: "Para que se aplicasse a regra da passagem preferencial era mister positivar-se que os carros se aproximaram do cruzamento ao mesmo tempo; isto porque, se um deles precedeu ao outro, de forma a poder fazer o cruzamento sem risco, isto é, sem obrigar o outro a qualquer parada brusca, ou cortar-lhe a passagem normal, aí já não vigiria a regra, seria ela inaplicável".

Homicídio privilegiado (art. 121 § 1.º C.P.). Redução da pena é facultativa.

Decidiu o STF, por sua 2.ª Turma, no H.C. n.º 48.618, relator o eminente Ministro ADALÍCIO NOGUEIRA, que "a redução da pena feita pelo juiz nos termos do art. 121, § 1.º, C.P., é facultativa" (*D.J.*, 14-5-71, pág. 2.118). Decisão correta. Cf. FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, 1962, vol. 1.º, pág. 132, bem como *R.D.P.* n.º 1, pág. 160.

Prisão Preventiva. Crime político. Exigência dos requisitos legais.

Contrastando com a ligeireza com que se tem decretado a prisão preventiva em crimes políticos e com a facilidade com que se mantêm tais prisões, o STM decidiu por unanimidade no Rec. Crim. n.º 4.512, relator o excelente Ministro LIMA TORRES: "Prisão preventiva. Para a sua decretação é indispensável que exista indicação certa do crime praticado e indícios suficientes da autoria, devendo ainda o despacho fundar-se no art. 255, do CPPM, demonstrando finalmente a necessidade da medida excepcional, nos termos do art. 257, do mesmo Código" (*D.J.*, 5-5-71, pág. 374, do *apenso*). Decisão exatíssima que aplica fielmente a lei. Cf. sobre o assunto, extensamente, *RDP*, n.º 1, pág. 143.

Homicídio culposo. Atropelamento.

Na Ap. Crim. 497, a 2.^a Câmara Criminal do T. Alçada da Guanabara decidiu, por unanimidade, que age culposamente o motorista que não diminui a marcha do veículo ao divisar crianças na pista. Foi relator o ilustre juiz EPAMINONDAS PONTES.

A imprudência em tal caso deriva do tráfego em velocidade *imprópria*. O conceito de velocidade imprópria é relativo e depende de um conjunto de circunstâncias. No acórdão se alude a "velocidade inadequada para uma pista em que transitavam crianças". A culpa está na desconformidade do comportamento com certos padrões socialmente exigíveis.

No julgamento da Ap. Crim. 1.878 a 2.^a Câmara do T.A. da Guanabara, relator o ilustre juiz OSWALDO GOULART PIRES, caracterizou-se bem a imprudência com o tráfego em velocidade imprópria para o local. Na hipótese tratava-se de pista enlameada e havia chuva. O Tribunal afirmou que "não era necessário alta velocidade para caracterizar a marcha sem segurança para o local". Decisão unânime.

Lesões corporais. Incapacidade para as ocupações habituais. Exame complementar.

Segundo dispõe o art. 168, § 2.º, Código Proc. Penal, o exame de corpo de delito complementar deve ser realizado findo o prazo de 30 dias, quando se tratar da lesão corporal a que alude o art. 129, § 1.º, n.º I, Cód. Penal. O caráter subsidiário desse exame foi proclamado pela 2.^a Câmara Criminal do T.J. da Guanabara, na Ap. Criminal 47.136, relator o eminente Des. ROBERTO MEDEIROS. No caso, a vítima havia sofrido fratura com arrancamento ósseo do rádio e do cúbito do antebraço direito, tendo os peritos afirmado a incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, sem que

tivesse sido realizado o exame complementar.

Entendeu a Câmara que "em regra é insuficiente o prognóstico de que a lesão vai inabilitar a vítima para as ocupações habituais por mais de trinta dias, mas isso não significa dizer que o exame complementar é sempre necessário". A natureza e a sede das lesões podem dispensar o segundo exame. Invocando a lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Tratado*, vol. IV, pág. 205, nota 15), afirma o acórdão: "Nem se compreende que um Código cuja Exposição de Motivos faz praça da verdade real, pudesse fazer tamanha concessão às chamadas *provas legais*, a ponto de obrigar o juiz a cerrar os olhos à evidência prognosticada pela ciência". Cf. *Rev. Tribs.*, 166/550. Ficou vencido o ilustre Des. FAUTINO NASCIMENTO, que entendia ser imprescindível a aplicação do disposto no art. 168, § 2.º, Cód. Proc. Penal (*Rev. Jurisprudência*, 15/291).

Voltou a Câmara a decidir no mesmo sentido na Ap. Crim. 48.787, relator o Des. ROBERTO MEDEIROS, já agora por unanimidade, em face da ausência do Des. FAUSTINO NASCIMENTO. Na hipótese a vítima sofrera fratura do crânio (fronto-parietal esquerdo), de tal gravidade, a excluir totalmente a possibilidade de retornar às ocupações habituais no prazo de 30 dias (*Rev. Jurisprud.*, 15/314).

Perigo para a vida ou a saúde. Exige pessoa determinada.

O crime previsto no art. 132, Cód. Penal, é de perigo concreto e somente se configura quando alguém é exposto a situação de iminente probabilidade de dano à vida ou à saúde. Não é possível imputar tal crime a motoristas por direção de veículos em condições perigosas, como na Guanabara os diretores do trânsito mais de uma vez já tentaram fazer.

interpretando corretamente aquele dispositivo de lei, decidiu a 2.^a Câmara Criminal do T.J. da Guanabara, na Ap. Crim. 44.543, relator o ilustre Des. JOAQUIM DIDIER FILHO, que o perigo concreto que constitui o elemento objetivo daquele crime é limitado a determinada pessoa, não se confundindo, portanto, com os crimes de perigo comum.

A hipótese era de simples colisão culposa de veículos, sem lesões corporais ou dano propositado, afirmando a E. Câmara que ocorrera apenas a contravenção prevista no art. 34, da LCP (direção perigosa de veículo na via pública). Decisão unânime (*Rev. Jurisprudência*, 13/369).

Reconhecendo a configuração do crime previsto no art. 132, Cód. Penal, com o fato de disparar alguém arma de fogo em direção de pessoas indeterminadas, decidiu a 2.^a Câmara do T.J. da Guanabara, na Ap. Crim. 40.922, relator o ilustre Des. ODUVALDO ABRITTA (*Rev. Jurisprud.*, 6/437).

Maus tratos excluem o crime de lesões corporais leves.

Nos crimes em que a violência aparece como modalidade da conduta típica, haverá, em regra, concurso material ou formal, se resultam lesões corporais. Em certos casos, porém, não bastam as lesões corporais leves, que são absorvidas, como acontece também com a contravenção de vias de fato. É o que sucede com o crime previsto no art. 136, Cód. Penal, que exclui o de lesões corporais leves.

Na Ap. Crim. 46.850, o T.J. da Guanabara, por sua 1.^a Câmara Criminal, relator o Des. FERNANDES PINHEIRO, decidiu, com evidente acerto, que não comete o crime de lesões corporais leves, mas sim o de maus tratos, "o pai que, a pretexto de exercer o direito de correção doméstica, matrata filha menor de onze anos, castigando-a, por duas vezes seguidas, da primeira, com

um pedaço de pau, e, da segunda, sem atender à intervenção de terceiro em favor da ofendida, amarrando esta com um pedaço de corda e nela batendo com uma correia, causando-lhe lesões corporais. A lei não autoriza expressamente o castigo físico, mesmo moderado, mas, implicitamente, punindo o excesso" (*Rev. Jurisprud.*, 14/325).

Crime contra a honra praticado por vereadores. Ausência de "animus injuriandi".

A 2.^a Turma do STF concedeu por maioria o H.C. 44.228 impetrado em favor de vereadores condenados pelo crime de calúnia em ação privada movida por antigo prefeito do lugar. Em primeira instância os pacientes haviam sido absolvidos, sendo, no entanto, condenados pelo Tribunal de Alçada de São Paulo.

Em longo e penetrante voto, o relator, Ministro EVANDRO LINS E SILVA, examinou as diversas questões jurídicas suscitadas na impetração. Entre elas, a da ação penal privada, em caso de ofensas recebidas *propter officium*. A ação penal em tal caso é pública e está condicionada à representação do M.P. Somente na hipótese de não oferecimento da denúncia no prazo legal, é que se justificaria o oferecimento da queixa. Nesse sentido, cf. *Rev. Trim. Jurisprud.*, 37/569. No caso em julgamento, no entanto, o funcionário não mais estava no exercício do cargo e a ação era, sem dúvida, privada.

Considerou o relator as circunstâncias em que a ação teria sido praticada, afirmando a inexistência de crime, pela inocorrência de *animus injuriandi*. Os vereadores não têm imunidades parlamentares (que, se existissem, tornaria o fato impunível), mas nem por isso podem subtrair-se às tensões da política, possivelmente mais exasperadas quanto menor a cidade, à vista da convivência forçada de inimigos: "Ainda que os vereadores não

gozem de imunidade parlamentar, têm maior poder de criticar assuntos públicos municipais que um simples particular, pois do contrário, seria a vereança uma coisa morta com os edis sempre temendo que alguma crítica desse margem a um processo por difamação ou calúnia". Assinalou ainda os enormes percalços que a atividade política oferece à integridade sensitiva moral: "Quer entrar na política, pode contar com graves arranhões à sua pessoa".

Nessa decisão, reconheceu-se que o dolo nos crimes contra a honra é específico, segundo-se a orientação uniforme de nossa jurisprudência e da maioria de nossos autores. Citando ALBERTO BORCIANI, afirmou o ilustre relator: "O crime contra a honra, em todas as suas modalidades, não pode existir senão com o dolo que lhe é inerente, isto é, com a vontade consciente de ofender a honra e a dignidade alheias". A decisão do STF parece-nos acertada, pelos fundamentos invocados pelo relator, quanto ao aspecto político da ação dos vereadores e à repercussão do caso no âmbito municipal. "Havia no município uma espécie de *status belli* entre as correntes políticas que disputavam a preferência do eleitorado. Esse *status* levou a excessos reprováveis, de parte a parte. Não pode o STF, em casos como este, ficar indiferente ou insensível a essas ponderações. As consequências das condenações seriam, talvez, mais nocivas às atividades da comuna do que as consequências do ato dos pacientes". "A absolvição dos pacientes se dá apenas porque seria iníquo — e o que é iníquo não pode ter a chancela da lei — isolar, durante longa luta política, um determinado fato, para, analisando-o friamente e dentro de um ponto de vista formal concluir pela condenação, quando inúmeros fatos anteriores revelam a existência de acusações recíprocas, que vinham de muito longe".

Ficou vencido o eminente Ministro

ADAUCTO CARDOSO, afirmando que "a benignidade da justiça criminal, em relação aos delitos contra a honra, é que torna a vida pública particularmente áspera entre nós" (*Rev. Trim. Jurisprudência*, 42/806).

Crime contra a honra. Reitor de Universidade Federal. Competência da Justiça Comum.

Por unanimidade de votos decidiu o TFR, no Rec. Crim. n.º 147, relator o ilustre Ministro MOREIRA RABELLO, que é competente a Justiça Comum, para o julgamento do crime de injúrias praticado contra o reitor da Universidade Federal de Alagoas. Entendeu o Tribunal, com acerto, que "compete à Justiça comum o julgamento dos crimes de injúrias contra as pessoas, não se podendo confundir a instituição com o seu dirigente" (*D.J.*, 17-9-68, página 3.615).

Crime contra a honra de vereador. Ação penal.

No H.C. 43.959, relator o eminente Ministro PRADO KELLY, decidiu a 3.ª Turma do STF que é pública a ação penal movida por vereador, por crime contra a honra de que foi vítima em razão de sua atividade. Na hipótese, um vereador, ofendido em razão de suas funções pelo prefeito do lugar, requereu ao Secretário de Justiça que expedisse *aviso* ao M.P. para que processasse criminalmente a autoridade. A tal *aviso* aludia o art. 29, §2.º, da Lei n.º 2.083. A vigente Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250, de 9-2-67), não mais se refere àquele expediente, estabelecendo que a ação penal será pública, mediante representação do ofendido, nos crimes contra a honra, praticados contra funcionário público em razão de suas funções; contra órgão ou autoridade que exerça função ou autoridade pública (art. 40, I, letra b). A ação

penal pública que a nova lei subordina apenas à representação do ofendido, poderia, pela lei anterior, iniciar-se também mediante o *aviso*.

No caso de que damos notícia, defendeu-se o réu alegando que vereador não é funcionário público, motivo pelo qual a ação penal não poderia ser pública. Denegando a ordem de *h. c.*, impetrada, afirmou o relator: "O art. 29, I, da Lei 2.083, refere-se não só a *funcionário*, senão a *órgão* e a *entidade*. No atual sistema político, não se contestará que a Câmara dos Vereadores é um dos *podêres locais*, dada a autonomia conferida pela Constituição Federal aos municípios. O mesmo órgão tem funções legislativas no que concerne à administração da comuna e, especialmente, à decretação de tributos, à aplicação das rendas e à organização de serviços públicos. *Funcionários*, em sentido estrito, são os servidores que integram o quadro de sua secretaria. Estariam estes, na linha de argumentação do impetrante em condições de beneficiar-se da precipitada regra; mas tal faculdade o impetrante recusa ao membro do órgão político-administrativo. A norma em causa não confere privilégio senão resguarda (segundo as origens do texto) a autoridade do poder público e a responsabilidade dos seus agentes, inclusive no que toca à *exceção da verdade* (art. 36). E, se tais motivos militam em relação a *órgãos* ou *entidades*, referidos na disposição legal, nela estão incluídos, por força de compreensão, os que compõem a corporação eletiva, em razão das atribuições que exercem e que derivam de mandato popular".

A doutrina entre nós geralmente afirma que a definição de funcionário público contida no art. 327, Cód. Pen., somente corresponde aos crimes em que o funcionário é *sujeito ativo*. Cf. HUNGRIA, *Comentários*, IX, pág. 401; MAGALHÃES NORONHA, *Dir. Pen.*, IV, página 292. Entendemos que essa limitação não existe e que ela contrasta claramente com o sentido e o alcance da

disposição legal (cf. FRAGOSO, *Lições*, IV, pág. 1.064).— A nosso ver, a qualidade de funcionário público do vereador pode ser afirmada para os casos em que a ação delituosa se pratica em relação a ele. Há corrupção ativa (artigo 333) se alguém oferece vantagem a um vereador para determiná-lo a praticar omitir ou retardar ato de ofício.

A tese afirmada pela 3.ª Turma é igualmente aceitável: a ofensa feita a um membro do órgão é também feita ao próprio órgão. A decisão foi unânime (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41/36).

Furto de uso. Reposição imediata e uso momentâneo.

A 2.ª Câmara Criminal do T.J. da Guanabara, na Ap. Crim. 48.060, relator o ilustre Des. ROBERTO MEDEIROS, decidiu que o furto de uso não pode ser identificado na ação de quem subtraiu um automóvel e o utilizou por dois dias, levando-o de volta ao depósito de onde o tirou, com pequenas avarias.

Não há falar em furto de uso se não há uso *momentâneo* da coisa, além de sua reposição. Nesse sentido, como observou o relator, são as disposições constantes do Código italiano (art. 121, I) e do projeto ALCÂNTARA MACHADO (arts. 356, § 2.º, n.º I, e 350, § 4.º, n.º I). "Por uso momentâneo de um veículo não se pode entender, evidentemente, o que se dilata por dois dias". Decisão unânime (*Rev. Jurisprudência*, 13/410). Sobre a configuração do furto de uso, cf. *Rev. Jurispr.*, 6/438.

O STF, por sua 2.ª Turma, reformou a decisão, no H.C. 44.043, relator o ilustre Ministro ADALFIO NOGUEIRA, por unanimidade de votos. Entendeu o Tribunal que a hipótese era de furto de uso, constituindo apenas infração disciplinar pela qual o paciente foi punido. Era ele soldado da Polícia Militar da Guanabara e foi excluído da corporação. Para o relator

não ficou evidenciado *animus furandi*, essencial à configuração do delito (*Rev. Trim. Jurispr.*, 42/86).

A existência de furto de uso não pode ser decidida exclusivamente com base no lapso de tempo que ocorre entre o apoderamento da coisa e a sua devolução. O *furtum rei* exige o dolo específico que não existe quando a coisa é tirada sem o propósito de tê-la o agente para si ou para outrem. Para antecedentes sobre a matéria, no STF, cf. *Rev. Trim. Jurispr.*, 34/655; 37/96. Nosso novo Código Penal, no entanto, limita a existência do crime à subtração "para uso momentâneo", sendo a coisa "imediatamente restituída ou reposta no lugar onde se achava" (art. 166).

Furto e venda posterior da coisa furtada. Inexistência de concurso.

As Câmaras Criminais Reunidas do T.J. da Guanabara, na *Rev. Criminal* 4.330, relator o Des. SEBASTIÃO PEREZ LIMA, afirmaram que não há concurso entre o furto e o estelionato relativo à venda como própria da coisa furtada. Na hipótese, o requerente havia furtado uma bicicleta, que posteriormente vendera. Foi condenado como incurso nos arts. 155 e 171, § 2.º n.º I, combinados com o art. 51, todos do Código Penal.

Entendeu o Tribunal que "a utilização ou alienação da coisa subtraída constituem um dos efeitos do crime de furto", sendo importante considerar que no caso o comprador sabia ou devia saber que a coisa era produto de crime, tendo em vista o baixo preço de venda.

Em seu voto vencido, sustentou o eminente Des. ROBERTO MEDEIROS que o requerente havia praticado os dois crimes, em concurso. Afastou desde logo as considerações relativas à possível receptação, pois elas não haviam sido consideradas nem no julgamento da ação nem no da revisão, surgindo no acórdão como tardio argumento. A

boa fé do comprador não esteve em discussão, motivo pelo qual deveria êle continuar como vítima do segundo crime. O concurso deveria ser admitido, porque houve duas vítimas: o possuidor, dado o desapossamento da coisa, e o adquirente, que ficará sem ela. Além do Des. ROBERTO MEDEIROS, ficaram igualmente vencidos os Desembargadores STAMPA BERG, CARLOS DE OLIVEIRA RAMOS e MOACIR REBÊLO HORTA (*Rev. Jurispr.*, 13/337).

A questão que nesse acórdão se debateu é difícil e controvertida. Trata-se de saber se há estelionato punível na venda efetuada pelo ladrão a adquirente de boa fé (venda de coisa alheia como própria). É claro que está fora de dúvidas a hipótese de receptação, pois em tal caso o ladrão não vende a coisa como própria, não havendo erro do adquirente. O mesmo problema, no entanto, se apresenta, com a disposição fraudulenta de coisa obtida através de apropriação indébita, roubo ou extorsão.

A possível exclusão do concurso material teria de surgir pelo reconhecimento de concurso aparente de normas, considerando-se o estelionato um pós-fato impunível. O ante-fato e o pós-fato impuníveis ocorrem quando o agente realiza mais de uma ação delitosa, as quais, no entanto, são consideradas como unidade jurídica, porque se dirigem contra o mesmo bem jurídico, representando a segunda ação um esgotamento da primeira (e como tal já valorada na respectiva incriminação) ou fato que normalmente se segue a determinado crime. O fato anterior e o fato posterior, pelas relações que entre eles existem são unitariamente considerados, do ponto de vista de sua valoração jurídica. Como ensinam SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, pág. 501, no fato posterior impunível a interpretação da lei revela que o conjunto das ações puníveis praticadas pelo agente deve ser valorado apenas sob o ponto de vista da ação anterior. Com a clareza habitual, SOLER, *Der.*

Pen., vol. II, pág. 189, afirma que devemos considerar consumido pela figura principal tudo aquilo que enquanto ação (anterior ou posterior) a lei concebe como explícita ou implicitamente necessário, bem como aquilo que dentro do sentido de uma figura constitua *quod plerumque accidit*. O ato posterior impunível não pode constituir ação autônoma, realizada noutra direção. Decisiva será a natureza do novo fato cometido, "com referência ao poder de absorção" da figura anterior. No ante-fato é característica a passagem de meio a fim; no pós-fato, a realização de um dos meios ordinários de atuação do fim, próprio do crime principal (SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme*, Milão, 1961, pág. 182).

O dano é fato posterior impunível com respeito ao furto (contra: MAGGIORE, *Dir. Pen.*, vol. I, pág. 186) e à apropriação indébita. O mesmo pode dizer-se da apropriação indébita da coisa furtada.

A existência de ante-fato ou pós-fato impunível nem sempre se declara com precisão, pois, ao invés de critérios lógicos (empregados nos casos de subsidiariedade e especialidade), aqui, é necessário recorrer a critérios de valoração jurídica, nem sempre fixados com segurança. Isso explica, em parte, a discrepância doutrinária na solução da hipótese decidida pelo Tribunal de Justiça da Guanabara.

Na Alemanha, os autores pronunciavam-se invariavelmente no sentido do concurso de crimes. Veja-se, por exemplo, VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, 1930, vol. II, pág. 549; MAURACH, *AT*, pág. 661; WELZEL, *Strafrecht*, pág. 206; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, pág. 789, com indicação de jurisprudência; HONIG, *Straflose Vor-und Nachtat*, 1927, pág. 88. O argumento que prevalece é o de que o estelionato cometido pelo ladrão constitui um novo delito, ofendendo novo bem jurídico (o patrimônio do adquirente).

Afirmam também a existência de concurso a doutrina e os tribunais suí-

ços. Cf. JEAN GRAVEN, *Estroquerie, Effets, problèmes de concours, Fiches Juridiques Suisses*, Fiche 1013a, pág. 7; PAUL LOGOZ, *Commentaire*, vol. I, página 103. No mesmo sentido: MANZINI, *Trattato*, vol. IX, pág. 168 (com invocação de copiosa jurisprudência) e QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, vol. 2, págs. 172 e 882.

Entre nós, MAGALHÃES NORONHA (*Dir. Pen.*, II, pág. 264) sustenta que há concurso de crimes. ANIBAL BRUNO (*Dir. Pen.*, vol. I, pág. 27) entende que o estelionato é fato posterior impunível, pronunciando-se no mesmo sentido JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Tratado*, vol. 2, pág. 342) e OSCAR STEVENSON (*Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, página 42). HUNGRIA (*Comentários*, vol. I, pág. 1-21) afirma que há apenas o crime de estelionato, sendo o furto simples absorvido pelo mesmo.

Os tribunais já decidiram que não há concurso entre o furto e o estelionato, excluindo-se este último porque a venda da *res furtiva* "constitui mera atividade complementar do crime de furto" (*Rev. For.*, 164/359) ou "simples consequência normal do primitivo delito" (*Rev. Tribs.*, 187/574; *Rev. Jurídica*, 15/309). Em situações análogas, referentes à apropriação indébita, o concurso tem sido também excluído. Assim, na ação de dar em penhor objeto alheio de que o agente tinha a posse, ora se reconhece que existe apenas estelionato (*Rev. For.*, 145/429; 145/436), ora que se configura tão somente a apropriação indébita (*Rev. For.*, 97/730). Na venda de coisa obtida mediante contrato com reserva de domínio, igualmente, reconhece-se apenas o estelionato (*Rev. For.*, 101/562) ou a apropriação indébita (*Rev. For.*, 70/612).

A controvérsia é grave também na Argentina, como se pode ver pela exposição de JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. II, págs. 492 e seguintes.

Entendemos que não existe concurso (FRAGOSO *Lições*, vol. I, pág. 240). O estelionato é fato posterior impunível.

A venda do objeto furtado é forma de realizar o proveito que o agente pretende alcançar com a subtração. O emprego de artifício ou artil para caracterizar-se como proprietário é irrelevante (ao contrário do que afirma JIMENEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. II, página 502, que exclui o concurso somente se não existe um *engano ativo*). As penas cominadas em nosso direito revelam claramente a desproporção do castigo em face do malefício, considerado unitariamente em sua valoração jurídica.

SOLER traz ao debate importantes considerações relativas à boa fé e ao prejuízo do adquirente, extraíndo conclusões de irrecusável procedência. O adquirente de boa fé, na situação a que se refere o art. 2.768 do Código Civil argentino (análoga à do art. 521 § único do Código Civil Brasileiro, embora mais ampla), tem o direito de resgate, que consiste em ser reembolsado pelo reivindicante. Nessa situação exclui-se qualquer prejuízo, mesmo potencial, por parte do comprador. Diversa é a solução no direito germânico. O prejuízo poderia ser afirmado apenas com respeito à compra fora daquelas hipóteses, ou seja, nos casos a que alude o art. 521 *caput* do Código Civil brasileiro. O que se verifica, no entanto, é que o prejuízo do adquirente pode inexistir, porque este consome, destrói, revende ou usa a coisa, de modo a excluir que possa ser reivindicada. Em tal caso, não deve o preço ao proprietário, diversamente do que ocorre no direito alemão. Assim sendo, o crime de estelionato não se consumaria com o pagamento do preço ao ladrão, mas dependeria do destino dado à coisa pelo adquirente. Apresenta SOLER um exemplo jocoso, para reduzir ao absurdo a teoria do furto-defraudação. João e Pedro, vendedores de jornais, furtam cada um um melão ao verdureiro. João o vende a Joana, que o come, e Pedro a Petra, que o guarda para depois. Advertida a polícia, se-

questra o melão e o devolve ao verdureiro. Joana, com segurança, não foi vítima de estelionato, porque comeu o melão e *nada deve ao verdureiro*, ao contrário do que ocorre com as Joanas da Alemanha, que lhe devem o preço. Petra tampouco, porque os melões reivindicáveis se compram na quitanda e não aos vendedores de jornais. Segundo a jurisprudência do furto-defraudação, a escala penal correspondente a João seria até 2 anos e a de Pedro, até 8 anos. A diferença se funda, posto que João e Pedro fizeram exatamente o mesmo, no bom apetite de Joana. Com o mesmo raciocínio se pode dizer que o fato de imputar ao ladrão de galinhas um estelionato depende do bom apetite de seus clientes, que pode constituir causa de impunidade (cf. SOLER, *Der. Pen.*, vol. II, páginas 185 e seguintes).

A indagação relativamente ao prejuízo inspira as soluções formuladas por HUNGRIA (*Comentários*, vol. VII, pág. 137) para o caso de venda a terceiro de boa fé de coisa que é produto de apropriação indébita: se o comprador vier a ser obrigado a restituir a coisa sem reembolso do preço por parte do *dominus*, o estelionato tornará *indiferente* a apropriação indébita (pois o único prejudicado é o comprador); se, ao contrário, fôr reembolsado o comprador pelo *dominus* ou já tiver sido revendida a coisa por aquele, subsistirá apenas o título de apropriação indébita (pois, afinal, não sofreu lesão patrimonial o comprador, tendo sido o *dominus* o único prejudicado). No sentido de que se exclui o concurso entre o furto e o estelionato, porque não houve prejuízo para o comprador, cf. *Rev. For.*, 147/405.

Furto de pequeno valor em detrimento de Força Pública. Inexistência de crime.

No Rec. Extr. 60.740, decidiu a 1.ª Turma do STF, que o pequeno furto

de alguns mantimentos praticados em prejuízo da Força Pública poderia não constituir crime, mas simples transgressão disciplinar. A hipótese é interessante. O réu foi absolvido em primeira instância, tendo o Tribunal *a quo* feito aplicação do que dispõe o art. 13 n.º 123 do Dec. 13.657, que constitui o regulamento disciplinar da Força Pública (São Paulo), e que tem esta redação: "Apropriar-se de objetos pertencentes ao Estado ou a particulares, desde que, pelo seu valor, não chegue a constituir crime". Seria possível, evidentemente, introduzir no debate a questão do conceito de valor patrimonial para efeito da configuração do furto, o que certamente conduziria a solução desfavorável ao réu. A decisão é, no entanto, claramente, uma solução de equidade, proferida, porisso mesmo, com sabedoria. Foi relator para o acórdão o Min. EVANDRO LINS E SILVA. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 40/414).

Furto com rompimento de obstáculo. Exame pericial indispensável.

No furto qualificado pelo rompimento de obstáculo à subtração da coisa, é indispensável o exame pericial, como se verifica pelo que dispõe o art. 171 Código de Processo Penal. Decidindo nesse sentido, por unanimidade, no h. c. 1.202, o TFR afirmou que, na falta do exame, é de ser desclassificado o crime para furto simples. Relator o eminente Min. ANTONIO NEDER. (*D. J.*, 20-5-69, pág. 2.068).

Furto e abuso de confiança.

Na Ap. Crim. 49.048, relator o ilustre Des. ROBERTO MEDEIROS, decidiu a 2.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara, que "simples relação de empregado e empregador não autoriza por si só o reconhecimento da qualificação do abuso de confiança". Tratava-se de furto praticado por empregada doméstica precisamente no dia em que foi ad-

mitida no emprego. Reconheceu-se, porém, a agravante do art. 44, II, letra g (abuso de relações domésticas). Decisão unânime. (*Rev. Jurispr.*, 16/373).

Estelionato. Torpeza bilateral.

É conhecida a divergência doutrinária a respeito da configuração do crime de estelionato em caso de torpeza bilateral. Para ampla informação sobre a matéria, cf. FRAGOSO, *Lições*, vol. II, pág. 349, onde se conclui pela existência de crime. Nesse sentido pronunciou-se também a 2.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara, na Ap. Crim. 49.475, relator o ilustre Des. OLAVO TOSTES FILHO, em decisão unânime. (*Rev. Jurispr.*, 17/461).

Estelionato não se confunde com insolvência de sociedade.

Contra presidente de sociedade anônima, formada para operar com financiamento de automóveis foi oferecida denúncia pelo crime de estelionato, porque a companhia foi levada a situação em que não pôde cumprir os contratos para entrega de veículos.

Julgando o h. c. 44.290, impetrado em favor do presidente da sociedade, a 1.ª Turma do STF concedeu a ordem, por ausência de justa causa, contra os votos dos ilustres Ministros DJACI FALCÃO e RAPHAEL DE BARROS MONTEIRO. Em seu excelente voto, demonstrou o Min. VICTOR NUNES LEAL que os fatos relatados na denúncia não eram conduta típica de estelionato, acrescentando: "pode ter havido uma insolvência fraudulenta, mas, se fôr o caso, estando a sociedade sujeita a falência, o caso será de crime falimentar, a ser apurado no juízo da quebra. Estelionato somente porque não pôde uma sociedade financiadora cumprir contratos de financiamento futuros? Só isso não basta. Seria necessário caracterizar o artil ou a fraude. O que vemos é um,

negócio comercial mal sucedido, a ser deslindado no juízo cível”.

Houve empate na votação, pois o presidente (Min. LAFAYETTE DE ANDRADA) acompanhou o Min. VICTOR NUNES. A ordem foi concedida, fazendo-se exata aplicação do disposto no art. 664 parágrafo único Código de Processo Penal, segundo o qual deve prevalecer, em tal caso, a decisão mais favorável. (*Rev. Trim. Jurispr.* 43/31).

Várias tentativas têm sido feitas ultimamente, para identificar estelionato na atividade de comerciantes que não praticam êsse crime e que somente podem ser punidos por crimes falimentares.

Estelionato e falsidade documental. Concurso material.

É conhecida a controvérsia relativa ao concurso entre o crime de falsidade documental e o crime patrimonial, quando o *falsum* é meio para a obtenção do proveito.

A hipótese levada a julgamento pela 2.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara, na Ap. Crim. 46.388, relator o ilustre Des. OLAVO TOSTES FILHO, era a de fraudulenta compra de automóvel a prazo e venda posterior do veículo, com documentos falsificados.

O estelionato consistente na venda posterior do automóvel (art. 171 § 2.º n.º I Código Penal) foi considerado absorvido pelo primeiro. Todavia, a falsidade documental foi considerada, com acerto, crime autônomo, dando lugar ao concurso material. A falsificação não teve qualquer influência na prática do primeiro estelionato. (*Rev. Jurispr.*, 14/320).

Estelionato e falsidade documental. Inexistência de concurso de crimes.

Decidindo a Ap. Crim. 1.214, a 3.ª Turma do TFR declarou a inexistência de concurso de crimes, quando a falsidade documental é meio para a prática de crime patrimonial. Seguindo a

lição de NELSON HUNGRIA, afirmou-se que “o *crimen falsi* (art. 298 Código Penal), quando praticado na obtenção de vantagem ilícita (estelionato, artigo 171), constitui simples meio para fim. Exaure-se o *falsum*, como crime formal, para integrar e qualificar a figura única do crime de estelionato”.

As graves penas cominadas em nosso Código Penal para os crimes de falsidade documental fazem com que a orientação da maioria (ficaram vencidos os eminentes Ministros CUNHA MELO e MÁRCIO RIBEIRO) seja a mais justa, embora tecnicamente defeituosa. Foi relator o ilustre Min. ESDRAS GUEIROS (*TFR Jurispr.*, 14/96). Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 71.

Proclamando a absorção do *falsum* pelo crime patrimonial, sob o fundamento inaceitável de que constitui *delito-meio*, cf. *Rev. For.*, 208/297; 209/326 e 215/296.

No julgamento do h. c. 44.319, relator o ilustre Min. CÂNDIDO MOTTA FILHO, a 3.ª Turma do STF afirmou que a controvérsia sobre o concurso entre o falso e o estelionato não pode ser eliminada em h. c., entendendo que isso dependia do exame dos fatos, “o que está excluído do campo de *habeas corpus*”. A decisão deixa entrever o entendimento de que há concurso, não sendo um crime absorvido pelo outro. *Data venia*, não nos parece haver qualquer dificuldade, em tese, para resolver a questão por via de *habeas corpus*. É possível que, no caso concreto, a matéria de fato não fôsse clara, conduzindo a dúvidas intransponíveis. A decisão foi unânime. (*Rev. Trim. Jurispr.* 43/605).

A 1.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara, na Ap. Crim. 47.006, relator o Des. BANDEIRA STEELE, reconheceu a existência de concurso material entre o crime de estelionato e a falsidade documental, num caso em que houve fraudulenta aquisição de automóvel, posteriormente vendido com documento falso. A decisão foi unânime. (*Rev. Jurispr.*, 17/441).

Retenção de contribuições previdenciárias. Apropriação indébita.

A retenção pelo empregador das contribuições previdenciárias descontadas de seus empregados deixou de constituir crime de apropriação indébita, desde o advento da lei 1.239-A, que, possibilitando o recolhimento do débito em atraso, tornou impunível tal fato, por se tratar de dívida meramente civil, sujeita a cobrança pelas vias regulares. Assim decidiu o TFR, no h. c. 1.220, relator o Min. CÂNDIDO LOBO, confirmando anterior pronunciamento sobre a matéria (*Rev. Bras. Crim. Dir. Penal* n.º 7, pág. 161). Decisão por maioria. *D. J.* 6/5/65, pág. 959.

Na Ap. Crim. 1.344, relator o eminente Min. GODOY ILHA, o TFR por unanimidade voltou a decidir que “a retenção pelo empregador das contribuições previdenciárias descontadas de seus empregados deixou de constituir crime de apropriação indébita desde o advento da lei 1.239-A, que, possibilitando o recolhimento do débito em atraso, tornou impunível tal ato, por se tratar de dívida meramente civil, sujeita a cobrança pelas vias regulares. O crime de apropriação indébita de contribuições da Previdência Social, de modo geral, depende de representação de órgão previdenciário competente ao Ministério Público e há de resultar da intenção manifesta do contribuinte em fazê-las suas. Fora disso, o regime de constante prorrogação de prazo de pagamento, em que se tem vivido, exclui por completo qualquer arguição de ofensa à lei penal”. (*D. J.*, 9/9/68, pág. 3.428).

No mesmo sentido, novamente decidiu o TFR, por unanimidade, na Ap. Crim. 1.317, relator o ilustre Min. MOACIR CATUNDA. (*D. J.*, 26/5/69, página 2.184).

Omissão de socorro. Pode ocorrer em atropelamento sem culpa.

Na Ap. Crim. 48.115, decidiu a 2.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara, relator o ilustre Des. ROBERTO MEDEIROS, que o crime de omissão de socorro pode configurar-se com a fuga do local de acidente por parte de motorista que causou atropelamento sem culpa. Se a omissão de socorro sucede ao crime de homicídio culposo ou lesões corporais culposas, ocorrem apenas as agravantes previstas nos arts. 121 § 4.º e 129 § 7.º Código Penal. Todavia, se não houve culpa do condutor do veículo e se ele omite socorro à vítima que se ache ferida ao desamparo ou em grave e iminente perigo, pratica, sem dúvida, o crime previsto no art. 135 do Código Penal. Decisão unânime. (*Rev. Jurispr.*, 13/411).

No mesmo sentido voltou a decidir a mesma Câmara, na Ap. Crim. 48.738, relator o ilustre Des. OLAVO TOSTES FILHO, por unanimidade. — Tratava-se de atropelamento sem culpa, no qual o motorista não prestou socorro. “Nesse caso, diz o acórdão, o agente ficará assemelhado às demais pessoas próximas, compelido mais do que essas a prestar ajuda, visto que foi o criador do risco. A consciência social, antes da lei, já atribuiu aos condutores de veículos automotores o dever de prestar assistência, em qualquer hipótese, por estarem aparelhados a propiciarem socorro mais pronto, conduzindo as vítimas aos hospitais”. (*Rev. Jurisprudência*, 16/365).

Roubo qualificado pelo resultado exclui a aplicação do § 2.º do art. 157 do Código Penal.

Na Ap. Crim. 47.550, considerou a 2.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara hipótese de concurso de agentes na prática de roubo com pluralidade de vítimas, num mesmo contexto de ação. Houve emprêgo de arma e uma das vítimas faleceu. Foi relator o ilustre Des. ROBERTO MEDEIROS.

Entendeu a Câmara, corretamente, que havia concurso formal de crimes, julgando inaplicável a causa especial de aumento prevista no art. 157 § 2.º

Código Penal. Invocou o acórdão a situação análoga que ocorre com o furto qualificado e a agravante do repouso noturno, na qual se tem excluído o concurso (Cf. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 62). Decisão unânime. (Rev. Jurispr., 13/396).

Furto qualificado pelo concurso de agentes e quadrilha.

Na Ap. Crim. 47.252, relator o ilustre Des. JOÃO FREDERICO MOURÃO RUSSELL, afirmou a 1.ª Câmara Criminal do T.J. da Guanabara, a existência de concurso entre o crime de furto qualificado pelo concurso de agentes e o crime de quadrilha, que os autores do crime constituíam. Ficou vencido o Des. CRISTÓVÃO BREINER, que estava, a nosso ver, com a boa doutrina. Parece-nos evidente a impossibilidade do concurso em tal caso. Como se diz no exato voto vencido, "a qualificativa confunde-se na sua condição elementar, de co-autoria perfeita, com a do próprio texto do art. 288, ou organização de bando ou quadrilha. É indiscutível o caráter ilegal ou antijurídico da repetição de pena, contrariando assim o velho princípio *non bis in idem*" (Rev. Jurispr., 17/444). Entendemos que deve ser excluída a qualificação do furto, configurando-se apenas o furto simples em concurso com o crime de quadrilha. A razão de ser da qualificação sobrepõe-se ao fundamento da incriminação contida no art. 288 do Código Penal.

Roubos sucessivos praticados por quadrilha. Inexistência de crime continuado.

Não há crime continuado quando se trata de ofensa a bens jurídicos relativos à pessoa, salvo quando as sucessivas ações se dirigem contra o mesmo sujeito passivo. Roubo e extorsão são crimes complexos, em que a ofensa ao patrimônio é acompanhada de violência,

ou grave ameaça, que atingem a pessoa. Em consequência, não é possível configurar-se crime continuado em relação a tais delitos, salvo quando se trata do mesmo sujeito passivo. Veja-se, entre outros nesse sentido, SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, pág. 489, e JAGUSCH, *Leipziger Kommentar*, ed. 1957, página 593, com indicação de jurisprudência.

A 2.ª Câmara Criminal do T.J. da Guanabara, na Ap. Crim. 49.652, relator o ilustre Des. OLAVO TOSTES FILHO, declarou, por unanimidade, que não se configurou crime continuado na prática sucessiva de roubos pelo mesmo bando, contra várias pessoas. Em tal caso, há concurso material de delitos (Rev. Jurisprudência, 17/469). No mesmo sentido decidiram as Câmaras Criminais Reunidas do mesmo tribunal, por unanimidade, sendo relator o ilustre Des. LIMA ROCHA: "Vários roubos, praticados contra várias vítimas, inclusive com a morte de uma delas, não caracteriza o crime continuado" (D.J., 8-10-70, pág. 521 do *apenso*).

Crime contra a economia popular. Gestão fraudulenta.

Decidiu o TFR, no H.C. 1.551, relator o eminente Ministro HENRIQUE D'ÁVILA, que "o delito previsto nos incisos 9.º e 10.º, do art. 3.º, da Lei n.º 1.521/51, não se configura em tese pelo simples fato de o diretor de determinado estabelecimento de crédito haver autorizado operações de empréstimo extravagantes à ficha cadastral de seus respectivos tomadores; mormente quando estas vêm sendo solvidas ou renovadas regularmente". No caso concreto, não se afirmava ter havido, em decorrência de tal procedimento qualquer abalo financeiro capaz de levá-lo à insolvência. Ficou vencido o ilustre Ministro AMARILLO BENJAMIN, que negava a ordem apenas porque a denúncia, narrando um fato delituoso em tese, não poderia deixar de prosseguir (TFR Jurispr., 14/126).

A decisão é, evidentemente, correta. O crime previsto no inciso 9.º, do artigo 3.º da Lei 1.521 tem como condição objetiva de punibilidade a falência ou a insolvência da sociedade ou, ainda, o descumprimento das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados. Se tais resultados não ocorrem, não se configura o delito.

Jornalista. Prisão especial.

O art. 58, da Lei 2.083, estabelecia que "o jornalista profissional não poderá ser detido, nem recolhido preso antes de sentença transitada em julgado, senão em sala decente, perfeitamente arejada e onde encontre todas as comodidades". A lei vigente, adotando texto mais amplo, dispõe: "O jornalista profissional não poderá ser detido nem recolhido preso antes de sentença transitada em julgado; em qualquer caso, somente em sala decente, arejada e onde encontre todas as comodidades". No parágrafo único do mesmo artigo está previsto o cumprimento de pena em estabelecimento especial, desconhecido da lei anterior: "A pena de prisão de jornalista será cumprida em estabelecimento distinto dos que são destinados a réus de crime comum e sem sujeição a qualquer regime penitenciário ou carcerário".

A nova lei quer dizer apenas que não prevalece, em relação aos jornalistas, a odiosa regra do art. 594, Cód. Proc. Penal. Não significa que conceda o privilégio de excluir a prisão em flagrante ou a prisão preventiva, pois se o fizesse seria inconstitucional.

Aplicando a Lei 2.083, o STF, por sua 3.ª Turma, no H.C. n.º 43.880, relator o eminente Ministro ELOY DA ROCHA, proclamou o direito do jornalista ao recolhimento a sala especial. No caso, o jornalista era acusado de homicídio qualificado. Afirmou ainda o STF que, "na impossibilidade de prisão prevista em lei, ficará o jornalista detido em sua residência, observadas

as normas e obrigações que o juiz, tendo em vista as circunstâncias, venha a estabelecer" (Rev. Trim. Jurispr., 43/480).

No caso levado a julgamento, o fato ocorreu em Brasília, onde não havia na ocasião (dezembro de 1966), a sala especial a que se referia a lei. Em seu voto afirmou o relator: "Segundo a lei, ao paciente assiste o direito de prisão preventiva em sala especial. A Lei de Imprensa não usa a expressão *sala especial*, mas outra, que lhe é equivalente, quando se refere a "sala decente, perfeitamente arejada e onde encontre todas as comodidades". O fim da lei não é, somente, dispensar o mínimo de conforto, na prisão preventiva de jornalista, mas impedir a promiscuidade do preso com quaisquer outros detentos.

Considerando a inexistência de prisão nas condições previstas em lei, entendeu o relator que o juiz deve prover e adotar a solução adequada atento, como de praxe, às disposições da lei e aos seus fins sociais: "Não entendo que, na espécie, a solução seja a liberdade vigiada, precisamente nos termos dos arts. 767 e parágrafos e 769, do Código Proc. Penal, em que, fixadas, pelo juiz, as normas de conduta do indivíduo, há liberdade relativa. No caso, impõe-se medida idônea, na impossibilidade da prisão prevista em lei". A solução dada foi a detenção domiciliar, "observadas as normas e obrigações que o juiz, tendo em vista as circunstâncias, venha a estabelecer. A primeira delas será necessariamente, a de permanecer na residência". A decisão, criadora e inteligente, foi unânime.

Com a superveniência da Lei 5.256, de 6-4-67, a prisão domiciliar passou a ser expressamente reconhecida. Em seu art. 1.º essa lei dispõe: "Nas localidades em que não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que tenham direito a prisão especial, o juiz, considerando a gravidade, as circunstâncias do crime, ouvido o re-

presentante do Ministério Público, poderá autorizar a prisão do réu ou indiciado na própria residência, de onde o mesmo não poderá afastar-se sem prévio consentimento judicial”.

O art. 3.º da mesma lei estabelece que o beneficiário de prisão domiciliar poderá ser submetido a vigilância policial, se o juiz determinar.

Como vimos, no entanto, a prisão domiciliar foi introduzida em nosso direito por via pretoriana, em excelente antecipação ao que a lei veio, a seguir, estabelecer.

Lei de imprensa. Direito de resposta.

Para que possa alguém exercer o direito de resposta, basta a notícia falsa ou errônea, “independente de haver no escrito incriminado qualquer ofensa à honra ou intenção de prejudicar a pessoa visada”. Assim decidiu, corretamente a 3.ª Câmara Criminal do T.J. da Guanabara relator o eminente Desembargador ALBERTO MOURÃO RUSSELL, na Ap. Crim. 49.021, por unanimidade (Rev. Jurispr., 16/372).

Lei de imprensa. Direito de Resposta.

É comum violarem os jornais e revistas o direito de resposta de pessoa atingida por publicações ofensivas, inserindo as respostas que lhes são enviadas com ligeiras notas ou comentários que reafirmam as ofensas e anulam a resposta.

A 3.ª Câmara Criminal do T.J. da Guanabara na Ap. Crim. 47.417, relator o ilustre Des. HAMILTON DE MORAES e BARROS, afirmou, por unanimidade, que “não podem as respostas ou retificações se fazerem acompanhar de novos comentários da redação”, dando assim exato entendimento à finalidade da lei” (Rev. Jurispr., 15/294).

Crime de imprensa. Direito de resposta. Contagem do prazo.

A contagem do prazo estabelecido pela lei para que se exerça o direito de resposta, tem dado lugar a dúvidas na jurisprudência dos tribunais. O art. 23, letra f, da Lei 2.083, negava a publicação “quando houver decorrido mais de 30 dias entre a publicação do artigo que lhe dê motivo e o pedido de resposta”. A lei vigente (n.º 5.249, de 9-2-1967), no art. 29, § 2.º, estabelece que “a resposta ou retificação deve ser formulada por escrito, dentro do prazo de 60 dias da data da publicação ou transmissão, sob pena de decadência do direito”.

No regime da Lei 2.083, decidiu a 3.ª Câmara Criminal do T.J. da Guanabara, na Ap. Crim. 47.546, relator o ilustre Des. JOSÉ MURTA RIBEIRO, que o prazo de 30 dias seria referente ao pedido de resposta a ser feito diretamente ao jornal. Ficou vencido o Des. CARLOS OLIVEIRA RAMOS, que, a nosso ver, estava com a melhor orientação. O prazo é para o pedido judicial de resposta e não para o pedido particular. Se assim não fôsse, não haveria prazo na lei para o direito de resposta e ele poderia ser exercido mesmo após decair o ofendido do direito de queixa ou representação (Rev. Jurispr., 13/393).

A 2.ª Câmara Criminal, na Ap. Criminal 47.616, relator o ilustre Desembargador OLAVO TOSTES FILHO, decidiu também que o prazo de 30 dias do artigo 23, letra f, é para o pedido extrajudicial e que esse pedido é pressuposto indispensável para que o ofendido venha a juízo. Ficou vencido o Desembargador ROBERTO MEDEIROS, entendendo que o prazo é para que a parte se dirija ao juiz. Por outro lado, afirmou, com razão, que o pedido extrajudicial não é indispensável, “eis que entre as causas de indeferimento do pedido judicial não está a falta de pedido extrajudicial (art. 23), que o interessado usará se quiser poupar-se

aos ônus da via judicial” (Rev. Jurisprudência, 13/400).

Prostituição não justifica o processo por vadiagem.

Nesse sentido decidiu a 2.ª Câmara do Tribunal de Alçada da Guanabara, unanimemente, no H.C. 630, relator o juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO. Entendeu a Câmara que não se justificava absolutamente a prisão e o processamento da paciente como vadia, pela simples circunstância de ser prostituta e fazer o *trottoir* nas ruas da cidade, fato penalmente irrelevante.

Parece-nos correta a tese do acórdão. Lembramos, porém, que a solicitação ostensiva de prostitutas é fato ilícito que pode e deve ser reprimido pela polícia. Não existe direito ilimitado ao *trottoir*, como algumas decisões aparentemente afirmam. Cf. HELENO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.ºs 102 e 104.

No H.C. n.º 200, a 2.ª Câmara do T. de Alçada da Guanabara reiterou a sua jurisprudência, em decisão de que foi relator o ilustre juiz JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ. Afirmou o tribunal que “o simples fato de ser meretriz e passear pela rua não caracteriza a contravenção de vadiagem”, porque “se trata de uma atividade, embora imoral, não proibida por lei e tolerada pela autoridade pública, pelos seus reflexos de ordem social”. A decisão, que foi unânime, termina afirmando que se trata de um problema complexo, de ordem social, que exige tratamento fora da lei penal. A 2.ª Câmara voltou a decidir da mesma forma no H.C. 686, relator o juiz EPAMINONDAS PONTES.

No sentido da jurisprudência dominante, cf. Rev. For., 104/542, e JOSÉ DUARTE, *Comentários à Lei das Contravenções Penais*, 2.ª edição, vol. II, pág. 270. Em sentido contrário, BENTO DE FARIA, *Das Contravenções Penais*,

1942, pág. 220, e MAGALHÃES NORONHA, “*Trottoir*” e vadiagem, Rev. Bras. Crim. Dir. Penal, n.º 16, pág. 98.

Prisão especial. Oficiais das Forças Armadas na reserva.

Interpretando com precisão o que dispõe o art. 295, inciso V, do Código Proc. Penal, bem como o art. 93, da Constituição Federal, o TFR afirmou que os oficiais das Forças Armadas na reserva têm direito à prisão especial. “A norma legal, mencionando os oficiais das Forças Armadas e do Corpo de Bombeiros sem fazer distinção entre os da ativa, da reserva e reformados, certamente protege quantos detenham dita qualidade. A enumeração não é limitativa, admitindo a equiparação de pessoas outras, por paridade de motivos”. Excelente decisão, proferida no H.C. 2.358, relator o ilustre Ministro MOACIR CATUNDA (D.J., 24-5-71, página 2.375).

Falsificação de letra de câmbio com aceite de instituição financeira. Competência da Justiça Federal.

A falsificação de letras de câmbio com aceite de instituição financeira constitui crime da competência da Justiça Federal. Assim decidiu o TFR, por unanimidade, no H.C. 2.108, relator o eminente Ministro ANTÔNIO NEDER. Na *ementa* do julgado está dito: “Se esta (a letra de câmbio) é de aceite de instituição financeira, equipara-se a documento público pertinente a serviço da União” (D.J. 29-8-69, pág. 3.8063).

Pedimos licença para observar que a letra de câmbio equipara-se a documento público porque é transmissível por endosso (art. 297, § 2.º, Cód. Penal). O fato de ter o aceite de instituição financeira não transforma a letra de câmbio em documento pertinente a serviço da União, salvo se a instituição

em causa constituir uma autarquia financeira federal. A competência da Justiça Federal em matéria criminal determina-se pela titularidade do sujeito passivo da infração, e ocorre quando esta atinja bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (art. 125, inciso IV, da Constituição Federal).

Decidindo o H.C. 2.509, afirmou o TFR que é "insofismável, segundo a Lei 4.728, que constitui lesão do interesse da União a falsificação de títulos de valores mobiliários e seu lançamento no mercado financeiro de capitais, que é disciplinado pelo Conselho Monetário Nacional, sob fiscalização do Banco Central da República". Em consequência, tal crime seria da competência da Justiça Federal. Decisão unânime (D.J., 1-6-71, pág. 2.566), relator o eminente Min. MÁRCIO RIBEIRO.

Parece-nos que o interesse da União de que se cogita para fixar a competência da Justiça Federal tem de ser diretamente atingido pela ação delituenta, constituindo o objeto da tutela jurídica *in concreto*.

A falsificação de títulos lançados no mercado financeiro é apenas crime contra a fé pública, com lesão a bens patrimoniais dos que eventualmente adquiriram esses títulos. A nosso ver a competência é, *data venia*, da Justiça comum.

Intimação em sexta-feira. Contagem de prazo.

"Intimado o réu na sexta-feira, o prazo de apelação terá início na segunda-feira imediata, ou no primeiro dia útil, se também na segunda-feira não houver expediente". Assim decidiu o TFR, por unanimidade, no Recurso Criminal n.º 201, relator o eminente Min. MÁRCIO RIBEIRO. Decisão evidentemente incensurável. (D.J., 7/6/71, pág. 2691).

Injúrias. Crime contra a Segurança Nacional.

A vigente lei de Segurança Nacional (Dec. lei 898), em seus artigos 34 e 36, incrimina a ofensa a quem exerça autoridade e, particularmente a certos funcionários importantes, como crime político, punindo-a com penas alarmantes (reclusão de 2 a 4 anos e reclusão de 2 a 6 anos, aumentada de metade, se o crime for praticado através da imprensa, rádio ou televisão).

No art. 34 diz-se que a ofensa deve ser praticada "por motivos de facciosismo ou inconformismo político social". No art. 36, que prevê expressamente a ofensa a certos funcionários (Presidente da República, Vice-Presidente da República, Presidentes da Câmara Federal e do Senado, etc.), nada se refere quanto ao motivo ou fim de agir.

O STM, julgando o Rec. Crim. 4466, relativo a rumoroso caso que envolvia um magistrado da Guanabara, decidiu por unanimidade que não havia crime contra a Segurança Nacional na carta altamente injuriosa que o acusado dirigia ao presidente do Tribunal de Justiça. Tal carta fôra motivada pela prisão do magistrado.

A denúncia imputava ao acusado o crime do art. 29 do Dec.-lei 314, e assim dizia: "O primeiro, julgando-se prejudicado em sua promoção para o Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara, endereçou no dia 10 de março de 1969 (fls. 32) ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, o ofício n.º 150-69, em termos violentos com ataques ao Presidente do respectivo tribunal e ao Poder Judiciário do país, fazendo ainda referência de caráter faccioso e político, quando declarou: "... ou o indivíduo se dobra e rasteja à altura dos dominadores e continua consentidamente, no seu lugar ou então é preso como subversivo". E mais adiante: "Hoje qual o regime que temos no Brasil? O Poder Legislativo fechado. O Poder Judiciário

castrado e acorçado. O Poder Executivo onipotente a ditar a torto e a direito, leis que se contrapõem às próprias bases e deliberações da ONU e da Carta das Nações Unidas. Qual o nome que Vossa Excelência daria a esse regime? Quanto mais o Poder Judiciário se agacha, mais perde sua dignidade, mais aliena sua liberdade, mais perde sua independência. Hoje, os três poderes da República são Poder Executivo, Poder Executivo e Poder Executivo". "Poder que se auto castrou". "Lamento por toda uma população que ainda acredita na existência do Poder Judiciário. A magistratura hoje funciona qual teatro de marionetes manipulado por mãos invisíveis, mas conhecidas".

Entendeu o Tribunal que não houve, nas ofensas, facciosismo ou inconformismo político-social. Reza a ementa do julgado: "Desde que as ofensas morais irrogadas, em carta, por um magistrado, ao Presidente do Tribunal, seu superior hierárquico, não são motivadas por inconformismo ou facciosismo político, não se tipifica crime previsto na lei de segurança nacional. Crime previsto na lei penal comum e competente o tribunal de Justiça para o processo e julgamento, face ao privilégio de fôro a que tem direito o acusado, nos termos da Constituição Federal. Dá-se provimento ao recurso, declarando-se incompetente a Justiça Militar e determina-se seja providenciada a remessa das peças necessárias ao juízo competente".

Em seu voto assinalou o excelente relator (Min. WALDEMAR TORRES DA COSTA): "O inconformismo do acusado não foi de natureza político-social, mas contra o Tribunal de Justiça da Guanabara e, principalmente, contra o seu Presidente, mas, tão só e unicamente porque não recebeu o amparo a que se julgava com direito quando foi detido, aumentando esse inconformismo, quando atribuiu à fraqueza, à covardia do Tribunal, para não desagradar a militares, o fato de não ser incluído na

lista de acesso ao Tribunal de Alçada, na condição de Juiz de Direito mais antigo. E foi precisamente como autor daquela carta que a Procuradoria da 2ª. Auditoria da Marinha o responsabilizou como infrator do art. 29 acima citado. Afastada a tipicidade do comportamento do acusado do Decreto-lei 314, porque, como já disse exaustivamente, em nenhum momento aquela carta sequer ameaçou a segurança nacional, porque não tinha como motivo facciosismo ou inconformismo político, im procedem as teses sustentadas neste Recurso pela Procuradoria Militar e pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar para subsistir, com outros fundamentos, o que se contém no voto vencido do ilustre Dr. Auditor.

Como se verifica, o acórdão sublinha o fato de que "em nenhum momento aquela carta ameaçou a segurança nacional". (D.O., Parte III, 5/5/71, pág. 315 do *apenso*).

No mesmo sentido voltou a decidir o STM no Rec. Crim. n.º 4.513, por unanimidade, relator o eminente Min. AMARÍLIO LOPES SALGADO: "Injúrias assacadas sem "inconformismo político-social", não atentando à Segurança Nacional configuram delito da competência da Justiça Comum".

No exatíssimo acórdão está dito: "Como se vê nos autos, três civis, após uma série de libações alcoólicas em determinado bar, puseram-se a ofender, a injuriar o Prefeito do Município de Tracunhaém, Estado de Pernambuco, faltando, assim, com o devido respeito a essa autoridade. Nada mais fácil do que se concluir pela responsabilidade desses indiciados; mas não se pode asseverar que violaram a Lei de Segurança: não houve — como bem frisou a Procuradoria Militar — sentido subversivo de propaganda, e sim, mero incidente entre desafetos, nas tricas e futricas da política local, mero falatório interiorano, tudo isso salientado e bem pela Procuradoria Geral. Não puseram eles em risco a ordem constituída, tão pouco feriram-na. Há grãos

nisso, compreendidos entre as simples injúrias e calúnias assacadas, até o profundo inconformismo evidenciado em o artigo 34 da Lei n.º 898. Há que se fazer êsse "diagnóstico" não perdendo de vista o fato que possa transcender da esfera particular e daí interessar à Segurança. Pareceu ao Ministério Público, seja da primeira, seja da segunda instância, que, embora infame a ação perpetrada pelos indiciados, não se poderia chegar à conclusão de que os mesmos houvessem atingido e ferido a manutenção da ordem e da paz social, muito menos desejassem derrubar o regime. Disso não tinham êles consciência". (D.O., Parte III, 5/5/71, pág. 375).

Num caso mais antigo, o da ação penal contra Niomar Moniz Sodré Bittencourt, que envolvia acusação de ofensa do Presidente da República através da imprensa, o STM seguiu, basicamente, a mesma orientação.

Fatos dessa natureza exigem, quando está em causa a liberdade de imprensa, particular atenção. A Constituição Federal em vigor assegura a liberdade de manifestação do pensamento, que constitui um dos sinais característicos de um regime democrático de governo. Não se trata de um direito ilimitado: a própria Constituição afirma que não será tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe. Êsses limites constitucionais efetivam-se através de leis ordinárias que proíbem ou incriminam a propaganda que a Carta Magna não tolera.

As imputações ofensivas são incriminadas pela lei de imprensa e pela lei de segurança, constituindo também limitações à liberdade de manifestação do pensamento. Tais são, no entanto, os valores a preservar quanto à liberdade de imprensa, num país democrático, que a lei esclarece não constituir, em nenhum caso, abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação "a crítica inspirada pelo interesse público" (art. 27

inciso VIII da lei 5.250). Essa cláusula estende uma esfera de licitude que cobre inclusive as expressões eventualmente ofensivas.

Como assinala COING (*"Ehrenschutz und Pressefreiheit"*, 1953, pág. 21), o estilo vigoroso da imprensa é uma necessidade que deflui de sua forma de trabalho. As notícias têm de ser obtidas com rapidez, e apresentadas de forma a chamar a atenção do público. Os acontecimentos devem ser comentados quando surgem, sob o efeito da emoção que despertam. Daí a lição de GEORGES BURDEAU (*Les libertés politiques*, 1966, pág. 257): "*On ne saurait exiger du journaliste tenu de réunir et de donner rapidement des informations, la même prudence que celle qui peut être exigée de l'auteur d'un ouvrage*".

Desejamos também observar que nos regimes democráticos o governo não tem direito a um *prestígio* ou a uma *reverência* de caráter quase místico, como ocorria nos antigos regimes e nos sistemas autoritários atuais. É a perfeita lição de BOGNETTI (*Vilipendio del governo e principi costituzionale di libertà*, *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1960, pág. 950). O governo é um simples instrumento para a direção da coisa pública. Porisso mesmo, desapareceu do moderno direito alemão a ofensa ao presidente da República como crime político, que o Código Penal previa no § 95 (fazendo depender a ação penal de autorização expressa do Presidente). A nova lei alemã sobre crimes contra a segurança do Estado, de 25.6.1968 revogou êsse dispositivo, que era reminiscência de um antigo crime de *maiestatis*, como nota, com exatidão PETER CRAMER (*Politisches Strafrecht*, 1968, pág. 24), acrescentando: "Em realidade, a proteção da honra garantida a todo cidadão basta também para os detentores das mais elevadas funções públicas" (*auch für den Inhaber des höchsten Staatsamts ausreicht*).

O projeto alternativo do novo Código Penal alemão eliminou também êsse delito (*Verunglimpfung des Bundespräsidenten*), e a fundamentação excelente, do ponto de vista de um regime democrático de governo, pode ver-se no volume *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Politisches Strafrecht*, 1968, pág. 107.

No direito francês, o fato está previsto na lei de imprensa, de 29.7.1881 (art. 26) com penas leves (3 meses de detenção ou multa) e a severa lei editada em 1960 (*Ordonnance* n.º 60-529), à época da guerra da Argélia, não a alterou.

A ofensa ao Presidente da República está prevista também em nossa lei de imprensa, como forma agravada da calúnia, da difamação e da injúria comuns (art. 23). O fato somente poderia configurar um crime político, aplicando-se então a lei de segurança, se apresentar o elemento fundamental de todo crime dessa natureza, ou seja, quando a ofensa ao Presidente da República possa atingir as bases da obediência que lhe é devida, atentando contra a segurança do Estado. Porisso mesmo, nos países da *common law*, as expressões ofensivas ao governo só se punem quando constituem *seditionous offenses*. E o citado BOGNETTI (*Vilipendio del governo*, pág. 962) afirma ser necessário que o perigo a ser provocado pela desobediência, em virtude da ofensa, seja grave e imediato.

Na Inglaterra, com o *Fox Act* (1792) e com leis promulgadas logo após nos Estados Unidos, as *seditionous offenses* somente eram puníveis quando se demonstrasse uma efetiva "intenção sediciosa" (*seditionous intent*), e a interpretação jurisprudencial, por longo tempo, exige incitamento imediato ou quase imediato ao delito.

Como diz o excelente NUVOLONE (*Realtà di Stampa*, 1951, pág. 32), existem manifestações da imprensa que ofendem a suscetibilidade, mas que não podem dizer-se ofensivas da honra, da reputação ou do prestígio.

Num sistema de ordenamento jurídico livre, mesmo as supremas autoridades do Estado estão institucionalmente submetidas ao controle, mesmo vivaz e polêmico, dos outros membros da coletividade, pelo que concerne à sua vida de relação.

Fala-se, assim, numa *zona di illuminabilità*, que é tanto mais vasta, quanto mais alta é colocada a pessoa, porque fica mais exposta à crítica em razão de suas funções e em face do direito de opinião que todos têm, num regime democrático, quanto aos governantes. Daí concluir NUVOLONE ser lícita toda a apreciação ofensiva (*è lecito ogni apprezzamento offensivo*) se motivada por fatos verdadeiros ou considerados verdadeiros, enquanto se refira a elementos que a coletividade tem direito de conhecer, para o exercício de seu direito de escolha e juízo sobre os homens chamados a representar a autoridade do Estado. A imprensa tem o direito de excitar o controle da opinião pública para mover os poderes públicos.

A propósito dessa lição comum, BOGNETTI (*Vilipendio del governo*, pág. 957) também observa que a posição dos políticos difere da dos demais cidadãos. Na luta política, o caráter popular do debate, a presença de paixões aceras, justificam maior licença de sentimentos e de linguagem (*giustificano una maggior licenza di sentimenti e di linguaggio*).

Porisso mesmo é difícil distinguir entre a crítica áspera e violenta e a ofensa punível, em face da necessidade de assegurar, numa sociedade aberta e democrática o livre desenvolvimento do debate em relação aos administradores da coisa pública. É precisamente no campo político que é mais grave e imperiosa a necessidade de assegurar a livre manifestação do pensamento, pois é precisamente nêsse setor, como diz CAMPISI (*Libera manifestazione del pensiero e delitti previsti dagli art. 290, 291 e 292 CP*, no volume *Legge Penale e libertà del pensiero*, 1966, pág.

333) que com maior violência se encontram as paixões dos homens e a manifestação do pensamento adquirir certo tom mais emocional que racional.

FABREGUETTES, em sua clássica obra (*Traité des délits Politiques et des infractions par la Parole, l'écriture et la presse*, 1901, vol. II, pág. 377), tratando da ofensa ao Presidente da República, ensina que deve ser considerado o caráter das palavras ou do escrito, e que não se pode confundir jamais a polêmica contra a autoridade do Presidente da República e o calor do ataque contra sua política e sua responsabilidade governamental, com a zombaria, a desconsideração e o desprezo, lançados sobre sua pessoa.

Há, portanto, toda uma área de licitude, na atividade da imprensa, mesmo quando há emprêgo de expressões objetivamente ofensivas. É esta a lição de NUVOLONE (*Reati di Stampa*, pág. 74): "A ofensa simples à reputação pode ser discriminada quando aparece conexa a determinados fatos que a justificam. Nesta hipótese socorrem os critérios da verdade e da continência, devendo ficar contida nos confins da função da imprensa, que é de satisfazer a um interesse social para conhecimento e valoração. Os confins da difamação lícita são tanto mais amplos quanto maior é a responsabilidade do sujeito passivo e o seu dever de soto-por-se ao controle da opinião pública. A injúria política não integra os extremos da difamação quando não se traduz em um epíteto injurioso normal, suscetível de expor o sujeito passivo a consequências jurídicas danosas de direito comum, ou a um denominador comum de desestima social".

MANZINI (*Trattato di Diritto Penale Italiano*, 1951, vol. IV, pág. 407), adverte que são fáceis nessa matéria os excessos de zelo mais ou menos sinceros, mas sempre injustificáveis, as denúncias de fanáticos e de caluniadores; acusações dirigidas a excitar pérfidas vinganças com o pretexto de demonstrar devoção pelo chefe do Estado. Há

sempre um conjunto de gente disposta a agradar e a demonstrar fidelidade.

Ensina, porém, incisivamente, a seguir, o grande mestre: "Não são puníveis a mera indelicadeza, a simples petulância, as apreciações desfavoráveis. A ofensa deve atingir imediatamente a personalidade do Chefe de Estado e não por reflexo. Essa limitação se deduz do espírito da lei, porque, no caso da ofensa reflexa, se é possível vislumbrar lesão de um bem jurídico da pessoa privada, deve-se excluir a ofensa à instituição representada pela própria pessoa" (pág. 409).

No mesmo sentido, MAGGIORE (*Diritto Penale*, 1956, vol. I, pág. 70): "*L'offesa deve essere però immediata, nel senso che deve direttamente riferirsi alla persona del Presidente*".

Confiamos em que a índole liberal de nossos tribunais dê aos textos teríveis da lei de segurança correta interpretação, de modo a afastar a iniqüidade e a prepotência que caracterizam a perseguição por crimes de manifestação do pensamento nos países totalitários.

Substância Avariada. Restaurante. Inexistência de crime se o alimento ainda não está preparado.

Exatíssima decisão proferiu o T.A. da Guanabara na Ap. Crim. n.º 4.394, da 2.ª Câmara Criminal, relator o Juiz RAUL DA CUNHA RIBEIRO, por unanimidade: "É atípico o fato de, em restaurante em que só se vende o alimento pronto para ser ingerido, encontrar-se avariada substância alimentícia ainda não preparada". É evidente que não se pode dizer que está em depósito para vender substância alimentícia que não é vendida no estado em que se encontra. (D.O., Parte III, 31/5/71, pág. 440, do *apenso*).

Sentença. Omissão do preceito legal aplicado. Nulidade.

Decidiu a 1.ª Câmara Criminal do T.A. da Guanabara, na Ap. Crim. n.º 4.633, que é "nula a sentença que ao condenar o agente não menciona o artigo do Código Penal em que ele foi enquadado". A decisão foi unânime, sendo relator o ilustre juiz BARROS FRANCO (D.O., Parte III, 31/5/71, pág. 440, do *apenso*).

É nula a sentença condenatória se em seu dispositivo há omissão de formalidade essencial, constituída pela referência à lei penal aplicada. Infringe-se assim o disposto expressamente no art. 381, inciso V do Código de Processo Penal. Trata-se de formalidade que constitui elemento essencial do ato, dela dependendo a validade da sentença. A pena de nulidade é cominada pelo art. 564, inciso IV do Código de Processo Penal.

O dispositivo constitui o elemento central da sentença. É através dele que se expressa a vontade do Estado, na administração da Justiça, com a determinação a que corresponde o julgamento.

Como ensina MANZINI (*Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad., vol. IV, pág. 497), "a parte dispositiva, na qual se contém a decisão, é a aplicação do direito objetivo ao caso concreto feita pelo órgão do juiz. É o pronunciamento sintético e imperativo do magistrado, que declara qual é a vontade da lei com referência à pretensão punitiva que se realiza mediante a ação penal. A falta ou o incompleto da parte dispositiva em seus elementos essenciais torna nula a sentença."

GIOVANI LEONE (*Istituzioni di Diritto Processuale Penale*, 1965, vol. II, pág. 147), por igual, afirma que o dispositivo "*Constituisce il punto finale del percorso logico compiuto dal giudice e rappresenta la dichiarazione giurisdizionale della volontà della legge nel caso specifico portato a cognizione del giudice*".

E arremata (pág. 148): "*Il dispositivo costituisce la vera sede della decisione del giudice e, quando la sentenza diventa irrevocabile, la sede del giudicato*".

Assim é. O dispositivo constitui a verdadeira sede da decisão, e quando se torna irrevogável, é a sede do julgado, ou seja, é aqui que se encontra o pronunciamento jurisdicional no processo.

AFONSO FRAGA (*Instituições do Processo Civil do Brasil*, 1940, II, pág. 598), de forma sugestiva afirmava que a parte dispositiva constitui "o elemento substancial do julgado, a sua crase sanguínea, a sua vida jurídica".

Por isso a lei estabelece formalidades essenciais que essa parte da sentença deve conter. A motivação se desenvolve como simples pressuposto lógico do dispositivo, pois, como diz ANDRÉ VIRU (*Procédure Pénale*, 1957, pág. 376), "*les motifs justifient le dispositif*". Não se admite, no entanto, que uma parte do dispositivo esteja na motivação (MANZINI, loc. cit.), o que ressalta, bem a relevância excepcional da parte propriamente decisória. A motivação só pode servir para interpretar a parte dispositiva e fixar as suas premissas, que constituem a decisão em quanto se relacionam com a parte dispositiva. Não há na doutrina qualquer discrepância a respeito.

Justificando as exigências da lei quanto às formalidades da sentença, o nosso excelente JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Instituições de Direito Processual Penal*, vol. III, pág. 23) ensina: "É que a sentença definitiva, como ato que encerra e consubstancia o juízo de primeiro grau, deve resumir todo o processo. Daí as exigências da lei processual, discriminando os requisitos formais da sentença, todos eles indeclináveis e imperativos, porquanto imprimem juridicidade ao ato decisório e constituem modo de ser essencial à consumação de seu escopo e função. Na sentença penal, a parte conclusiva contera também, tal como determina o art. 381,

inciso V, a indicação dos artigos de lei aplicados”.

No mesmo sentido pronuncia-se EDUARDO ESPINOLA FILHO (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. IV, pág. 52): “A conclusão ou dispositivo é o que constitui, propriamente, o julgado concretizado na subsunção do caso concreto ao preceito de direito objetivo, que o disciplina, pelo que tem de ser baseado na aplicação, à espécie de fato, dos dispositivos aplicáveis. *Estamos em que, no assunto deve exigir-se, rigorosamente, o cumprimento da lei pelo juiz*”.

Entre as formalidades essenciais da sentença inclui-se “a indicação dos artigos de lei aplicados” (art. 381, IV, Cód. Proc. Penal). A sua ausência implica em nulidade e quanto a isso não pode haver dúvida.

São numerosas as decisões de nossos tribunais que acolhem a uniforme lição da doutrina. E já que vamos aludir à jurisprudência, convém lembrar a decisão em que se fixou: “A condição primordial para uma boa sentença é a clareza do dispositivo, porque, entre outros requisitos formais, deve a decisão ser certa e pura quanto à condenação”. (*Rev. For.*, 163/268).

Em diversas oportunidades, o E. Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a matéria. No H.C. 30.625, sempre invocado, em que foi relator o ilustre Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, afirmou-se: “A sentença que não contém todos os requisitos enumerados na lei e principalmente a indicação dos artigos da lei penal que aplica, não pode ser válida”. (*Rev. For.* 123/530).

No julgamento do H.C. 42.470, relator o eminente Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, o Tribunal Pleno decidiu: “anula-se o julgamento porque o acórdão condenatório não indica o artigo de lei violado pelo réu”. (RTJ, 36/136).

Nessa decisão, o ilustre Min. PEDRO CHAVES afirmou: “Pouco importa que o relatório tenha feito menção a um artigo do Código. O relatório faz menção a um artigo que a denúncia incluiu

e que a sentença final pode modificar. O artigo é expresso: a sentença conterá o dispositivo legal infringido e a sentença deverá expressamente fixar a pena básica”.

No julgamento do H.C. 43.528, relator ainda o eminente Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, decidiu a 3.^a Turma, por unanimidade: “*Habeas corpus*. Condenação. Falta de indicação do dispositivo penal em que incorreria o réu. Concessão da ordem para proferir o juiz nova sentença devidamente fundamentada”. (RTJ, 39/601).

Entre numerosas outras decisões podemos citar: “É nula a sentença em que não consta, de modo expresso, o dispositivo legal em que o réu foi julgado incurso. De acordo com o art. 381, V, do Cód. Penal, a sentença conterá, entre outros elementos substanciais, o dispositivo legal. A omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato constitui nulidade, nos termos do art. 564, IV, do referido Código”. (*Rev. Tribs.*, 150/97). “*Anula-se o processo uma vez que a sentença condenatória é omissa na parte essencial, a conclusão, não se mencionando o texto legal em que está incurso o réu*. Não basta que na fundamentação se faça referência a dispositivos em que possa se enquadrar os fatos. A lei quer, de modo expresso, que o juiz indique o artigo da lei em que se acha incurso o acusado, afastando, assim, qualquer dúvida e possibilitando a expedição da carta de guia, depois de passada em julgado a sentença”. (Diário da Justiça, 10.2.43, *Apenso*, pág. 807). “Nula é a sentença que omite, na parte dispositiva, a indicação do artigo da lei aplicado” (*Rev. For.*, 213/429). Nessa decisão (do T.J. do Paraná), afirmou o relator, Des. OLIVEIRA SOBRINHO: “A sentença, na parte dispositiva, omitiu a indicação do artigo de lei aplicado, limitando-se a condenar o apelante na pena de reclusão, sem mencionar o inciso legal em que estava incurso. Não supre a falta a transcrição, no relatório, da parte da denúncia em que consta a classificação

do crime. Porque é na conclusão, no dispositivo, que o julgamento é efetivado, e, só aí, o juiz dispõe e decide. A sentença, assim, não contém formalidade essencial — a exigida pelo art. 384, IV do Cód. Proc. Penal — e é nula, na forma do artigo 564, IV do mesmo Código”. “Nula é a sentença condenatória que não menciona o preceito legal violado”. (*Rev. For.*, ... 211/335). “É nula a sentença que não contém todas as indicações do art. 381 Cód. Proc. Penal”. (*Rev. For.*, ... 91/508).

Pena privativa da liberdade. Cômputo de prisão provisória anterior em outro processo.

Em decisão excelente o T.A. da Guanabara, por sua 2.^a Câmara Criminal, no H.C. n.º 2.273, relator o ilustre Juiz ELIEZER ROSA, afirmou que “na contagem do tempo da pena levase em conta o tempo durante o qual esteve o réu preso provisoriamente, mesmo que tal prisão seja referente a outro processo ou a fato diverso no tempo. O Estado não pode ficar devendo tempo de liberdade a nenhum réu”.

Em seu voto assinalou o relator: “A liberdade da pessoa humana é de tal importância no Estado democrático que tem de ser creditado a qualquer um o tempo durante o qual esteve dela privado por ordem de autoridade, ou mesmo que não seja autoridade legalmente investida, mas que tenha agido em nome do Estado. O Estado não pode ficar devendo liberdade a quem dela foi privado sem justa causa, qualquer que seja o motivo da privação. É um direito subjetivo imprescindível êsse do homem de entrar em contas com o Estado e exigir lhe seja descontado na execução de pena, o tempo anterior durante o qual permaneceu preso sem razão legal. A igualdade perante a lei é preceito que alcança o próprio Estado em frente ao indivíduo. Se algum

réu tem de pagar até o último momento o tempo de condenação, também o Estado tem de devolver-lhe qualquer fração de tempo de privação injusta da liberdade. É isso uma decorrência da Justiça distributiva. E é tão clara essa noção de direito subjetivo aqui no caso, que caberia sempre ao réu uma reparação pecuniária pelo tempo perdido numa prisão injusta, caso não pudesse haver outra forma de compensação, como aqui há, através da imputação do tempo anterior na pena atual”. (*D.O.*, Parte III, 7/6/71, pág. 452 do *apenso*).

Entre nós sempre se entendeu, com base no art. 34 do Código Penal, interpretado estritamente, que não se desconta num processo a pena cumprida em outro, sem qualquer relação com o primeiro (cf. RDP, n.º 1, pág. 110). Trata-se, no entanto de situação injustíssima. O anteprojeto de Código das Execuções do Prof. ROBERTO LYRA consagra a tese do julgado de que damos notícia, o qual esperamos possa prosperar na jurisprudência de nossos tribunais.

Marechal reformado com direitos políticos cassados tem direito a fôro especial.

Decidiu o STM, na Ação Originária n.º 37, por maioria, relator o eminente Min. AMARILLO LOPES SALGADO, que “marechal-reformado no mesmo posto faz jus ao *privilegio fori*”. A hipótese era de marechal que tivera seus direitos políticos cassados, sem que sua patente fôsse cassada. Foi ele apenas reformado no mesmo posto.

Entendeu o Tribunal que em tal situação subsiste o privilégio de fôro que deflui de condição pessoal não afetada pela cassação dos direitos políticos. “Sujeitar um marechal a sentar-se frente a um Conselho Permanente de Justiça, diz o acórdão, composto, quase sempre de segundos tenentes e primeiros tenentes, é, sem sombra de dúvida,

algo estranho, singular mesmo". Excelente decisão.

Assalto a banco sem motivação política. Crime contra a Segurança Nacional. Conceito de Segurança Nacional.

Dando aplicação ao que reza o artigo 27, do Dec.-lei n.º 898, o STM decidiu, no Rec. Crim. 4.494, por unanimidade, relator o eminente Ministro NELSON BARBOSA SAMPAIO, que "competete à Justiça Militar processar e julgar os infratores do ilícito previsto no art. 27, do Decreto-lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969, qualquer que seja a sua motivação" (D.O., Parte III, 5-5-71, pág. 373 do *apenso*).

Diz o art. 27: "assaltar, roubar ou depredar estabelecimento de crédito ou financiamento, qualquer que seja a sua motivação". A pena cominada é de 10 a 24 anos de reclusão, passando a ser de prisão perpétua ou morte, se do fato resultar a morte.

Os defeitos de nossa legislação relativa aos crimes contra a Segurança Nacional são manifestos, e transparecem muito bem nesse dispositivo, que veio corrigir em parte as gritantes incorreções dos textos anteriores (art. 25, do Dec.-lei n.º 314, emendado pelo Dec.-lei n.º 510).

Diante do atual art. 27, cabe observar, de início, que *assaltar* não tem significação técnica em direito penal.

É difícil saber a que alude a lei ao referir-se a *assaltar*, no art. 27, já que neste se prevê também o roubo. Não se pode conceber que no âmbito do direito penal a idéia de assalto apareça desvinculada de violência à pessoa. A subtração de valores sem o emprêgo de violência à pessoa chama-se *furto* e certamente não foi a êsse delito que o legislador pretendeu aludir quando empregou a expressão *assaltar*. Razoavelmente só pode aqui incluir-se, além do roubo, a extorsão.

As impropriedades são muitas no Dec.-lei n.º 898, e tão graves são os defeitos que se é tentado a supor que não foi redigido por juristas.

Não se compreende, por exemplo, a razão de ser do destaque especial do roubo a *estabelecimento de crédito ou financiamento*, no art. 27, para mais leve punição, com respeito ao roubo em geral. O roubo de um veículo transportador de valores ou de um pôsto de gasolina é mais gravemente punido (art. 28) do que o roubo a um estabelecimento de crédito.

No Recurso Criminal 4.494, de que damos notícia, sustentava o recorrente ser inconstitucional o art. 27, quando se trata de roubo praticado por delinquentes comuns, sem motivação política, e a nosso ver estava, *data venia*, com o bom direito.

O art. 129, § 1.º, da Constituição em vigor estabelece que o fôro especial da Justiça Militar "estender-se-á aos civis, nos casos expressos em lei, para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares".

Submeter delinquentes comuns à Justiça Militar será constitucional, na medida em que o roubo de bancos sem finalidade política constitua crime contra a segurança nacional. É necessário, pois, para deslinde da questão jurídica, examinar o conceito de segurança nacional.

Por *segurança nacional*, em termos jurídicos, entende-se bens jurídicos e interesses que se relacionam com a personalidade do Estado e a segurança do regime e do governo, ou seja, o que se tem chamado de segurança externa e interna. A segurança externa se refere interesses relacionados com a existência, a integridade, a unidade e a independência do Estado, bem como com a defesa militar contra agressão exterior.

A segurança interna compreende a inviolabilidade do regime político vigente, a existência e a incolumidade dos órgãos supremos do Estado.

Desde o Dec.-lei 314, as leis de segurança passaram a apresentar uma definição de segurança nacional, que encontramos nos arts. 2.º e 3.º, do Dec.-lei n.º 898: "A segurança nacional é a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos. A segurança nacional compreende, essencialmente, medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva. A segurança interna, integrada na segurança nacional, diz respeito às ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no país. A guerra psicológica adversa é o emprêgo da propaganda, da contra-propaganda e de ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais. A guerra revolucionária é o conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia, ou auxiliado do exterior, que visa à conquista subversiva do poder pelo contrôle progressivo da nação".

Como se vê, diz-se inicialmente, no art. 2.º, que a segurança nacional é a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos.

A segurança nacional é definida como garantia da consecução dos *objetivos nacionais*. Observamos, desde logo, que segurança não pode ser definida como garantia de alguma coisa. Segurança é um *estado*; se quisermos, um estado de garantia, mas não pode ser garantia para alguma coisa.

Segurança contrapõe-se a perigo e a risco. Segurança é o estado seguro de riscos e perigos; de incerteza e de acontecimentos prejudiciais.

Quando se fala em *segurança nacional*, nas leis que definem os crimes

contra o Estado e a ordem política ou social, cogita-se de um bem jurídico, que se refere ao estado de segurança política e social do país, em sua estrutura jurídica, ou seja, em sua estrutura constitucional. Não se cogita de todo e qualquer fato que atente contra os interesses sociais, a ordem e a segurança pública.

Segurança nacional é, em suma, a segurança do Estado em sua estrutura jurídica, ou seja, é a ausência de perigos e riscos em relação à estrutura jurídica e social do Estado, na forma em que a Constituição a estabelece.

Como se atenta contra a segurança nacional? Atenta-se contra a segurança nacional pondo-se em perigo a existência do Estado, a integridade de seu território, a sua unidade e a sua independência. Isso é o que tradicionalmente se designa por *segurança externa*.

Atenta-se também contra a segurança nacional quando se põe em perigo o sistema político vigente; quando se põem em perigo as bases políticas e econômicas da constituição social; quando se atenta contra a existência ou contra a incolumidade dos órgãos supremos do Estado. Isso é o que sempre se chamou de *segurança interna*.

A segurança nacional não se confunde com a *segurança pública*, nem com a *ordem pública* ou a *paz pública*. A criminalidade comum atenta contra a *segurança pública* (a polícia entre nós chama-se Departamento de "Segurança Pública"). Sobre o significado de *paz pública* e *ordem pública*, cf. FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, IV, página 919. Todos os crimes, de forma direta ou indireta, afetam a *paz pública* ou a *ordem pública*, sendo êste o aspecto político de todo delito, como ensinaram os clássicos. CARRARA (*Programma*, § 3.015) afirma que todo crime diminui, mais ou menos, segundo suas distintas condições, a *opinião de segurança*, em número indeterminado de cidadãos.

Não é disso que se trata, quando se considera a *segurança nacional*. Como

bem disse o Ministro RIBEIRO DA COSTA, no julgamento do H.C. 43.071, "o que diz respeito à segurança nacional é aquilo que diz respeito ao interesse político da nação".

Segundo a lei, segurança nacional é "a garantia da consecução dos objetivos nacionais" contra o que a eles se opõe, dentro ou fora do país. Não se diz aqui o que são *objetivos nacionais*. Objetivos nacionais, na perspectiva de uma lei de segurança do Estado, só podem ser constituídos pelos princípios jurídicos que a Constituição estabelece, no plano interno e externo.

O enunciado do art. 2.º, do Dec-lei n.º 898, reduzido à expressão mais simples não pode trazer nada de revolucionário ao conceito que se procura estabelecer. Os objetivos nacionais, para os efeitos de uma lei que reprime os delitos contra a segurança do Estado, são os que resultam dos valores políticos e sociais que a Constituição incorpora.

Os *antagonismos*, de que a lei fala tão imprópriamente, inclusive pela nebulosidade e indeterminação, não poderiam configurar-se jamais através de qualquer manifestação contrária ao que se definiu como objetivos nacionais permanentes (ONP). Cf. Dec-lei 348. Os antagonismos são típicos de um regime democrático. Só as ditaduras não os toleram.

Para os efeitos do conceito *jurídico* de segurança nacional, os antagonismos se apresentam em dois grandes grupos de ações delituosas, que esquematicamente poderíamos resumir na traição (*perduellio*) e na sedição (*crimen majestatis*). De um lado, os crimes contra a segurança *externa*; de outro, os crimes contra a segurança *interna*. Os antagonismos a considerar são, portanto, apenas aqueles que visam a atingir a existência, a integridade, a unidade e a incolumidade dos órgãos supremos do Estado, bem como a inviolabilidade do regime político vigente.

No art. 3.º do mesmo Decreto-lei, diz-se que a segurança nacional "com-

preende medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna". A impropriedade salta aos olhos. O enunciado corresponde a dizer que segurança nacional compreende medidas destinadas à preservação da segurança nacional.

Ora, a segurança nacional é um *estado* e não pode *compreender medidas*. A defesa ou a preservação da segurança nacional é que pode compreender medidas, entre as quais a incriminação de determinados fatos. O enunciado do art. 3.º, *caput*, é assim perfeita inutilidade. As medidas de defesa da segurança nacional, no plano jurídico-penal, constituem as diversas figuras de delito previstas pela lei.

O § 1.º, supondo que define o que seja segurança interna, não é menos infeliz: a segurança interna diz respeito às pressões antagônicas que se manifestam ou produzem efeito no âmbito interno. Deve entender-se: pressões antagônicas aos *objetivos nacionais*. Ora, pois. A segurança interna não *diz respeito*. A segurança interna é alguma coisa e não diz respeito a qualquer "pressão". Que são *pressões antagônicas*? Juridicamente, só podem ser os atentados que se realizam através das ações incriminadas.

Os §§ 2.º e 3.º, do art. 3.º, por seu turno, trazem definições complicadas e exotéricas de "guerra psicológica adversa" e de "guerra revolucionária", que não afetam o conceito de segurança nacional.

A chamada *guerra psicológica adversa* nada mais pode ser do que a propaganda, a instigação ou a apologia perigosas para a segurança do Estado. Não era preciso uma fórmula tão alambicada e imprecisa para aludir ao que sempre foram os crimes de manifestação do pensamento contra a segurança nacional.

A *guerra revolucionária*, definida como "conflito interno" enquadra-se na sedição e é reprimida através da incriminação dos atos que a configuram.

Percebe-se, pois, que o conceito de segurança nacional que o Dec-lei 898 oferece, constitui apenas mal inspirada *novidade* legislativa, que não altera o conceito liberal, que continua a prevalecer na parte da lei que define crimes e estabelece sanções. Raramente os tribunais aludem, nas decisões, ao conceito que a lei apresenta em seus artigos iniciais, o qual se destina a não ter qualquer efeito na prática judiciária.

A gravíssima criminalidade política que nos últimos tempos surgiu entre nós, de forma alarmante, destaca-se com o roubo de bancos, de automóveis, de estabelecimentos comerciais, de veículos de entrega e cobrança de bebidas ou destinados ao transporte de valores. Esse tipo de ações delituosas era praticamente desconhecido entre nós, no âmbito da criminalidade comum. Verificaram, os ladrões comuns, todavia, a facilidade com que os criminosos políticos roubavam à mão armada e o grande êxito que obtinham e não hesitaram em se lançar ao mesmo estilo de ação delituosa.

A motivação política é elementar aos crimes políticos. Poderia dizer-se, adotando a nomenclatura clássica entre nós, que o fim de atentar contra a segurança do Estado constitui o *dolo específico* indispensável nessa categoria de delitos.

O roubo de bancos e de estabelecimentos de crédito praticado por delinquentes comuns sem finalidade política é simplesmente crime contra o patrimônio que nada tem a ver com a segurança nacional. Não se distingue, de forma alguma, das outras formas de roubo em que o sujeito passivo é pessoa jurídica ou simples indivíduo. O *furto* com finalidade política, no entanto deveria ser crime político, seja contra banco ou outra qualquer pessoa, e no entanto não é previsto na lei.

O roubo comum, sem finalidade política não atinge, em termos jurídicos, a segurança nacional porque não constitui um atentado contra os bens jurí-

dicos que constituem a segurança interna. A vantagem patrimonial obtida pelos agentes não será empregada para o ataque à segurança do Estado, mas em seu próprio benefício. Em consequência, é evidentemente inconstitucional o art. 27, do Dec-lei 898, na parte em que submete ao fôro militar os delinquentes comuns autores de roubos a estabelecimentos de crédito, já que esse fôro, segundo dispõe a Constituição em vigor, só pode estender-se aos civis, nos crimes contra a Segurança Nacional ou as instituições militares.

Uma ampliação do conceito *jurídico* de segurança nacional, que sempre se pôs na perspectiva dos ataques *políticos* à estrutura do Estado e de seus órgãos, para abranger outros tipos de criminalidade grave, porém sem qualquer finalidade política, constitui grave risco para a democracia, comprometendo um direito repressivo liberal, que é da nossa tradição.

Isso já foi feito, com grande infelicidade, quando se pretendeu transferir para a jurisdição militar os crimes contra a economia popular, com o Decreto-lei n.º 2, de 14-1-66.

O art. 3.º de tal Dec-lei dispunha em sua redação original: "O não cumprimento das obrigações estabelecidas no art. 2.º e a oposição de quaisquer dificuldades ou embaraços à consecução dos objetivos do presente Dec-lei, bem como a infração aos dispositivos da Lei Delegada n.º 4, de 26 de setembro de 1962, sujeitarão o infrator ou os responsáveis às sanções previstas no artigo 13, da Lei 1.802".

O art. 13, da Lei 1.802, punia com a pena de 2 a 5 anos de reclusão o crime de "instigar, preparar, dirigir ou ajudar a paralisação de serviços públicos ou de abastecimento da cidade".

A Lei Delegada n.º 4, previa sanções de natureza administrativa para fatos que a Lei 1.521 considerava crimes contra a economia popular. O Decreto-lei n.º 2, em consequência, tornando puníveis os ilícitos de que tratava a Lei Delegada n.º 4, revogou a:

parte da Lei 1.521, que cogitava dos mesmos fatos.

O texto original do Dec-lei n.º 2, como vimos, em sua última parte, limitava-se a dizer que as transgressões daqueles preceitos "sujeitarão o infrator ou os responsáveis às sanções previstas no art. 13, da Lei 1.802". Como era evidente, tratava-se de equiparação *quoad poenam*, isto é, somente para o efeito da sanção, e nesse sentido chegaram a pronunciar-se o STF e diversos auditores, em exatíssima interpretação da lei.

O governo, no entanto, pretendia transferir os processos por crime contra a economia popular para a jurisdição militar, tendo imaginado que o conseguiria fazer com a redação original do Decreto-lei. Verificando, porém, o equívoco, ou seja, que não havia ali uma equiparação para todos os efeitos (*quoad substantiam*) lançou mão de expediente inédito, com um alegado erro na publicação. A pretexto de ter sido o Dec-lei publicado com incorreções, editou o governo, quase clandestinamente, um novo texto, em que ficou expressa a jurisdição militar para o processo: "O não cumprimento das obrigações estabelecidas no art. 2.º e a oposição de quaisquer dificuldades ou embaraços à consecução dos objetivos do presente Decreto-lei, bem como a infração aos dispositivos da Lei Delegada n.º 4, de 26 de setembro de 1962, serão processados e julgados pela Justiça Militar, na forma da legislação processual vigente, sujeitando os infratores ou os responsáveis às sanções previstas no art. 13, da Lei 1.802, de 5 de janeiro de 1953".

A retificação da lei foi publicada no dia 11 de fevereiro de 1966.

Ao entrar em vigor o Dec-lei n.º 2, na data de sua publicação, estabeleceu-se situação terrível, pois deixaram de ser afiançáveis infrações como não afixar tabelas de preços, recusar nota de venda, transgredir tabelamento etc.

Diversos advogados no Estado da Guanabara uniram-se na impetração de

H.C. ao STF, em favor de comerciantes presos, alegando a falta de competência constitucional do Presidente da República para baixar o Dec-lei n.º 2 e a inconstitucionalidade do alargamento da competência da Justiça Militar, que se operava através de tal Decreto-lei.

Esse H.C. tomou o n.º 43.071 e teve como relator o ilustre Min. LAFAYETTE DE ANDRADA.

O Dec-lei n.º 2 havia sido baixado com fundamento no art. 30, do Ato Institucional n.º 2. Como se sabe, o art. 31, do AI-2 permitia ao Presidente baixar decretos-leis sobre matéria de qualquer natureza, *quando tivesse decretado o recesso do Congresso*. Fora de tal hipótese, que não ocorria no caso, o Presidente estava autorizado a legislar por decretos, somente sobre *matéria de segurança nacional*. É a mesma disposição que consta da vigente Constituição Federal.

A legislação por decretos constitui violação de princípios elementares do Estado de Direito, que não pode existir quando as leis não são feitas por Legislativo que seja expressão de um governo representativo livremente escolhido por sufrágio universal. Como afirmou a Comissão Internacional de Juristas em seu Congresso de Bangkok, a legislação pela via de decretos equivale, de fato, ao abandono da Constituição ("*La Primauté du Droit, Idée force du progrès*", Genebra, 1965, página 43).

Alegavam os impetrantes que o Decreto-lei n.º 2 era ilegal, porque a matéria que nele se tratava não se referia à segurança nacional.

Invocando o disposto no art. 108, parágrafo único, da Constituição Federal de 1946, alegavam, por outro lado, a ilegalidade da extensão do foro militar aos civis, pois tal extensão a lei só permitia se efetuasse nos casos de crime contra a segurança nacional ou as instituições militares, o que não ocorria.

Percebe-se claramente a importância da questão levada ao STF. O julgamento foi feito no dia 17 de março de 1966. Estava em jogo o conceito jurídico de segurança nacional, matéria que estava e está destinada a graves e importantes repercussões em face da Constituição em vigor.

O eminente relator, inaugurando a corrente vencedora, entendeu que "dentro do conceito de segurança nacional se pode incluir o da defesa da economia popular", "por suas implicações com a tranquilidade geral e com a paz pública". Resolvido esse ponto, o segundo estava liquidado: "se os crimes contra a economia popular podem ser considerados como atentatórios ao interesse público e à paz social, não há como recusar sua sujeição à Justiça Militar".

Esse voto vencedor foi adotado pelos ministros CARLOS MEDEIROS, ALIOMAR BALEEIRO, OSWALDO TRIGUEIRO, PRADO KELLY, ADALÍCIO NOGUEIRA, VILAS BOAS, HERMES LIMA, CÂNDIDO MOTA, PEDRO CHAVES e HAHNEMANN GUIMARÃES.

O Ministro CARLOS MEDEIROS sustentava a tese de que o AI-2 era, por sua natureza, um ato de emergência, tendo "inspiração revolucionária" e que "o propósito que inspirou o Ato Revolucionário n.º 2 deverá inspirar também a interpretação do art. 30". Coisas semelhantes disse o ilustre Ministro HUGO AULER, no TFR, sobre a legislação excepcional do governo que se instalou após o movimento de abril de 1964, felizmente sem a aprovação de seus colegas.

Entendia o Ministro CARLOS MEDEIROS que o Presidente da República não estava adstrito à conceituação tradicional dos crimes contra a segurança nacional e que o seu Dec-lei oferecia uma nova definição, irrecusável. Em suma: matéria de segurança nacional é aquilo que o Presidente diz que é relativo à segurança nacional.

Os demais votos vencedores não acolheram a tese revolucionária do antigo ministro da Justiça e eminente jurista. Limitaram-se a afirmar que os crimes

contra a economia popular podem ser considerados contra a segurança nacional. O Ministro ADALÍCIO NOGUEIRA entendia que "os delitos praticados contra a economia popular, têm, incontestavelmente, implicações com a segurança nacional".

Ficaram vencidos os Ministros EVANDRO LINS E SILVA, LUIZ GALLOTTI, GONÇALVES DE OLIVEIRA e RIBEIRO DA COSTA. O Presidente votou, porque se tratava de matéria constitucional.

Em voto exatíssimo e minucioso, o ilustre Ministro EVANDRO LINS demonstrou que os crimes contra a economia popular nada têm a ver com a segurança nacional. Examinou os antecedentes históricos e as leis de segurança, desde a primeira, promulgada na vigência da Constituição de 1934.

Referindo-se ao art. 13, da Lei 1.802, afirmou: "Evidentemente, a paralisação de serviços de abastecimento da cidade perturba a paz pública, causa desassossêgo de tal ordem que pode conduzir a atos capazes de interessar à segurança do Estado, à segurança interna do país. É um gesto coletivo, um ato de maior gravidade, que se encontra entre os delitos contra a segurança interna do país. Mas não se pode equiparar à mera alteração de preço de mercadorias". Mostrou, por outro lado, que a norma do art. 30, do AI-2 era excepcional e que deveria ter interpretação restritiva, acrescentando: "Isto me parece tão claro, que a minha dificuldade é demonstrar o óbvio".

Assinalou ainda, em seu magnífico voto, o Ministro EVANDRO LINS E SILVA, o perigo que constituiria o alargamento ao AI-2, "quase que eliminando o Poder Legislativo. Digo mais: amanhã, também um problema de locação, que diga respeito à habitação, poderá ser objeto de decreto-lei, como infração à segurança nacional. Assim também os despejos contra os inquilinos. Dir-se-á: isso é matéria que afeta a segurança nacional, porque pode, eventualmente, perturbar a paz pública. Tudo seria deslocado, por força dessa

interpretação ampliativa, para o julgamento da Justiça Militar.

Seria o esvaziamento do Poder Legislativo e o esvaziamento do Poder Judiciário regular, ordinário, com a ampliação da competência de uma Justiça Especial, que tem uma finalidade específica, de julgamento das infrações propriamente militares. Seria uma forma oblíqua de se submeter os civis, na generalidade, ao julgamento da Justiça Militar".

O Ministro LUIZ GALLOTTI, em seu voto vencido, demonstrou que a transgressão de tabelamento nada tem a ver com os crimes políticos, visando apenas à ganância, ao lucro e à especulação.

O eminente Ministro RIBEIRO DA COSTA, a quem rendemos aqui a homenagem de nossa saudade e grande admiração, em seu voto corajoso dizia que "em nome da segurança nacional se está atingindo a segurança dos indivíduos, quando se acena com a competência de um Tribunal Militar para julgar delito essencialmente comum, delito que não tem, pela sua repercussão, qualquer reflexo sobre a segurança nacional". "O que diz respeito à segurança nacional é aquilo que diz respeito ao interesse político da nação. Onde está, no fato de cidadão negociante afixar tabela de preço acima do previsto ou cobrar mercadoria por preço acima do previsto, onde está, nestes atos, o atentado contra interesse político da nação, contra a interesse permanente da nação?" (*Rev. Trim. Jurispr.*, 42/296).

Era evidente a correção dos votos vencidos. A fúria descontrolada na punição dos crimes contra a economia popular constitui, na história do Direito Penal, fenômeno episódico que tem caracterizado os governos totalitários. Nestes, a idéia abstrata e impessoal de *povo* adquire significação mística, que tudo justifica e que constitui freqüentemente mero pretexto para a opressão do grupo dominante.

É com base nessa idéia que se impõe, na Rússia Soviética a pena de morte

aos comerciantes que praticam os chamados delitos econômicos, em cuja essência há apenas violação das regras impostas pela economia dirigida pelo Estado. E a mesma idéia ressurgiu em diversas normas fascistas, que equiparavam os crimes contra a economia popular aos crimes contra a Nação, e, por conseguinte, contra o próprio Estado. É o que dispunha a nossa Carta Constitucional de 1937, em seu art. 141, inspirada na *Carta del Lavoro*: "Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequados à sua pronta punição". Em consequência, o julgamento desses crimes se fazia, naquela época de lágrimas, de terror e de opróbrio para esta nação, pelo Tribunal de Segurança Nacional, que servia, com rapidez e eficiência, à tirania que nos dominava (art. 122, n.º 17, da Carta de 1937).

Tal justiça não passava de uma caricatura ou de um arremêdo de justiça, em que se procurava impor penas exemplares, numa afirmação do poder punitivo e de supremacia do Estado, que representava a mais horrenda e intolerável negação da justiça.

As infrações previstas na Lei Delegada n.º 4 eram as seguintes: vender ou expor à venda mercadorias ou oferecer serviços por preços superiores aos tabelados; sonegar gêneros ou mercadorias, recusar vendê-los ou retê-los para fins de especulação; não manter afixado em lugar visível e de fácil leitura tabela de preços; favorecer ou preferir comprador em detrimento de outros; negar ou deixar de fornecer fatura ou nota; produzir, expor ou vender mercadorias cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição transgridam determinações legais; efetuar vendas ou ofertas de venda ou compra que incluam prestação oculta; emitir fatura ou duplicata que não corresponda à mercadoria mencionada; subordinar a venda de um produto à

compra simultânea de outros ou de uma quantidade imposta; sonegar documentos ou comprovantes para apuração do custo de produção e de venda; impedir ou dificultar exames contábeis que forem julgados necessários.

A simples enumeração convence, a nosso ver, de que em nada disso se cogita de segurança nacional. Trata-se de normas que integram a defesa da chamada economia popular e cuja tutela jurídica se projeta sobre a economia de indeterminado número de pessoas que consomem bens e utilidades e contratam serviços oferecidos ao público em geral.

Não se exclui que o abastecimento da cidade possa interessar à segurança nacional. Isso, todavia, ocorre em situações absolutamente excepcionais e de extrema gravidade. É o caso de estado de guerra ou de calamidade pública em que a ação envolve a *paralisação de serviços* de abastecimento da cidade. Tais situações podem conduzir a grave perturbação da ordem, praticada com o fim de atentar contra o governo. A simples paralisação de serviços de abastecimento da cidade, que a Lei n.º 1.802 contemplava no art. 13, é crime contra a ordem social e nada tem a ver com a segurança nacional.

É totalmente inaceitável o entendimento de que transgredir tabela de preços, deixar de fornecer nota fiscal ou deixar de afixar um tabelamento são fatos que atentam contra a segurança nacional.

Se não se trata de fatos contra a segurança nacional, se não se trata de fatos contra as instituições militares; se não se trata de fatos previstos na Lei 1.802, não havia como, através de lei ordinária, transferir o julgamento para a Justiça Militar.

A orientação ilegal do governo comprometia a Justiça Militar, que se pretendia pôr a serviço de política criminal intimidativa e completamente desorientada.

O Dec.-lei n.º 2, em seu art. 3.º, na primeira parte, por outro lado, ofendia

o princípio da reserva legal, pela imprecisão e indeterminação do que era proibido ("o não cumprimento das obrigações estabelecidas no art. 2.º e a oposição de quaisquer dificuldades ou embaraços à consecução dos objetivos do presente Dec.-lei"). Cf. sobre o ponto em questão, HELENO C. FRAGOSO, *O novo Direito Penal Tributário e Econômico*, *Rev. Bras. Crim. Dir. Penal*, n.º 12, pág. 81.

O epílogo dessa triste história é muito ilustrativo do que representa esse processo de fazer leis nos bastidores da República, segundo a regra *sic volo, sic jubeo*.

Com a decisão do STF, os crimes contra a economia popular passaram à jurisdição militar. O rigor excessivo das novas penas e as deficiências da Justiça Militar, que não fôra instituída para isso, comprometeram definitivamente a aplicação do Dec.-lei n.º 2. Não há juiz debaixo do sol que imponha a um comerciante que não afixa tabela de preços, recusa nota de venda ou aumente vinte ou trinta centavos no preço da carne, a pena de dois anos de reclusão. É antiga lição, que remonta a MONTESQUIEU, a de que a eficiência da repressão não depende da severidade das penas, mas sim da certeza de sua imposição. As penas evidentemente injustas e desproporcionadas à gravidade do malefício, não se aplicam.

Por outro lado, a estrutura e a organização da Justiça Militar não eram adequadas ao novo encargo. É o que assinalou o Presidente do STM, então o eminente Ministro DIOGO BORGES FORTES, em 24-5-66 (cf. *Rev. Bras. Crim. Dir. Penal*, n.º 14, pág. 187). Em todo o território nacional há apenas 19 Auditorias, localizadas quase todas no litoral, as quais deveriam atender aos 4.000 municípios que se espalham por todo o território nacional. Isso significava que um comerciante preso em Goiás deveria ser trazido a Juiz de Fora para o processo, e no Rio de Janeiro deveria ser feito o processo do fato ocorrido em Vitória.

Essa situação fez com o que STM concedesse uma infinidade de h.c. por excesso de prazo. Num só dia, o 29 de abril de 1966, havia na pauta 139 processos de h.c. em favor de comerciantes presos.

A mensagem do presidente do STM, inspirada no bom senso e na prudência, dava conta de uma situação insustentável. Não teve, no entanto, qualquer resultado, pois o governo não tomou qualquer providência.

Com a superveniência do Dec.-lei n.º 314, foi revogada expressamente a Lei 1.802 e seu art. 13. No STM, os Ministros PERY BEVILAQUA e RIBEIRO DA COSTA sempre entenderam que o Dec.-lei n.º 2 era inconstitucional e votavam reiteradamente nesse sentido. O mal estar dos juizes na Justiça Militar era evidente, pois não raro lhes vinha a julgamento casos ridículos. O grande Tribunal não se fez para julgar os casos de alhos e cebolas, como mais de uma vez os ministros repetiram. De certa feita, foi julgado h.c. em favor de um proprietário de um botequim que vendeu a um bêbedo um envelope de anti-ácido por preço acima da tabela.

Isso explica bem a repulsa que o STM manifestou quando foi promulgado o Dec.-lei 314, declarando unânime-mente que desapareceu o art. 13, da Lei 1.802 e que, portanto, o art. 3.º, do Dec.-lei n.º 2 ficara inaplicável. A vocação democrática dos juizes que compõem o STM revelou-se claramente nesse triste episódio da legislação revolucionária.

Observamos ainda que a advertência contida no voto do Ministro EVANDRO LINS E SILVA (que o Ministro CARLOS MEDEIROS qualificou de *terrorista*), foi mais que uma advertência, constituindo um verdadeiro vaticínio. Segurança Nacional foi o fundamento de que se serviu o governo para editar decretos-leis. Entre esses havia um sobre locação. Numerosos desses decretos-leis nada têm a ver com a segurança na-

cional e sua revisão (aliás, já iniciada pelo STF) será inevitável.

No julgamento do Rec. Extr. 62.739, o STF (pleno) declarou a inconstitucionalidade do art. 5.º, do Dec.-lei 322, de 7-4-67, que dispõe sobre a purgação da mora nas locações comerciais. Tal decreto-lei foi editado pelo Presidente da República, com base no art. 58, I, da Const. Federal, afirmando-se que a matéria se referia à segurança nacional. Não entendeu assim o STF, que decidiu: "O conceito de *segurança nacional* não é indefinido e vago, nem aberto àquele discricionarismo do Presidente ou do Congresso. Segurança nacional envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais ou imediatas ou ainda em estado potencial próximo ou remoto". "Os direitos e garantias individuais, o federalismo e outros alvos fundamentais da Constituição ficarão abalados nos alicerces e ruirão se admitirmos que representa *segurança nacional* toda matéria que o Presidente da República declara que o é, sem oposição do Congresso". Em seu voto excelente afirmou o ilustre relator, Ministro ALIOMAR BALEEIRO: "Segurança nacional, a meus olhos, não é o que o Presidente e o Congresso dizem que é, mas apenas o que se concilia com o que está expresso e implícito nos arts. 89-91, da Constituição sob a epígrafe "Da Segurança Nacional". E, por certo, purgação da mora em locações não residenciais não se harmoniza com o conceito de *segurança nacional*" (*Rev. Trim. Jurispr.*, 44/54).

No julgamento do Rec. Extr. 62.731, relator o eminente Ministro ALIOMAR BALEEIRO, atual presidente de nossa Corte Suprema, o conceito de Segurança Nacional voltou a ser examinado. Afirmou-se então que "o conceito de *segurança nacional* não é indefinido e vago, nem aberto àquele discricionari-

smo do Presidente ou do Congresso. "Segurança Nacional" envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, suas instituições e valores, materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial próximo ou remoto. Repugna à Constituição que, nesse conceito de "segurança nacional", seja incluído assunto miúdo de Direito Privado, que apenas joga com interesses também miúdos e privados de particulares, como a purgação da mora nas locações contratadas com negociantes como locatários. O Dec.-lei 322, de 7-4-67 afasta-se da Constituição quando sob color de *segurança nacional* regula matéria estranha ao conceito desta".

Em seu voto magnífico, o ilustre relator assinalou: "Mas o conceito de *segurança nacional*, a meu ver, não constitui algo indefinido, vago e plástico, algo que pode ser ou não ser, entregue ao discricionarismo do Presidente e do Congresso. Os direitos e garantias individuais, o federalismo e outros alvos fundamentais da Constituição ficarão abalados nos alicerces e ruirão se admitirmos que representa *segurança nacional* toda matéria que o Presidente da República declara que o é, sem oposição do Congresso. Querá crer que *segurança nacional* envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, paz e sobrevivência do país, suas instituições e valores materiais ou morais, contra ameaças externas e internas. Em duas palavras, — contra a guerra externa ou intestina, esteja ela travada e efetiva ou fermente ainda em estado potencial próximo ou remoto. Daí, admitir eu que o conceito de *segurança nacional* abranja medidas preventivas contra os lêvedos da ação armada ou da desordem, nesta época em que tanto se falou e fala-se em "5.ª Coluna", "guerra fria", "guerra revolucionária", "guerra psicológica",

etc. Não emito uma opinião pessoal: — infiro do que está nos arts. 89 a 91, da Constituição, encimado pela "Seção V, do Cap. I, do Tít. — *Da Segurança Nacional*". Nesses três dispositivos, está dito que as medidas permanentes de estudo e organização se referem à mobilização nacional e às operações militares, concessões de terras de fronteiras e lugares estratégicos, transporte e comunicações, pontes e indústrias direta ou indiretamente vinculados à defesa".

Parece-me, pois, que em matéria objetivamente definida na Constituição (arts. 89 a 91), não é constitucional interpretar-se a cláusula *segurança nacional*, do art. 58, I, como algo que o Presidente da República faz e o Congresso desfaz, ou que ambos podem fazer discricionariamente.

Já se disse que o Parlamento britânico pode tudo, menos transformar um homem em mulher ou mulher em homem. Mas num país de Constituição escrita e rígida não há o mesmo arbítrio. A lei, no Brasil, não pode transformar o quadrado no redondo, sempre que o redondo e quadrado tenham sido designados como tais na Constituição, expressa ou implicitamente".

Respondendo a uma ponderação do Ministro HERMES LIMA, acrescentou com precisão o Ministro BALEEIRO: "No art. 58, há um conceito de que é "segurança nacional", e de todas aquelas matérias que constituem a "segurança nacional". E o próprio bom senso está dizendo que só podem ser a paz, a segurança, o bem-estar, enfim, a preservação da incolumidade da Nação, quer quanto às ameaças externas, quer quanto às internas.

Mas, purgar mora de comerciantes, tenha paciência!

Por exclusão, podemos dizer o que é "segurança nacional". Vejamos o que não é segurança nacional: bola de futebol não é segurança nacional. Baton de moça não é segurança nacional, cigarro de maconha não é segurança nacional".

O ilustre Ministro ELY DA ROCHA salientou: "O voto do eminente relator é exaustivo, convincente, brilhante. Estou de acôrdo com S. Exa. Segurança nacional, certamente, não compreende relação de direito privado. Conceitua-se a segurança nacional, na Constituição, não só, na Seção que, dentro do Capítulo *Do Poder Executivo*, trata da *Segurança Nacional* — arts. 89-91 —, mas, ainda, no comêço da Constituição, quando, no Capítulo sôbre a *Competência da União*, a ela se refere o art. 8.º, inc. IV. Com êsse conceito genérico, contrasta o art. 5.º, do D-1 n.º 322. Poder-se-á discutir sôbre a extensão do conceito, mas, no caso, é evidente o excesso".

Observou, por seu turno, o eminente Ministro ADALÍCIO NOGUEIRA que "o conceito de segurança nacional, realmente, está definido na Constituição, expressa ou implicitamente, não nos sendo possível ampliar ou restringir êsse conceito, ao sabor de uma interpretação plástica".

O ilustre Ministro EVANDRO LINS E SILVA recordou, na oportunidade, o debate travado por ocasião do julgamento da constitucionalidade do Dec.-lei n.º 2, a que já aludimos, afirmando que sustentava, então, que se não podia ampliar conceitos, de modo a absorver a competência do Poder Legislativo. E acrescentou: "A meu ver, o eminente relator situou perfeitamente o problema. O conceito de segurança nacional é o gênero, que envolve duas espécies: a segurança externa e a segurança interna.

De segurança externa evidentemente não se cuida, porque ela compreende problemas de guerra externa, de defesa de território nacional, o que não está em causa. A segurança interna compreende a defesa das instituições políticas do país, de modo geral, isto é, o sistema de governo, os poderes da República, a Federação e tudo o mais que forma a estrutura do regime sob o qual vivemos.

A Constituição só autoriza o Presidente da República a expedir decre-

tos-leis quando se trata de segurança nacional ou de finanças públicas".

O eminente Ministro CÂNDIDO MOTA FILHO também observou: "Se considerarmos a segurança nacional no seu sentido mais amplo, dentro dessa discricionariedade de que aqui se falou, não haverá mais garantia nem para os direitos individuais, nem para os direitos sociais, nem para os direitos políticos. Acho mesmo que a Constituição distingue, nos seus termos, o que é ordem pública, o que é questão política, o que é ordem social, o que é ordem econômica, o que é direito individual. E, quando ela se refere à segurança nacional, está se referindo à manutenção da integridade política do povo, como Estado, e é por isso que ela ouve o Conselho de Segurança Nacional, como base, as suas decisões a respeito, bem como às Forças Armadas".

No mesmo sentido foi o pronunciamento do ilustre Ministro LUIZ GALLOTTI: "Entendo que, quando a Constituição usa a expressão *segurança nacional*, refere-se a um conceito fixado estabelecido na doutrina. É o que acontece também com "impôsto", "taxa", "crime político", "anistia", etc., como já tenho argumentado em outros casos. Se ao legislador ordinário fôsse livre subverter êsses conceitos, que a Constituição teve em mira, ruiria todo o sistema constitucional. O Congresso, em lei ordinária, não pode alterar o conceito de segurança nacional. Se pudesse, estaria modificando a própria Constituição que dispôs levando em conta tal conceito, e, obviamente, para ser respeitado.

Entendido amplamente, isto é, que o Congresso, sem limites, pode alargar o conceito de segurança nacional, então, poderia haver decretos-leis sôbre tudo, porque, remotamente, toda a ordem jurídica interessa à segurança nacional, e a limitação constitucional, da competência do Executivo para baixar decretos-leis, praticamente desaparecida". Veja-se essa decisão memorável na *Rev. Trim. Jurispr.*, vol. 45, página 559.

Nôvo Direito Penal

Sairam o segundo e o terceiro volumes do livro "NÔVO DIREITO PENAL" do professor Roberto Lyra, Ex-Ministro da Educação e Cultura e Membro da Côrte Permanente de Arbitragem de Haia.

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

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

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

Pedidos pelo Reembólso Postal a Borsoi & Cia. — Rua Francisco Manuel, 55 — Benfica — ZC-15 — Rio de Janeiro — GB.

Telefones: 248-8176 e 248-2834.