

REVISTA DE DIREITO PENAL

**ÓRGÃO OFICIAL DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS
PENAIAS DA FACULDADE DE DIREITO
CÂNDIDO MENDES**

Diretor: Prof. HELENO C. FRAGOSO

**Ns. 9/10
JANEIRO-JUNHO/1973**

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Faculdade de Direito Cândido Mendes
Rua Visconde de Pirajá, 351 — Ipanema
20000 — Rio de Janeiro, GB

HELENO CLAUDIO FRAGOSO (Diretor), ALEXANDRE G. GEDEY, EDERSON DE MELLO SERRA, GASTÃO MENESCAL CARNEIRO, HORTÊNCIO CATUNDA DE MEDEIROS, JOAQUIM DIDIER FILHO, NILO BATISTA (Secretário), OLÍMPIO PEREIRA DA SILVA, RAFAEL CIRIGLIANO FILHO, SÍLVIO AMORIM DE ARAÚJO, VIRGÍLIO LUIZ DONNICI

REVISTA DE DIREITO PENAL

Diretor: Prof. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO
Secretário: Prof. NILO BATISTA
Assistente: Prof.^a YOLANDA CATÃO

Toda correspondência referente à redação, inclusive remessa de originais, deve ser dirigida à rua Melvin Jones, 35, grupos 1101/4, Rio de Janeiro, ZC-00, GB.

Toda correspondência referente à administração, inclusive para compra de números atrasados, deve ser dirigida à Editora Revista dos Tribunais, rua Conde do Pinhal, 78, São Paulo, Capital.

SUMARIO

EDITORIAL	5
DOCTRINA	
L. H. C. Hulsman — Descriminalização	7
Heleno Cláudio Fragoso — Genocídio	27
Nilo Batista — Notas sobre deformidade permanente	37
COMENTÁRIOS E COMUNICAÇÕES	
Sérgio Demoro Hamilton — A adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada no anteprojeto do Código de Processo Penal	49
Laércio Pellegrino — Vitimologia	55
NOTAS E INFORMAÇÕES	
“Moção de Goiânia”	61
V Congresso Fluminense do Ministério Público	61
I Simpósio Internacional de Vitimologia	62
Colóquio Internacional sobre descriminalização	65
O menor anti-social e a cultura da violência	66
Debate sobre a incriminação do adultério	67
I Encontro Nacional de Magistrados	67
RESENHA BIBLIOGRÁFICA	69
JURISPRUDÊNCIA	
Apropriação indébita. Configuração	89
Assistente. Admissibilidade. Empresa em regime de liquidação extrajudicial. Diretores processados por crime contra a economia popular	89
Coisa julgada. Nulidade da segunda condenação	93
Delito de circulação. Direito de preferência	93
Desrespeito a superior. Crime militar que não pode ser praticado por civil	93

Entorpecente. Recurso "ex officio"	94
Exercício ilegal da arte dentária. Indispensável a habitualidade	95
Homicídio aleivoso. Surpresa. Necessidade de demonstração cabal de sua ocorrência	95
Homicídio qualificado. Motivo fútil e motivo torpe	96
Injúria verbal. Desnecessária a presença do ofendido	98
Júri. Nulidade ocorrida na sessão de julgamento	98
Oficiais e praças da Polícia Militar	99
Prescrição pela pena em concreto	101
Prisão em flagrante. Caracterização	102
Prova. Condenação exige certeza	102
Prova. Testemunho de ouvir dizer	103
Recurso. Sucumbência. Legitimidade do Ministério Público para recorrer de decisão que condena o réu. Pronúncia ..	105

LEIS E PROJETOS

<i>Lei n. 5.836, de 5 de dezembro de 1972 — Dispõe sobre o Conselho de Justificação</i>	107
<i>Decreto n. 71.500, de 5 de dezembro de 1972 — Dispõe sobre o Conselho de Disciplina e dá outras providências</i>	111
<i>Lei n. 5.941, de 22 de novembro de 1973 — Altera os arts. 408, 474, 594 e 596, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código do Processo Penal)</i>	115
<i>Lei n. 5.970, de 11 de dezembro de 1973 — Exclui da aplicação do disposto nos arts. 6.º, inciso I, 64 e 169, do Código do Processo Penal, os casos de acidente de trânsito, e dá outras providências</i>	116
<i>Lei n. 5.974, de 11 de dezembro de 1973 — Dispõe sobre a competência criminal para o processo e julgamento dos membros do Ministério Público da União</i>	117
<i>Decreto n. 73.288, de 11 de dezembro de 1973 — Concede indulto a sentenciados primários e dá outras providências</i>	117
<i>Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973 — Dispõe sobre o Estatuto do Índio</i>	118
<i>Decreto n. 73.332, de 19 de dezembro de 1973 — Define a estrutura do Departamento de Polícia Federal e dá outras providências</i>	120
<i>A Reforma da Legislação Penal (Projeto de lei n. 145-B/73)</i>	125

EDITORIAL

Prosseguindo no programa editorial traçado para esta nova fase, publicamos um segundo número duplo, a que deve seguir-se prontamente um terceiro, para que esta Revista seja posta em dia, passando à sua publicação trimestral regular.

Neste número incluímos magnífico trabalho do Professor L. H. C. Hulsman sobre descriminalização. Trata-se do relatório apresentado pelo eminente mestre ao Colóquio-Preparatório do XI Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Bellagio, em maio de 1973, com respeito ao primeiro tema do importante conclave, o mais sugestivo e criador de todos. Não há dúvida de que o Direito Penal de nosso tempo enfrenta grave crise, oriunda da falência dos meios clássicos de repressão penal, notadamente a pena privativa da liberdade, impondo-se revisão crítica de toda a teoria das consequências jurídicas do delito, para ajustá-la às exigências da política criminal. Nessa linha de idéias (novos métodos e meios), surge a necessidade de revisão dos critérios de criminalização, com um re-exame que, em última análise, toca os mais importantes problemas do Direito punitivo.

Na parte de doutrina aparecem ainda dois trabalhos. Um, do diretor desta revista, sobre Genocídio, matéria incluída no novo Código Penal e que deve passar a ser estudada, entre nós, numa perspectiva técnico-jurídica, abandonando-se o tom mais ou menos literário com que alguns estudos o abordam. Do Prof. Nilo Batista, publicamos, com o título modesto de Notas sobre deformidade permanente, seguríssimo estudo, que esgota o assunto.

Na seção de Comentários e Comunicações estão dois trabalhos. Do Dr. Sérgio Demoro Hamilton, que é, sem favor, um dos mais destacados membros do Ministério Público da Guanabara, sobre A adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada no anteprojeto de Código do Processo Penal, e do Dr. Laércio Pellegrino, sobre Vitimologia, em que se dá exata notícia do 1.º Simpósio Internacional de Vitimologia, realizado em Jerusalém, em setembro de 1973, cujas conclusões aparecem em outro ponto da presente edição.

Nas seções habituais, o leitor encontrará informações importantes, resenha bibliográfica e jurisprudência, no estilo informativo

e crítico, que adotamos. A resenha bibliográfica será grandemente desenvolvida em nossas próximas edições, com informação crítica completa sobre todas as publicações nacionais em nossa matéria.

Na parte de leis e projetos, convém assinalar a publicação, que iniciamos, de todos os materiais relativos à elaboração do novo Código Penal, nessa segunda e última (?) fase de sua preparação. São elementos extremamente importantes para o estudo da nova lei.

H. C. F.

DOCTRINA

DESCRIMINALIZAÇÃO *

L. H. C. HULSMAN

CAPÍTULO 1

INTRODUÇÃO

1.1. Generalidades

Entendo por “descriminalização” o ato e a atividade pelos quais um comportamento em relação ao qual o sistema punitivo tem competência para aplicar sanções é colocado fora da competência desse sistema. Assim, a descriminalização pode ser realizada através de um ato legislativo ou de ato interpretativo (do juiz).

A fim de permitir discussão proveitosa sobre o problema da descriminalização, é necessário colocar certas questões preliminares. Se estas questões não forem explicitadas — mesmo sumariamente — algumas divergências de ponto-de-vista podem dificultar inconsistentemente a discussão. Tentarei apresentá-las de maneira breve, na parte introdutória deste relatório.

A escolha do tema deste colóquio pressupõe um descontentamento com o funcionamento atual do sistema penal e a idéia de que uma descriminalização poderia melhorar o presente estado de coisas. No entanto, o grau de descontentamento e seu diagnóstico podem ser diferentes e essas diferenças podem influir fortemente na apreciação da descriminalização como terapêutica.

Entre as questões preliminares está a disponibilidade das alternativas a uma reação penal. Evidentemente, estes problemas não se colocam da mesma forma em todos os países do mundo. É impossível considerar todas estas diferenças no âmbito deste relatório.

* Relatório apresentado ao Colóquio realizado em Bellagio, em maio de 1973, preparatório ao XI Congresso Internacional de Direito Penal. Tradução de Yolanda Catão.

Coloquei o problema partindo da situação tal como ela se apresenta, na minha opinião, nas democracias ocidentais pluralistas e industrializadas e, mais particularmente, na Holanda, meu país de origem.

As características do sistema penal na Holanda são as seguintes.

O Ministério Público pode agir segundo o princípio da oportunidade; ele pode arquivar, sem seguimento, todos os casos penais para os quais ele julga esta solução preferível à ação penal. Os serviços de suspensão condicional da pena são independentes do Ministério da Justiça. Eles são bastante desenvolvidos e profissionalizados. Neste momento, o número de presos (aí compreendidos os sujeitos a detenção preventiva e a população dos hospitais para psicopatas) é de mais ou menos 3.300 para uma população de 13 milhões de pessoas. A duração das penas privativas de liberdade é relativamente breve. A criminalidade registrada consiste de 300.000 registros e delitos na área policial. Em mais de 3/4 destes casos, trata-se de crimes contra o patrimônio. Em 100.000 casos, o autor da infração é descoberto. Em 50.000, instaura-se processo nos tribunais.

Neste momento, o problema da descriminalização é também objeto de análise de uma subcomissão do Comitê Europeu para os problemas criminais do Conselho da Europa do qual faço parte. Na preparação deste relatório, utilizei largamente a contribuição que estes especialistas de diferentes países fizeram para os trabalhos dessa comissão. Menciono entre eles, D. CHAPMAN, W. MAIHOFFER, J. GRIFFITH e C. GUTTER.

1.2. Perspectivas sobre o Sistema Penal.

As pesquisas realizadas pelas ciências penais sobre o funcionamento do sistema penal mostraram que existe uma diferença considerável entre, de um lado, os objetivos que são atribuídos a este sistema e o funcionamento pressuposto na doutrina penal e, de outro, a realidade social deste funcionamento. Esta diferença se manifesta principalmente nos seguintes setores:

a) A diferença entre a *capacidade* do sistema e as *tarefas* que lhe são atribuídas. Esta diferença é de natureza qualitativa (aptidão das sanções penais para atingir o resultado pretendido) e quantitativa (zona negra).

b) Na perspectiva tradicional, o *controle do funcionamento do sistema* é, em primeiro lugar, efetuado pelo legislativo e pelo poder judiciário, que interpreta as disposições legais.

Em segundo lugar, este controle compete ao Ministério Público e ao Ministro da Justiça. Esta perspectiva não é confirmada pela pesquisa empírica. O desnível substancial entre a competência do

sistema (a totalidade do comportamento punível) e sua capacidade, traz como consequência o fato de que a seleção dos casos tratados pelo sistema se efetua principalmente na área policial. Assim, este serviço controla negativamente as atividades de todos os outros serviços (Ministério Público, juiz, serviços penitenciários) do sistema. O processo de seleção na área policial é essencialmente um processo espontâneo. Não existe escolha racional dos objetivos, das prioridades e dos meios utilizados e avaliação dos efeitos obtidos. Concluimos, então, que *o funcionamento atual do sistema penal é, em grande parte, não controlado e incontrolável.*

c) Já há muito se sabe que o funcionamento do sistema penal implica em *custos sociais consideráveis*. No entanto, a pesquisa empírica mostrou que os efeitos negativos do sistema penal foram geralmente subestimados. Estes efeitos negativos se manifestam tanto ao nível da sociedade quanto do indivíduo. Pode-se distinguir três categorias de efeitos negativos (custos sociais) a nível social:

1. Distorção de uma visão realista sobre o homem e a sociedade pela manutenção e criação do entendimento de que:

- uma solução satisfatória para os problemas sociais pode ser encontrada aplicando-se a abordagem estigmatizante que prevalece em geral no funcionamento do sistema penal.
- a solução de um problema social foi encontrada porque se tornou punível determinado comportamento, o que impede que se lance mão de outros meios.
- a criminalidade como tal é um dos problemas maiores na nossa sociedade, o que diminui a concessão de verbas para a solução de outros problemas.

2. Promoção de comportamento desviado secundário.

3. Colocação de obstáculo à assistência efetiva às vítimas de certas formas de criminalidade.

A nível individual, são freqüentemente subestimadas:

1. A duração e a intensidade dos efeitos adversos da estigmatização penal para o indivíduo e sua família. Bem freqüentemente eles se encontram em situação social difícil, de longa — e mesmo permanente, duração.

2. A influência negativa da intervenção penal sobre as circunstâncias adversas que podem estar na origem de um ato criminoso.

3. A diminuição da adaptabilidade do indivíduo que pode provocar a aplicação de certas sanções penais, principalmente as privativas de liberdade.

d) Geralmente subestima-se também a amplitude do funcionamento do sistema penal. Uma pesquisa recentemente realizada na Holanda, demonstrava que um homem em 5 era condenado por crime ou delito, pelo menos uma vez em sua vida, e que um homem em 10 era condenado a pena privativa de liberdade ao menos uma vez.

e) Os custos sociais do funcionamento do sistema penal são distribuídos desigualmente nas diferentes camadas da população. O peso recai sobretudo nas camadas mais frágeis e menos favorecidas. A pesquisa realizada na Holanda, mencionada acima, mostrava a seguinte distribuição entre as camadas "superiores" e "inferiores":

	Homens condenados ao menos uma vez por crime ou delito.	Homens condenados ao menos uma vez a pena privativa de liberdade.
Camadas superiores (15% da população)	1:33	1:70
Camadas inferiores (35% da população)	1:2,5	1:5

Pesquisas efetuadas sobre a distribuição da criminalidade não registrada, nas diversas camadas da população, mostraram que as diferenças a este respeito eram relativamente fracas comparadas com as diferenças existentes nos índices de condenação.

Com base na avaliação efetuada acima, pode-se tirar dois tipos de conclusão:

- Pode-se concluir que o sistema penal em sua forma atual está mal equipado para atender sua finalidade de contribuir para a solução de problemas sociais. Conseqüentemente, deve-se melhorar seu equipamento e rever a distribuição de suas tarefas. Nesta perspectiva, o objetivo principal consiste em adaptar o sistema penal a seu objetivo de *contribuir para a solução de problemas sociais*.
- Pode-se concluir que o sistema penal em sua forma atual aumenta consideravelmente a desigualdade existente e que o funcionamento deste sistema constitui um problema social em si mesmo. O objetivo principal de uma política de mudança será resolver o problema que o próprio sistema penal apresenta.

Qualquer dessas abordagens pode ser defendida. Muitas vezes, as medidas a serem tomadas segundo uma ou outra destas aborda-

gens, serão idênticas. No entanto, às vezes, haverá uma clara diferença na escolha a ser feita. Já que, naturalmente, o penalista se inclina para a primeira perspectiva, é importante insistir sobre a utilidade de examinar o problema de acordo com a segunda.

1.3. As terapêuticas e o lugar, entre elas, da descriminalização.

Se quisermos alterar a situação penal atual (segundo uma ou outra das duas perspectivas mencionadas acima) pode-se seguir as seguintes estratégias:

A primeira consiste em fazer modificações no *interior* do sistema penal. Não se atinge a competência deste sistema mas melhora-se seu equipamento e seu funcionamento. Estas modificações podem ter como objetivo, seja aperfeiçoar a eficiência do sistema no sentido de atender melhor suas finalidades (por exemplo, a prevenção), seja diminuir seus efeitos negativos (por exemplo, a estigmatização). A substituição das sanções privativas de liberdade por outras sanções que apresentam menos inconvenientes, o aperfeiçoamento do regime penitenciário, melhor seleção dos casos submetidos aos tribunais e daqueles classificados sem seguimento ou remetidos a outros sistemas; estes são exemplos de modificações fazendo parte da primeira estratégia.

A segunda estratégia consiste em *excluir certos tipos de comportamento da competência do sistema penal*. É a solução da descriminalização. Esta descriminalização pode-se efetuar em diferentes condições. É possível que a apreciação do comportamento tenha se modificado.

O que anteriormente julgava-se indesejável, julga-se agora "neutro" ou mesmo desejável. Um exemplo disto é o controle da natalidade em muitos países. É evidente que neste caso, a decisão de excluir da competência do sistema penal certos comportamentos não é complementada por outras medidas.

É também possível que a apreciação do comportamento não tenha mudado. Continua-se a considerá-lo indesejável. Neste caso há diversas possibilidades.

A primeira é que não se complemente a descriminalização com outras medidas. O reconhecimento de que a definição do comportamento como desviado pode freqüentemente agravar a situação e que os recursos disponíveis são sempre limitados, pode justificar muitas vezes a decisão de não fazer nada.

Uma outra possibilidade é que se apele a um ou mais sistemas. Estes sistemas podem ser "jurídicos". Assim, pode-se substituir o apelo ao sistema penal por um apelo ao sistema de direito civil. Os sistemas podem ter também caráter não jurídico, por exemplo, a assistência social ou serviços médicos.

Uma última possibilidade é que não se tente mudar o comportamento mas que se modifique o contexto no interior do qual o comportamento se situa. Assim, pode-se frequentemente tornar o comportamento inofensivo. Esta solução pedirá, muitas vezes, a utilização de meios colocados à nossa disposição pela tecnologia moderna. O aperfeiçoamento da segurança no tráfego e dos veículos é exemplo deste tipo de solução.

Pode-se esquematizar essas diversas possibilidades do seguinte modo.

A descriminalização é realizada por:

1. Mudança na apreciação de um comportamento — de indesejável a neutro ou desejável — sem utilizar outras medidas.
2. Apreciação do comportamento inalterada mas:
 - a) não se tomam outras medidas (não fazer nada);
 - b) recorre-se a outro sistema jurídico ou não jurídico; ou
 - c) modifica-se o meio e a situação objetiva pela tecnologia, através do controle dos resultados indesejáveis das ações ou evitando que elas ocorram.

Existe uma estreita relação entre as duas estratégias (a modificação do sistema penal e a descriminalização) no sentido de que um aperfeiçoamento substancial do sistema penal não é possível sem que uma grande operação de descriminalização seja efetuada. Esta operação é indispensável por duas razões. Primeiro, porque enquanto a diferença entre a quantidade dos casos confiados ao sistema e a capacidade do sistema persistir, a qualidade das intervenções do sistema não pode ser garantida; segundo, o sistema permanece cada vez mais incontrolável e sem controle. Nessas condições, uma melhoria profunda do sistema não pode ser alcançada.

1.4. Alguns aspectos do processo de (des)criminalização.

1.4.1. Ausência de critérios explícitos ou implícitos.

As decisões de criminalizar um comportamento competem ao legislador mas também ao juiz, na medida em que este último possui competência para interpretar as disposições legais e para apreciar os fatos da causa. Assim também acontece com as decisões de descriminalização. Até agora não existem critérios de criminalização explícitos; as ciências penais e o ensino destas ciências quase não deram atenção a este ponto.

Constatamos não somente a ausência de critérios de criminalização explícitos mas também a inexistência de outras garantias de ação lógica e coerente na estrutura do processo de criminalização.

O relatório de um grupo de trabalho da Universidade de Leyden que realizou um estudo sobre a motivação das sanções pelo legislador, apresenta claramente este problema na Holanda. A ausência de critérios explícitos e implícitos torna praticamente impossível a avaliação dos processos de criminalização e de suas repercussões sociais.

1.4.2. Fatores de criminalização.

Na ausência de critérios explícitos ou implícitos para as decisões de (des)criminalização e na impossibilidade de avaliar este processo, há uma tendência a aumentar sempre mais os limites do comportamento punível, sem que esta tendência possa ser justificada racionalmente. Diversos fatores influem neste processo. Alguns agem no sentido de estender o alcance do sistema penal, outros constituem obstáculo *contra* a redução de seu âmbito. Certos fatores se manifestam principalmente no processo legislativo, outros mais particularmente, na interpretação da lei através do juiz. Os principais fatores que agem no sentido de aumentar o domínio do sistema penal (sem justificativa racional) são os seguintes:

a) A imagem que o legislador e o juiz possuem sobre o sistema penal e de suas consequências sociais, está principalmente baseada em suposições implícitas na própria doutrina penal e não leva suficientemente em consideração as diferenças entre estas suposições e a realidade social desenvolvida acima (ver 1.2). Assim, a avaliação dos "custos e benefícios" é feita de maneira pouco realista, em favor da criminalização.

b) Quando se introduzem novas medidas legislativas, deve-se geralmente indicar os meios que serão utilizados para financiá-las. Esta exigência se aplica tanto às repartições ministeriais quanto às do parlamento e restringe consideravelmente sua liberdade de ação. O único setor em que essa exigência não se aplica é o penal. Pode-se criminalizar sem ter que pagar. Não existe nenhuma obrigação de votar *ao mesmo tempo* recursos adicionais eventualmente necessários aos serviços penais. Na medida em que as dificuldades orçamentárias se tornam mais graves, a pressão para maior criminalização se torna mais forte. Porque a criminalização permite adiar os custos.

c) Algumas situações sociais favorecem a ocorrência do comportamento definido como criminoso. Um exemplo é o auto-serviço nas grandes lojas. Aqueles que escolhem tais soluções transferem os custos da operação para o sistema penal e para os indivíduos que são o objeto de sua ação. O mesmo acontece se se pede a criminalização de novas formas de comportamento porque perturbam novos ordenamentos sociais (por exemplo, o tráfego motorizado). Este fenómeno é análogo ao que encontramos no campo da proteção ao meio, quando aquele que causa a poluição tenta transferir os custos desta poluição aos outros indivíduos e à sociedade na sua totalidade.

d) A criminalização pode ser utilizada pelo legislador como solução aparente. Frequentemente o legislador está sob a pressão da opinião pública ou de certos grupos para agir contra um fenômeno indesejável, sem que disponha de meios eficazes para fazê-lo, ou sem que esteja disposto a pagar o preço desta ação. Nestas condições, ele pode criminalizar para acalmar a opinião. Esta operação pode muitas vezes dar resultado, porque a imagem que prevalece na sociedade sobre o funcionamento do sistema penal, é pouco realista (ver *a* acima).

e) Em muitos setores da sociedade, há grupos que defendem zelosamente os interesses de seus membros e que podem exercer pressão bastante eficaz sobre o governo. Estes grupos não existem ou são muito fracos no campo que nos ocupa. Esta é ainda uma razão pela qual facilmente se recorre à solução de criminalização em vez de a outras soluções.

f) A criminalização pode ser um dos instrumentos na luta pela dominação entre os diversos grupos e classes da sociedade. A designação de certos aspectos do modo de vida de um grupo como criminosos exprime simbolicamente a superioridade do grupo (que criminaliza) sobre o outro grupo. A criminalização de certas formas de uso de drogas contém elementos desse processo.

1.4.3. Fatores que se opõem à redução do setor penal.

Enumeramos acima alguns fatores que tendem para a criminalização. Existem outros que se opõem à redução do sistema penal.

a) O primeiro é a capacidade restrita dos serviços legislativos. Eles não estão em condições de adaptar, com certa regularidade, as disposições legais às mudanças que ocorrem na sociedade e aos novos conhecimentos sobre o funcionamento real do sistema penal.

b) O segundo consiste na hesitação do juiz em aceitar a situação mencionada acima e de se encarregar desta tarefa de adaptação. Ele poderia fazê-lo na interpretação das incriminações e ampliando os princípios que permitem desculpar ou justificar uma ação.

c) Um terceiro fator consiste no receio de que a descriminalização provoque um aumento considerável do comportamento descriminalizado. Este receio não é confirmado pela pesquisa empírica.

d) O último fator é o receio de que a descriminalização destrua a fé no sistema penal porque ela poderia ser vista como uma confissão de que no passado este sistema teria sido usado sem justificação suficiente.

1.4.4. Conclusão:

O que se deve fazer para melhorar o processo de criminalização (e, ao mesmo tempo, o de descriminalização)? Primeiramente, for-

mular critérios explícitos de criminalização; depois, para as decisões na matéria, introduzir uma estrutura que garanta o respeito a estes critérios e contribua, além disso, para sua evolução. É nessa perspectiva que me proponho abordar o problema no capítulo 2.

Considero não ser necessário esperar que se termine e se verifique empiricamente o estudo da criminalização para se colocar em prática o processo de descriminalização. Seria pouco lógico exigir critérios mais estritos para as decisões que devem conduzir à supressão das disposições penais, que aqueles adotados no passado para as decisões de criminalização. Como o sistema penal implica no recurso ao constrangimento, que no sistema de valores de nossa sociedade deve ser considerado como medida excepcional, os dados apresentados para justificar a adoção e a manutenção das disposições penais deveriam satisfazer os mais severos critérios de admissibilidade.

CAPÍTULO 2

JURIDIFICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE (DES)CRIMINALIZAÇÃO

2.1. Introdução

2.1.1. Generalidades.

Os critérios de penalização só podem ser justificados racionalmente se se baseiam em objetivos bem definidos do sistema penal. Estes objetivos não podem ser arbitrários mas devem estar ligados a concepções claras sobre o funcionamento efetivo e potencial desse sistema e não podem ser contrários aos valores aceitos. Evidentemente não é possível aprofundar estas concepções e valores no quadro deste relatório. Impõe-se, no entanto, breve descrição do escopo do sistema penal. Clara distinção deve ser feita entre o escopo do sistema penal e o escopo da sanção, sendo o primeiro muito mais vasto.

Para descrever os objetivos do sistema penal, devemos operar em dois níveis de abstração diferentes. Em primeiro lugar, estes objetivos deverão ser formulados abstratamente, em número limitado de categorias e em alto grau de generalização. Cada vez que se tratar de questões concretas de criminalização, estes objetivos deverão ser formulados, no contexto dado, do modo mais concreto possível. Se este objetivo formulado concretamente, puder ser mantido depois de ter sido examinado de acordo com as possibilidades de realização prática, deverá também ser examinado sob o ângulo de sua compatibilidade com os objetivos "abstratos". Estes últimos objetivos — formulados em grau de abstração — não indicam de nenhum modo em que medida o sistema pode efetivamente realizá-los. Esta formulação simplesmente implica ser provável que o sistema possa, em certos casos, realizá-los e que a utilização do sistema para

realizar tais objetivos, nos casos em que isto for possível na prática — dentro dos limites a serem eventualmente determinados — é considerada como aceitável. Vista sob este ângulo, a formação dos objetivos, em nível elevado de abstração, apresenta interesse principalmente enquanto limitação dos subjetivos que podem ser procurados com a ajuda do sistema. Sua enumeração é, portanto, limitativa.

2.1.2. Os objetivos do sistema penal.

Na minha opinião, os objetivos que podemos considerar, na nossa sociedade, como aceitáveis para um sistema penal podem ser resumidos da seguinte maneira:

a) *Evolução do Direito*

Definir e desenvolver as regras de conduta fixadas pelo Estado (aí estando compreendidas as regras de conduta que não foram fixadas pelo Estado mas em cuja evolução, o Estado aceitou uma certa responsabilidade) e informar a sociedade a respeito das mesmas. Quase todas as regras de conduta formuladas pelo legislador devem ser interpretadas e desenvolvidas para poder funcionar validamente do ponto-de-vista social. É necessário, pois, que exista sempre um serviço encarregado dessa interpretação e desse desenvolvimento. O sistema penal dispõe para este fim de instituições (tribunais) e de procedimentos e pode recorrer aos meios através dos quais a comunidade pode ser informada (meios de comunicação de massa, Registros de Jurisprudência).

b) *Solução dos Conflitos*

Neste contexto utilizo “solução de conflitos” numa acepção larga, englobando o controle e a limitação de conflitos. Em um sistema penal, a solução de conflitos pode ser buscada de diversas maneiras, sendo a abordagem determinada pela natureza do conflito. Parece-me oportuno fazer aqui uma distinção entre duas formas de conflitos: os que são oriundos de um conflito de normas ou valores, e os que não o são.

Os conflitos que decorrem principalmente de diferenças claras nas concepções relativas às normas e aos valores, são abordados sobretudo no quadro do objetivo citado *sub a* (definir e desenvolver as regras de conduta em relação às quais o Estado aceitou certa responsabilidade). O controle de um conflito se realiza com o fato de que o julgamento sobre o caráter ilícito e punível implica uma decisão quanto à questão de saber quem está errado e quem tem razão no conflito. A decisão deste assunto pode constituir uma solução do conflito do momento em que as partes em questão reconhecem a competência do sistema. A possibilidade do sistema penal recorrer aos meios de cons-

trangimento pode, até certo grau, influenciar a disposição das partes em questão para que aceitem a competência do sistema penal. Definindo e desenvolvendo as regras de conduta, o sistema penal deverá se esforçar por criar um clima que evite e limite tanto quanto possível os conflitos sociais e individuais disfuncionais. Isto pode necessitar maior tolerância em relação às concepções “desviadas” e ao comportamento baseado nelas. Em consequência, o julgamento sobre a questão de saber quem tem razão e quem está errado em um conflito, não implica necessariamente um juízo sobre o fundamento dos valores e normas que ditaram um comportamento. Este juízo pode se limitar ao reconhecimento do direito de cada um de ter opiniões divergentes e de se comportar de acordo com elas.

Os conflitos que não provêm de diferenças explícitas a propósito de normas e valores, se subdividem em duas categorias: — os casos em que a solução do conflito pode ser facilitada pela indenização à vítima e/ou pela limitação das possibilidades de reincidência; — casos em que estas considerações não se aplicam.

Na primeira categoria, na medida em que se trata de limitar as possibilidades de reincidência, há uma justaposição sobre o objetivo que será discutido abaixo, isto é, a influência sobre o comportamento; deve-se então resolver o conflito de acordo com este objetivo. A indenização à vítima evidentemente só é uma tarefa primária do sistema penal se ela competir ao culpado. Os casos em que a indenização é assegurada por medidas “coletivas” e satisfatórias em favor da vítima, podem, então, neste contexto, não ser considerados. O mesmo acontece se a vítima pode obter uma indenização do culpado de maneira satisfatória, sem intervenção do sistema penal.

O papel (primário) do sistema penal se limita então aqui, aos casos em que não existem, ou não existem suficientemente, medidas coletivas em favor da vítima e em que o culpado não foi identificado ou, sendo conhecido, necessita certa pressão do juiz penal para satisfazer rápida e completamente sua obrigação de direito civil de proceder à indenização. Assim, este papel consiste em identificar o culpado e pressioná-lo.

Quais são agora as tarefas que o sistema penal pode ter que assumir nos conflitos da segunda categoria (onde ainda não se trata de influência sobre o comportamento e de indenização)? Trata-se de acontecimentos sentidos como chocantes por uma parte da população (aí compreendido, geralmente, o culpado).

Os casos de homicídio involuntário, principalmente nos acidentes de trânsito, são exemplos típicos. Quando se produzem tais eventos, uma reação institucionalizada pode ser necessária para limitar e canalizar as reações emocionais e restringir, dessa maneira, outros tipos de reação imprevistos, talvez agravando ainda mais o conflito.

Na ausência de outros meios de reação institucionalizada, um inquérito penal pode servir para limitar e controlar os conflitos. O fato de realizar um inquérito oficial pode ser mais importante que os próprios resultados desse inquérito ou da decisão a ser tomada com base nela. No entanto, em certos casos, o inquérito em si mesmo não será suficiente e será necessário, para resolver o conflito, examinar seus resultados durante uma audiência pública. Atingindo este estágio, o processo penal implica, por definição, um julgamento sobre o comportamento da pessoa considerada como indiciada. Somente se parecer que este comportamento contém elementos de conflito da primeira categoria (influência sobre o comportamento e/ou indenização), é que as sanções apropriadas poderão ser infligidas.

c) *Influência sobre o comportamento.*

Trata-se de influência exercida sobre o comportamento do homem, de modo que este respeite, tanto quanto possível, as regras de conduta previstas pelo direito penal. Há razões para se distinguir a influência especificamente dirigida para o comportamento do culpado (prevenção especial) da influência sobre o comportamento de terceiros (prevenção geral).

A ameaça de sanção inerente à criminalização é de caráter geral. O funcionamento do sistema penal tem sempre como referência, em primeiro lugar, um indivíduo determinado (o culpado). No entanto, da mesma forma, ele pode igualmente exercer um efeito indireto influenciando terceiros (por exemplo, grupos de pessoas aos quais pertence o culpado) e as estruturas sociais. Esta influência acontece porque os terceiros tomam conhecimento da atividade do sistema em relação ao culpado e porque o sistema penal remete o culpado a outros sistemas (serviços de assistência social e de saúde mental), que não somente se ocupam do indivíduo mas também se interessam por todo o seu meio social.

d) *Controle de certas formas de poder do Estado.*

O sistema penal limita os casos em que os poderes públicos podem exercer constrangimento como também os meios de coerção que eles podem aplicar. Os processos aos quais é submetida a aplicação dos meios de coerção (as sanções estão aí compreendidas), têm papel importante nesta limitação. Eles visam principalmente evitar, no momento da execução de medidas contra um indivíduo, que sejam ultrapassados os limites da proporcionalidade. Os processos prescritos (principalmente o processo contraditório) podem também promover melhor desenvolvimento do direito, levando mais em conta a realidade social. Desse modo, o sistema penal pode contribuir para "normalizar" o exercício do poder, garantindo assim as liberdades e direitos fundamentais do indivíduo.

2.1.3. O Sistema Penal e os outros sistemas jurídicos.

As possibilidades que um sistema penal tem de realizar os objetivos mencionados acima e os "custos" dessa realização, dependem principalmente do equipamento (qualitativo e quantitativo), das tarefas concretas do sistema assim como das concepções existentes tanto no interior quanto no exterior do sistema, a propósito de suas atividades. Os objetivos citados acima não são peculiares ao sistema penal mas também se aplicam a outros sistemas jurídicos como o direito civil e o direito administrativo. Em determinado caso concreto, poderíamos nos perguntar, desde logo, se estes objetivos não podem ser (igualmente) atingidos a partir destes sistemas jurídicos. O equipamento desses sistemas e as concepções sobre suas atividades (ausências de efeito estigmatizante na maioria das decisões de direito civil) são diferentes dos que apresenta o sistema penal, as possibilidades desses sistemas de realizarem estes objetivos, em certos casos concretos, assim como o custo desta realização, diferem também das possibilidades e custos inerentes ao sistema penal.

As considerações desenvolvidas acima, sobre os objetivos dos sistemas jurídicos, se aplicam aos objetivos destes sistemas na sua totalidade. Pode-se imaginar que o problema desses objetivos se ponha diversamente em determinado setor (ou em fase determinada) de um mesmo sistema. Assim, nas causas cíveis, a solução do conflito será o objetivo primeiro, para o advogado ou o juiz, não havendo qualquer objetivo de prevenção especial ou geral no momento em que a decisão concreta é proferida. Todavia, isto não impede que possamos considerar a influência sobre o comportamento como um dos objetivos do sistema civil na sua totalidade. Na decisão de confiar, ou não, certas questões a um sistema jurídico, os responsáveis não devem levar em consideração os objetivos tais como eles se apresentam no interior de tal ou qual setor de um mesmo sistema, mas sim, os objetivos que defluem do funcionamento do sistema visto como um todo e no seu contexto social.

2.2. Os princípios que regem a decisão de (des)criminalizar.

Se quisermos abordar, racionalmente, a questão de saber se um comportamento determinado deve ser punível (ou se um comportamento que é punível deve continuar sendo), devemos distinguir três questões que examinaremos separadamente.

1 — Em primeiro lugar, é necessário determinar que comportamento nos parece desejável ou não desejável e quais as competências de apreciação que queremos reconhecer ao Estado, em um campo determinado. Este problema não é de natureza especificamente penal. As questões seguintes (2 e 3) só se colocam se a da inadmis-

sibilidade do comportamento e a da competência do Estado receberam resposta afirmativa. É de se admirar como se discute pouco sobre os poderes do Estado no contexto da criminalização. No entanto, a filosofia predominante na nossa sociedade rejeita claramente o Estado totalitário e a Convenção Européia dos Direitos do Homem reconhece expressamente a liberdade de consciência do cidadão na qual o Estado não pode interferir. Criminalizar um comportamento é colocar este comportamento na esfera de influência do Estado e reconhecer que o Estado é competente na matéria. Quando se aceita considerar o uso da droga como infração porque ele compromete a saúde do usuário, reconhece-se, em princípio que o Estado tem direito a exigir do cidadão que ele viva da maneira mais sã possível e de proibir-lhe o que é ruim para sua saúde, como comer muito, alimentar-se com muita gordura, ou dormir pouco (ou muito). Além disso, não nos damos conta, suficientemente, quando reconhecemos a competência do Estado nesta matéria, a quem se está transferindo, na realidade, o direito de decidir. Admite-se, muitas vezes, que esta autoridade provém “da maioria da população” ou dos deputados — que são os representantes dessa maioria. Mas, em realidade, a influência da sociedade em seu conjunto e da representação popular sobre a criminalização de um comportamento é extremamente fraca. Em verdade, são as organizações funcionando segundo o modelo burocrático, como o Ministério da Justiça, a polícia e, em certa medida, também o Ministério Público, que exercem a maior influência.

2 — Em segundo lugar, é conveniente examinar quais são as vantagens e os custos (sociais) de uma ação penal em relação a um tipo determinado de comportamento. Esta questão, assim como a seguinte, requer conhecimentos especiais dos sistemas penais. Entre as vantagens, conta-se não apenas as possibilidades de influenciar o comportamento e resolver os conflitos mas também as possibilidades que oferece o sistema penal, no âmbito da proteção jurídica e do desenvolvimento do direito. Em relação aos custos, deve-se levar em conta não somente o dano que o sistema acarreta para o indivíduo condenado e aos que lhe são próximos, mas também os danos mais difusos que ele pode causar à saúde mental em geral. Com referência à esta questão, deve-se igualmente examinar em que medida os objetivos visados pela outorga de um mandato ao sistema penal podem também ser atingidos por outros sistemas jurídicos e não jurídicos e quais seriam as vantagens e os custos disto. Em seguida, devemos comparar os resultados dessa avaliação sobre as vantagens e os custos com os que proporciona o sistema penal. Com base nos dados obtidos nesta comparação, poder-se-á decidir eventualmente confiar o caso a outro sistema que não seja o sistema penal, ou decidir não se fazer nada. Apenas se houver um saldo positivo em favor do sistema penal (saldo que deverá ser também o

mais favorável em relação aos outros sistemas), examinaremos a terceira questão.

3 — A terceira questão se refere à capacidade total do sistema penal considerando seu equipamento em um momento determinado. É lógico que quando o sistema está sobrecarregado, a qualidade do produto fornecido diminui. As vantagens consideradas (por exemplo, as possibilidades de proteção jurídica) diminuem e pode mesmo acontecer que os custos aumentem. Por outro lado, tarefas suplementares — ultrapassando a capacidade do sistema — podem acarretar uma diminuição da qualidade de outras tarefas assumidas até aquele momento pelo sistema. Conseqüentemente deve-se evitar sobrecarregar o sistema e fixar um limite claro para as tarefas que lhe podem ser confiadas. Praticamente, este limite nunca foi considerado por ocasião da criminalização.

Esta avaliação dos custos e vantagens que defendi acima, apresenta grandes dificuldades, considerando o grau atual de nossos conhecimentos. Um grande número de fatores de custo e vantagem são extremamente difíceis de serem quantificados. Mas isto não é motivo para não fazer uma análise exata e uma comparação tão precisa quanto possível dos fatores relacionados. É o único método aceitável que podemos utilizar, método que, a longo prazo, tornará o problema cada vez mais claro.

2.3. *Crítérios explícitos de penalização.*

2.3.1. *Introdução:*

O sistema de apreciação das questões de “criminalização” e de “descriminalização”, apresentado no item 2.2, deve ser concretizado e tornado operacional para que possa ter influência prática sobre a ação do legislador e do juiz. Devemos elaborar, com base em nossas concepções sobre os limites da tarefa do Estado e de nossos conhecimentos gerais dos custos e vantagens do sistema penal, um determinado número de pontos os quais o legislador e o juiz poderão ter como referência, pontos que chamarei de critérios daqui por diante.

No momento, é impossível apresentar um conjunto coerente de diretivas indicando quando um fato deve ser considerado infração. No entanto, é possível indicar certo número de casos nos quais a criminalização deve estar absolutamente excluída e assinalar casos em que ela acarreta custos particularmente elevados. Podemos assim elaborar uma lista de critérios negativos de criminalização. Pode-se fazer uma distinção entre os critérios absolutos e os critérios relativos.

Entendo por critérios absolutos, critérios em virtude dos quais, na nossa época e considerando o desenvolvimento da nossa sociedade,

a criminalização deve ser excluída. Quando se apresenta uma situação correspondente a este tipo de critério, deve-se renunciar a criminalizar um comportamento.

Os critérios relativos, pelo contrário, indicam a zona perigosa. Quando se apresenta uma das circunstâncias descritas como critério relativo, a questão de saber se se deve "penalizar ou não" ainda não está resolvida. A primeira vista, a criminalização parece contra-indicada, se bem que uma comparação mais profunda entre as vantagens e custos, vista no item 2.2, pode conduzir a outra conclusão. A medida que maior número de critérios relativos são aplicados, os custos aumentam e torna-se cada vez mais improvável que os resultados desta comparação tendam a favor da criminalização.

Os critérios negativos absolutos e relativos se apresentam dentro do quadro indicado nos itens 2.1 e 2.2. Em consequência, só se pode considerar como vantagem da criminalização, as circunstâncias que podem ser classificadas entre os objetivos descritos no item 2.2.

2.3.2. Critérios Absolutos.

Distingo quatro critérios absolutos:

a) *A penalização não deve jamais fundar-se exclusivamente no desejo de tornar dominante determinada concepção moral a propósito de determinado comportamento.*

A interdição de criminalizar um comportamento, formulada dentro deste critério, se aproxima da idéia freqüentemente enunciada na literatura anglo-saxônica, segundo a qual, a condição *sine qua non* para criminalizar um comportamento deve ser sua nocividade ou o perigo que ele representa. No entanto, o critério da nocividade ou do perigo é difícil de ser aplicado porque cada comportamento, qualquer que ele seja, contém, em certa medida, elementos de nocividade ou de perigo.

O critério que acabei de formular, pode também trazer dificuldades. Muitas vezes, será difícil descobrir o motivo *real* de um desejo de criminalização, motivo freqüentemente encoberto por muitas racionalizações. A utilidade de expressões tais como: "isto pede um castigo", "é condenável", pode indicar que se trata de uma situação à qual se aplica este critério. Em geral, a aplicabilidade do critério será evidente quando se tratar de questão que é objeto de "debate moral" em diferentes grupos da comunidade e que não é possível objetivar no contexto cultural comum, concepções divergentes em termos de bem-estar do indivíduo ou da sociedade. O direito penal, até o momento, tem sido utilizado em larga escala, para resolver problemas morais. Mas ele não é instrumento apropriado para isto, considerando os custos elevados e o papel limitado que é conveniente atribuir ao Estado neste setor. Certamente, a sociedade necessita de instituições no interior das quais possa ser realizado um debate

moral. Tais instituições existem sob diversas formas: partidos políticos, igrejas e, mais recentemente, o quadro dos meios de comunicação de massa.

b) *A penalização não deve jamais ter como primeiro objetivo a criação de um sistema visando ajudar ou tratar um delinqüente (em potencial) no seu próprio interesse.*

Por causa do efeito estigmatizante das sanções, o sistema penal deve ser considerado como não apropriado, para esta tarefa. Além disso, a crescente atividade de todos os tipos de organização de assistência, em nossa sociedade, torna cada vez mais claro que, no passado, as possibilidades de convencer pessoas precisando de ajuda a aceitá-la, sem a aplicação de medidas penais ou coercitivas, foram sempre fortemente subestimadas. O desejo de ajudar o delinqüente, em muitos casos apresentado como motivo de ação penal é, freqüentemente, uma racionalização encobrindo considerações de ordem moral (ver ponto a).

c) *Não deve haver nunca criminalização quando isto acarretar sobrecarga para a capacidade do sistema.*

Verifica-se uma sobrecarga para a capacidade quando se atinge um grau insuficiente na pesquisa das infrações ou na qualidade da administração da justiça e da execução das penas.

d) *A criminalização não deve servir para encobrir aparente solução do problema.*

Trata-se de aparente solução quando, mesmo na ausência de uma alternativa aceitável, apela-se para o sistema penal se bem que este não atinja também uma solução aceitável do problema.

2.3.3. Os Critérios Relativos.

A presença de cada uma das circunstâncias citadas abaixo deve ser considerada como contra-indicação para a criminalização:

a) se se trata de comportamento que aparece principalmente em grupos socialmente fracos ou, em grupos que são objeto de discriminação ou que correm grandes riscos de serem discriminados;

b) se se trata de comportamento do qual, por definição, a polícia não tem conhecimento através de queixa ou denúncia mas apenas depois de pesquisa ativa;

c) se se trata de comportamento muito freqüente;

d) se se trata de comportamento próprio a número muito grande de pessoas;

e) se se trata de comportamento que só se encontra geralmente em situações de miséria psíquica ou moral;

f) se se trata de comportamento difícil de definir com precisão;

g) se se trata de comportamento que o indivíduo adota principalmente na esfera privada;

h) se se trata de comportamento que um grupo considerável da população considera, com toda a sinceridade, como admissível.

Seria ir muito longe, no quadro deste relatório, apresentar, com base nos dados empíricos e em relação aos objetivos desenvolvidos no item 2.2, justificativa de cada um dos critérios enumerados.

2.4. *Estrutura da tomada de decisões nas questões relativas à criminalização e à descriminalização.*

Constatamos no capítulo precedente (cap. 1) que a estrutura atual do processo de criminalização não oferece qualquer garantia de ação lógica e coerente por ocasião da criminalização, nem de aplicação de normas racionais como aquelas expostas no item 2.2. O legislador poderia remediar esta situação, de modo relativamente simples, e em tempo relativamente curto, através das seguintes medidas:

a) Obrigação para o governo de aguardar o parecer de uma comissão governamental, antes de introduzir proposições e tomar as decisões de criminalização. Esta comissão deveria ter uma composição multidisciplinar e suas deliberações deveriam ser públicas.

b) Obrigação de completar as proposições e decisões vistas em a com uma estimativa da frequência do comportamento, o trabalho de pesquisa exigido e outras atividades que a criminalização acarreta para o sistema. Neste relatório deve-se responder à pergunta se o sistema com seu equipamento atual pode desempenhar as tarefas consideradas e — se não — que mudança no equipamento do sistema deve ser proposta. A exatidão destas estimativas deve ser controlada regularmente.

c) Criação, no parlamento, de uma única comissão encarregada do exame de todas as propostas de criminalização.

CAPÍTULO 3

SETORES QUE SE PRESTAM À DESCRIMINALIZAÇÃO

3.1. *Introdução:*

Quando se pergunta em que setores o processo de descriminalização deveria incidir, é importante dividi-los em duas grandes categorias:

a) Setores que se encontram nos extremos da atividade do sistema penal.

b) Setores que se encontram ao centro de sua atividade.

Uma descriminalização que se limite aos setores que se enquadram na categoria do item a, é certamente útil e apresenta, sem dúvida, vantagens não desprezíveis. No entanto, ela pode apenas provocar melhorias marginais, na situação atual. Eis por que, na minha opinião, é essencial que se concentre o esforço de descriminalização em primeiro lugar, na categoria b e, principalmente, na criminalidade contra o patrimônio que constitui o verdadeiro núcleo das atividades penais. Aqui encontramos a principal fonte da distribuição desigual dos custos sociais do funcionamento do sistema penal, nas diversas camadas da população.

3.2. *Setores que pertencem à categoria a.*

Um primeiro setor atinge principalmente as *normas morais*. A reorientação nesta esfera provém, de um lado, de uma modificação destas normas, e, de outro, dos nossos novos conhecimentos sobre o impacto do sistema penal neste setor. Entre estas normas, pode-se citar as que se referem às seguintes ações:

- a) blasfêmia
- b) adultério
- c) incesto
- d) homossexualismo
- e) sodomia
- f) pornografia
- g) prostituição
- h) aborto
- i) esterilização
- j) relações sexuais entre e com menores.

Um segundo setor abrange a evolução jurídica no que concerne às *normas sociais*, conduzindo a uma reavaliação dos comportamentos antes considerados como *anti-sociais* e, por isto, criminalizados. Trata-se dos seguintes comportamentos:

- a) mendicância
- b) vadiagem
- c) vadiagem na cidade
- d) inobservância da obrigação de pagar pensão alimentícia
- e) toxicomania.

Um terceiro setor abrange as novas normas (legais) destinadas a regular a atividade econômica e o tráfego (motorizado) nas nossas sociedades industrializadas.

3.3. Setores que pertencem à categoria b.

Nesta categoria, trata-se principalmente, de atos pertinentes à criminalidade contra o patrimônio. Pode-se distinguir, de um lado, entre as infrações menores contra a propriedade, e, de outro, as infrações que não são menores mas que constituem uma transferência importante dos custos sociais de certo arranjo social, pelo beneficiário deste arranjo, para a sociedade ou para outros indivíduos. São exemplos da primeira categoria (infrações menores) os seguintes:

- a) furtos de mercadoria exposta
- b) furtos cometidos por empregados nas lojas
- c) furtos cometidos por operários nas usinas
- d) pequenos furtos em geral.

Como exemplo da segunda categoria, podemos citar:

- furto de carros cujos proprietários não atendem a certas regras mínimas no que concerne à proteção contra o furto;
- assalto a bancos e instituições similares que não respondem às regras mínimas de segurança a que acima aludimos;
- roubo de transportes de dinheiro que não atendem às regras mínimas de segurança.

GENOCÍDIO

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO

Antecedentes e generalidades. O crime de genocídio surgiu com as atrocidades inomináveis praticadas pelos nazistas, durante a Segunda Guerra, particularmente contra os judeus, submetidos a sistemático extermínio. As potências aliadas, já em data anterior à terminação do conflito, manifestaram o seu repúdio à “violação dos direitos humanos mais elementares”, através de atos que a ação militar não fazia necessários, anunciando, na célebre Advertência Tripartite, de 24 de abril de 1945, a punição das atrocidades praticadas contra a população civil, como um dos objetivos confessados da próxima paz, mesmo que os culpados se achassem “nos confins da terra”.¹

Em 8 de agosto de 1945, os aliados aprovaram, em Londres, os estatutos da constituição do Tribunal Militar Internacional que, com a participação dos Estados Unidos, da Inglaterra, da União Soviética e da França, passou a funcionar em Nuremberg. Em seu art. 6.º, fixando as regras da jurisdição e os princípios gerais a que deveria obedecer o tribunal, os estatutos de Londres definem três categorias de infrações penais: crimes contra a paz; crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Crimes contra a paz eram: o planejamento, a preparação, a iniciação ou a execução de guerra de agressão ou de guerra que violasse tratados internacionais, acordos, seguranças, ou a participação em plano comum ou em conspiração para executar qualquer de tais atos.

Crimes de guerra seriam: violação das leis ou dos costumes da guerra. Tais violações incluíam assassinatos, maus-tratos, deportação para trabalhos forçados ou para qualquer outro fim de populações civis dos territórios ocupados ou que neles se encontrassem; assassinatos ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou de pessoas nos mares; execução de reféns, despojamento da propriedade pública

1. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, 1955, I, 613.

ou privada; injustificável destruição de cidades, povos e aldeias; devastação não justificada por necessidades militares.

Finalmente, os crimes contra a humanidade seriam: assassinatos, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, em execução ou em conexão com qualquer crime da jurisdição do tribunal, constituíssem, ou não, violação da legislação interna do país em que tivessem sido perpetrados.²

No art. 8.º, o estatuto estabelecia que o fato de ter sido o crime praticado em obediência hierárquica ou no cumprimento de ordens do governo, não eximiria de pena, podendo apenas constituir atenuante. No art. 9.º permitia a acusação a grupos ou organizações.³

O Tribunal de Nuremberg suscitou graves reservas e sérias críticas, pela violação evidente, que representava, de princípios jurídicos fundamentais na justiça penal.⁴ É inegável, no entanto, que os julgamentos de Nuremberg permitiram a fixação, no plano do direito penal internacional, de princípios extremamente importantes, entre os quais, o do caráter criminoso da guerra de agressão e o da responsabilidade penal do indivíduo no plano do Direito Internacional.⁵

Em 1947, foi realizada em Bruxelas a VII Conferência para a Unificação do Direito Penal, tendo por fim a definição do crime contra a humanidade. Esse conclave reuniu todos os grandes especialistas na matéria. Concluiu que a repressão do delito deve ser organizada só em plano internacional e assegurada por uma jurisdição penal internacional, quando os culpados forem governantes, órgãos ou indivíduos protegidos pelo Estado, bem como na falta de repressão de natureza penal, no plano interno. A resolução final do conclave também se pronuncia no sentido de que o crime contra a Humanidade seja erigido em delito *sui generis*, de direito comum,

2. O texto integral do estatuto acha-se em ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, 1950, II, n. 891.

3. Dentre os vários grupos ou organizações acusados, foram declarados culpados a SS (*Schutzstaffeln*) e sua subsidiária SD (*Sicherheitsdienst*); a Gestapo e o corpo de liderança do partido nazista (*Korps der Politischen Leiter*) Cf. GERHARD RAUSCHENBACH, *Der Nürnberger Prozess gegen die Organisationen*, 1954 82 ss.

4. Cf. ASÚA, *Tratado*, II, 999 e a bibliografia ali citada, e também VI, 853.

5. Cf. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, I, 429. Para o direito que ficou de Nuremberg, cf. QUINCY WRIGHT, *The Law of the Nuremberg Trials*, *American J. of Int. Law*, 1947, vol. 41/1, também publicado no volume GERHARD O. W. MUELLER — E. M. WISE, *International Criminal Law*, 1965, 239. A jurisprudência, de Nuremberg foi elevada à categoria de princípio geral de direito pela Assembleia Geral da ONU, em 11 de dezembro de 1946.

e incluído no Código Penal Internacional, devendo também ser incluída em todos os estatutos repressivos nacionais, desde já e em forma mínima, uma disposição que se refira aos fatos previstos no texto seguinte: constitui crime contra a Humanidade e deve ser reprimido como assassinato, todo homicídio ou ato capaz de causar a morte, cometido em tempo de guerra ou de paz, contra indivíduos ou grupos humanos, em razão de sua raça, de sua nacionalidade, de sua religião ou de suas opiniões.

A expressão *genocídio* foi inventada em 1944 por LEMKIN, professor polonês, radicado nos Estados Unidos, que, em sua comunicação à Conferência de Bruxelas, assim o definiu: “O crime de genocídio é um crime especial, consistente em destruir intencionalmente grupos humanos, raciais, religiosos ou nacionais, e, como o homicídio singular, pode ser cometido tanto em tempo de paz como em tempo de guerra. Em território ocupado pelo inimigo e em tempo de guerra, será crime de guerra, e se na mesma ocasião se comete contra os próprios súditos, crimes contra a Humanidade. O crime de genocídio acha-se composto por vários atos subordinados todos ao dolo específico de destruir um grupo humano”.⁶

O projeto de convenção da ONU reprimindo o genocídio, foi redigido pelo próprio LEMKIN, em comissão integrada por VESPASIANO PELLA e DONNEDIEU DE VABRES, presidida por MAKTO.⁷ A convenção foi aprovada em Paris, em 9 de dezembro de 1948, tendo entrado em vigor em 12 de janeiro de 1951, após ter sido ratificada por 22 países.

A Convenção declara que o genocídio, seja em tempo de paz ou em tempo de guerra, é crime do Direito das Gentes (art. 1.º). O art. 3.º dispõe: “Na presente convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.”

Declara o art. 3.º puníveis: o genocídio; a associação de pessoas para cometer o genocídio; a incitação direta e pública a cometer o genocídio; a tentativa de genocídio; a co-autoria no genocídio.

O projeto da Convenção previa três espécies do crime. O genocídio físico (assassinato e atos que causem a morte); o genocídio biológico (esterilização, separação de membros do grupo) e o geno-

6. *Actes de la Conférence*, Paris, 1947, 174.

7. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, I, 628.

cídio *cultural* (atentados contra o direito ao uso da própria língua; destruição de monumentos e instituições de Arte, História ou Ciência). Esta última categoria, no entanto, foi abandonada no texto definitivo. Neste também não se incluem os grupos *políticos* (juntamente aos grupos nacionais, étnicos, raciais e religiosos), na enumeração constante do art. 2.º. Como bem esclarece QUINTANO RIPOLLÉS, o genocídio, tanto por sua etimologia, como na mente de seu primeiro definidor, teve e tem conteúdo circunscrito ao racial, unicamente extensível, por analogia, a outros terrenos, com o risco de perder virtualidade, ao fazê-lo em forma desmedida.⁸

A convenção excluiu a responsabilidade das pessoas jurídicas (aliás, por estreita margem), omitindo, também, qualquer dispositivo sobre a irrelevância da obediência hierárquica, no que, a nosso ver, andou bem. As pessoas jurídicas não podem ser aplicadas penas criminais e não são elas capazes de culpabilidade. A obediência não pode deixar de ser juridicamente relevante, se ocorrem os seus pressupostos legais.

O mais grave defeito da convenção foi o de não ter estabelecido a jurisdição internacional para o julgamento desses crimes, com a criação de um tribunal internacional permanente. Sem a criação de uma corte dessa natureza, a punição dos governantes será sempre quimérica. O art. 6.º estabelece que "as pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no art. 3.º serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido, ou pela Corte Penal Internacional competente, com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição".⁹

O Brasil ratificou a convenção em 15 de abril de 1952, tendo ela sido promulgada através do Decreto n. 30.822, de 6.5.1952.

Dando cumprimento às responsabilidades assumidas no documento por nosso país, foi promulgada em 1.º.10.1956, a Lei n. 2.889, definindo e punindo o crime de genocídio. Essa lei altamente defeituosa reproduz, em seu art. 1.º, as cinco hipóteses de ação delituosa prevista no art. 2.º da convenção. Ao invés de cominar penas determinadas, manda a lei aplicar às diversas figuras de delito, respectivamente, as penas previstas nos arts. 121, § 2.º, 129, § 2.º, 270, 125 e 148 do CP. Pune também a associação para a prática do delito,

8. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, I, 632.

9. Sobre as marchas e contramarchas nos trabalhos da ONU relativos à criação da corte internacional, cf. H. H. JESCHECK, *Estado atual e perspectivas futuras do Direito Penal Internacional*, *Revista Bras. Crim. Dir. Penal*, n. 10 (1965), 53 ss.; J. B. HERZOG, *A Justiça Penal Internacional, vinte anos após Nuremberg*, *Rev. Bras. Crim. Dir. Penal*, n. 14 (1966), 46 ss. O projeto de estatuto de uma corte internacional, apresentado à Assembléia Geral da ONU em 1953, está publicado no volume MUELLER-WISE, *International Criminal Law*, cit., 513 ss.

com pena gravíssima, bem como a incitação direta e pública, a cometer qualquer dos crimes previstos no art. 1.º.

Alguns Códigos Penais introduziram disposições sobre genocídio. Assim, os CP da Checoslováquia, de 1950 (§§ 116 a 119), e o da Iugoslávia, de 1952 (art. 124), subordinando-os aos títulos de *atentado contra grupos de povos e ações puníveis contra a humanidade e o direito das gentes*. Ao CP alemão foi incorporado um § 220 a, relativo ao genocídio (*Völkermord*) em 1954, no capítulo dos crimes contra a vida, onde a doutrina uniformemente o considera um *corpo estranho*.¹⁰ O projeto do CP alemão de 1962 prevê o genocídio em título especial: Crimes contra a comunidade dos povos (*Straftaten gegen die Volkergemeinschaft*).

O novo CP de El Salvador, em vigor desde 1.º de janeiro de 1974, prevê o genocídio (art. 486), impropriamente, num capítulo que trata dos *Delitos contra a Paz Internacional*, e que se classifica entre os *Delitos de Transcendência Internacional*.

Não nos parece feliz a introdução no CP de disposições sobre o genocídio, particularmente entre os crimes contra a vida. Nesse sentido, tivemos oportunidade de nos manifestar, em crítica ao anteprojeto,¹¹ salientando que o que caracteriza o genocídio é, precisamente, a sua projeção no campo internacional e sua transcendência ao simples quadro do homicídio, como crime contra a pessoa. Entendíamos que a natureza desses delitos claramente desaconselhava que o novo CP deles se ocupasse, e sugeríamos que o art. 128 do anteprojeto fosse suprimido.

A criação de um capítulo especial para o genocídio terá ocorrido ao eminente autor do anteprojeto em face da previsão pelo projeto SOLER, do ódio racial como qualificação do homicídio (art. 111, inciso 4.º). O próprio SOLER, em anotação a este artigo, faz remissão à convenção sobre genocídio, bem como ao projeto alemão de 1958, que também qualificava o homicídio em tal caso. Este projeto, como os posteriores (1959, 1960 e 1962), no entanto, previa o genocídio em disposição específica e em título próprio, e por esse motivo o homicídio por ódio racial (*Rassenhass*) foi suprimido nas últimas revisões do projeto definitivo, como forma agravada de homicídio.

Com a vigência do novo CP, fica revogada a Lei n. 2.889. A *associação* prevista no art. 2.º passa a ser punida como crime de quadrilha (art. 321) e a *instigação*, na forma geral prevista no art. 319 do novo diploma.

Objetividade jurídica. Todas as ações que configuram o crime de genocídio não se dirigem, em primeira linha, contra a vida do indi-

10. Veja-se a exposição de motivos do projeto alemão de 1962 (*E. 1962, Begründung*, 671).

11. HELENO C. FRAGOSO, *A Reforma da Legislação Penal*, *Rev. Bras. Crim. Dir. Penal*, n. 4 (1964), 96 ss.

víduo, mas sim contra grupos de pessoas, na sua totalidade. Como bem jurídico tutelado surge, portanto, a vida em comum dos grupos de homens, na comunidade dos povos, em primeiro plano.¹² Como diz MAURACH, § 48, II A, o bem jurídico tutelado no crime de genocídio reside em ideais humanitários: o entendimento de que todos os povos e grupos de pessoas, não obstante suas diferenças, têm pretensão ao reconhecimento de sua dignidade humana e existência.

Não se trata, pois, de considerar a humanidade como bem jurídico,¹³ mas, sim, de identificar valores particularmente dignos de proteção jurídica no respeito humano de pessoas que integram certos grupos que de outros se destacam apenas por sua nacionalidade, raça ou religião.

Sujeito ativo e sujeito passivo. Sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, mas em regra serão os chefes políticos e militares do Estado. Pode o crime, em tese, ser praticado por uma só pessoa, embora o genocídio deva envolver, em regra, uma pluralidade de agentes.

A pena é aumentada de um terço, se o crime é praticado por governante ou por outra pessoa (funcionário ou particular), por sua determinação (art. 131, § 2.º CP). Parece ter havido equívoco na extensão da agravante ao que pratica o crime mediante determinação de governante,¹⁴ tendo-se em vista o efeito atenuante da obediência hierárquica inescusável, que o próprio Estatuto do Tribunal de Nuremberg reconhecia.

Sujeito passivo pode ser qualquer pessoa que integre determinado grupo nacional, étnico, racial ou religioso e que seja atingida como tal.

Embora a definição do delito se refira a "membros de um grupo", pode configurar-se o crime ainda que um só seja vítima,¹⁵ desde que atingido em caráter *impessoal*, como membro de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

A pluralidade de vítimas é irrelevante para a configuração do delito, devendo ser levada em conta na medida da pena. Surge daí, como se percebe, evidente desconchavo em nosso direito, na comparação deste com o crime de homicídio, pois neste último a plurali-

12. Cf. Exposição de motivos do projeto de CP alemão de 1962. *E. 1962, Begründung*, 671.

13. Veja-se a crítica de SAUER, *System des Strafrechts*, 1954, § 28, I.

14. A Lei n. 2.889 estabelece aumento de pena apenas quando o crime é praticado por governante ou funcionário público (art. 4.º).

15. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, § 48, II A; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 220 a; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, cit., I, 647. Em sentido contrário, pronunciam-se FRANCISCO P. LAPLAZA, *El delito de genocidio o genticidio*, 1953, 77 e EDUARDO L. GREGORINI CLUSELLAS, *Genocidio, su prevención y represión*, 1961, 44.

dade de vítimas envolve sempre concurso de crimes (material ou formal). É, portanto, mais grave, nesta hipótese, o homicídio que o genocídio, solução despropositada em que não atentaram os que fizeram a Lei n. 2.889 e o eminente autor do anteprojeto de CP, que a reproduziu.

Ação incriminada. A conduta delituosa consiste em *matar* e em nada se distingue da que caracteriza o crime de homicídio.

Devem as vítimas pertencer a determinado grupo nacional, étnico, ou religioso, ou a determinada raça.

A referência a grupos *nacionais* é relativa aos casos de países em que há minorias pertencentes a nações diversas, como ocorre, por exemplo, com certos países africanos, formados com a aglutinação de tribos distintas. É também o caso dos boêmios na Checoslováquia, vítimas de atos de genocídio, praticados pelos nazistas, durante a Segunda Guerra Mundial.

Étnico é o que se refere ao povo, como grupo biológico e culturalmente homogêneo.

O conceito de raça tem sido submetido, nos últimos tempos, a certas dúvidas e excessos, precisamente em face do surgimento de posições políticas extremadas ante as diferenças raciais, o que tem levado a conclusões precipitadas quanto à falácia do conceito. Nesse sentido foi o primeiro projeto de declaração da UNESCO, de 1952. As propostas sobre os aspectos biológicos de raça, aprovadas pelo mesmo órgão em Moscou, no ano de 1964, estão, ao contrário, firmemente baseadas na realidade. O conceito de raça é puramente biológico. De acordo com o antropólogo francês HENRI VALLOIS, entende-se por *raça* um grupo natural de homens que apresentam um conjunto particular de características hereditárias.

Afirmam os especialistas que na espécie humana não existem raças puras, no sentido de populações geneticamente homogêneas. Não existe grupo nacional, religioso, geográfico, lingüístico ou cultural que constitua *ipso facto* uma raça.

As diferenças entre os indivíduos dentro de uma mesma raça ou população são freqüentemente maiores do que as diferenças médias entre raças e populações distintas.¹⁶

O conceito de raça é, no entanto, mais importante como fato social do que como conjunto de características biológicas de um povo. O que importa é considerar a raça como base do estabelecimento de categorias e discriminação, com a criação de estereótipos que conduzem ao ódio e à desigualdade social, e, pois, à violência. Os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial permanecerão para sempre como página negra na história da humanidade.

16. UNESCO — *Proposals on the biological aspects of race*, no volume *Race and Social Difference*, editado por PAUL BAXTER e BASIL SANSOM, Penguin Books, 1972, 38 ss.

A ação no crime de genocídio pode também ser praticada quanto a grupos religiosos, quaisquer que sejam, independentemente da nacionalidade ou da raça das pessoas que o compõem.

Aspectos subjetivos do crime. O crime exige sempre o dolo. Não há genocídio culposo. Requer, não só a vontade conscientemente dirigida no sentido de matar, como também, e particularmente, o propósito de aniquilamento, no todo ou em parte, do grupo como tal. O que caracteriza o genocídio é exatamente esse aspecto subjetivo da ilicitude (dolo específico). Se a ação de matar não for praticada para destruir membros de determinado grupo nacional, étnico, racial ou religioso como tais, o crime a identificar será apenas o de homicídio, simples ou qualificado, conforme o caso.

Pena. A pena cominada ao crime de genocídio é de reclusão de quinze a trinta anos. Embora seja o crime praticado no estrangeiro, aplica-se ao fato a lei brasileira, se o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil. É este um dos casos de aplicação da lei brasileira extraterritorialmente, de forma incondicionada (art. 8.º, I, *d* e § 1.º CP). Em nenhum caso, será este crime considerado político, para efeito de extradição, devendo esta ser concedida, de acordo com a legislação e os tratados em vigor (art. VII da Convenção, art. 6.º, Lei n. 2.889).¹⁷

A *prescrição* do crime de genocídio suscitou, em data recente, largo debate, com a integração em várias legislações do prazo prescricional para os crimes praticados pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial.¹⁸ Alguns países introduziram em suas leis penais dispositivos declarando a imprescritibilidade do genocídio.¹⁹

Em nosso direito, somente as penas acessórias são imprescritíveis (art. 116 CP). Não há, pois, como recusar a prescrição do crime de genocídio, que se opera em vinte anos (art. 111, I CP). E não nos parecem procedentes os argumentos apresentados em favor da imprescritibilidade, os quais não comoveram os que elaboraram e deram forma definitiva ao novo CP.

Casos assimilados. Cinco outras modalidades de genocídio são previstas pela lei, no § 1.º do art. 131, das quais quatro estão previstas na Convenção (art. 2.º) e constavam da Lei n. 2.889 (art. 1.º). São os seguintes:

17. A extradição é regulada pelo Decreto-lei n. 941, de 13.10.69. Sobre o famoso caso da extradição do nazista Stangl, autêntico *leading case* na matéria, cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n. 219; RTJ 43/168.

18. Cf. Sobre o assunto FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n. 219 e a bibliografia ali citada.

19. É o caso do CP alemão (§ 66), alterado por Lei de 1969, com efeito sobre os crimes praticados em data anterior e ainda não prescritos. Cf. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 66, I.

1. Infligir lesões graves a membros do grupo;
2. submeter o grupo a condições de existência, físicas e morais, capazes de ocasionar a eliminação de todos os seus membros ou parte deles;
3. forçar o grupo à sua dispersão;
4. impor medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
5. efetuar coativamente a transferência de crianças do grupo para outro grupo.

O que aqui também se considera é a existência ou integridade de grupo nacional, étnico, religioso ou racial, em seu aspecto físico e biológico.

A primeira hipótese de ação delituosa assimilada ao genocídio é a de causar *lesão corporal* grave a membros do grupo. Por *lesão corporal* grave entende-se qualquer das ofensas à integridade corporal ou à saúde previstas nos parágrafos 1.º e 2.º do art. 132 CP.

A segunda espécie de ação delituosa incluída entre as que constituem os casos assimilados do genocídio, sofreu no CP vigente redação que se afasta da adotada pela Convenção e pela Lei n. 2.889, sem qualquer vantagem.

Ao passo que a convenção, de forma simples e direta, refere-se ao fato de “submeter o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física, total ou parcial”, o CP esclarece que as condições de existência intoleráveis podem ser “físicas ou morais”, substituindo por “eliminação” a “destruição física, total ou parcial”, bem mais exata.

O que com este dispositivo se pretende punir é o fato de submeter um grupo de pessoas, com o fim de destruí-lo, a condições de existência capazes de conduzir à sua destruição física, parcial ou total. O crime é permanente.

Trata-se de *tipo aberto*, que se configura com a efetiva submissão de uma coletividade de pessoas integrante de grupo, de qualquer forma ou através de qualquer meio, a condições capazes de causar a sua eliminação. Não se exige a superveniência desse resultado, bastando a criação de condições com potencialidade causal para produzir a morte de uma pluralidade de pessoas componentes do grupo. Dificilmente será possível admitir como meio idôneo para a prática do crime a mera criação de condições “morais” insatisfatórias de existência. Aqui não basta, para configurar o delito, que a ação seja praticada relativamente a uma só pessoa, pois a definição legal do delito refere-se a *grupo* como objeto material da ação.

A terceira modalidade do crime (forçar o grupo à sua dispersão) não consta nem da Lei n. 2.889 nem da Convenção, tendo sido

introduzida pelo novo CP. Ela está prevista no art. 124 do CP iugoslavo, de 1951. O momento consumativo será o da efetiva dispersão, ou seja, desfazimento do grupo como tal.

A quarta e quinta modalidades de ação (impedir nascimentos e transferir crianças) são formas de eliminar fisicamente o grupo, impedindo que ele se desenvolva e se renove. A transferência criminosa é somente aquela que se efetua através de violência ou de ameaça, devendo constituir ação coletiva.

Em qualquer dos casos assimilados ao genocídio será indispensável o dolo, não havendo modalidade culposa. Em qualquer caso, deve a ação ser praticada com o fim de destruição total ou parcial do grupo.

NOTAS SOBRE DEFORMIDADE PERMANENTE

NILO BATISTA

I

“Que é deformidade? Se nos limitássemos a fixar o sentido léxico do vocábulo (*desvio, deturpação, vício de forma*), estaríamos longe de traduzir o que seja *deformidade*, do ponto-de-vista jurídico-penal.” Esta advertência de HUNGRIA (*Comentários*, V, 377) é preciosa, no sentido de afastar, na pesquisa do assunto, uma interpretação “gramatical”, substituindo-a pela busca penetrante e enriquecedora de um conceito próprio da ciência do Direito Penal.

As leis antigas e particularmente as medievais continham em várias passagens referências à deformidade como causa de agravação das lesões, consoante observa QUINTANO RIPOLLÉS (*Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Madri, 1972, vol. I, tomo I, pág. 838). Essa causa de agravação se comunicou a várias legislações modernas importantes, como o StGB (*Entstellung* ou *Verrunstaltung*, § 224), o Código Zannardelli (*permanente deformazione del viso* ou *sfregio*, como se chamava na prática — art. 372, n. 2.º), e o Código espanhol de 1848 (art. 334). Conheciam-na os estatutos penais dos Estados italianos, como a conhecia nosso Código de 1830 (art. 204), e pode-se afirmar que a única legislação de relevo do século XIX de onde esteve ausente foi o Código Napoleônico (e, via de consequência, o Código espanhol de 1822). Está presente no Código italiano (*sfregio*, art. 583, n. 4) e no espanhol (*deformidad*, art. 420, n. 3.º). Uma tradição *muy arraigada*, no dizer de RIPOLLÉS (loc. cit.) circunscrevia a noção de deformidade à lesão produzida no rosto do ofendido, e foi referendada por alguns diplomas (Itália, Argentina, México), não efetuando qualquer distinção outros, como é o caso de Brasil e Espanha, e prevendo ambas as situações alternativamente ainda outros (Colômbia, art. 373). Já veremos em seguida como essa tradição está ligada a uma das características da deformidade, que reside em ser *visível*.

A construção de um conceito de deformidade foi sempre considerada obra difícil. CARRARA, referindo-se à *deturpazione*, “che nella

pratica napoletana chiamasi sfregio" (*Programma*, § 1.450), afirmava que toda a dificuldade surgia na prática, para definir quando se tem ou não, *deturpazione*. E considerava que nem a ciência nem a lei possuíam uma fórmula exata, sendo recomendável que a percepção do juiz prevalecesse sobre o "vago conceito", na aplicação concreta: "E qui nè la scienza, nè la legge possono dettare una formula esatta; e bisogna si appaghino del vago concetto, rilasciandone l'applicazione concreta ai sensi, ed al prudente giudizio del magistrato" (§ 1.450).

De início, observaremos que, necessariamente, a deformidade tem que significar uma alteração física (*formal*) na pessoa do ofendido, estando à margem qualquer alteração psíquica. Isso, contudo, é insuficiente, podendo funcionar como simples gênero remoto da definição, porquanto logo se percebe que nem toda alteração física é deformidade. Percebeu-o CARRARA: "Non ogni cicatrice nel volto è deturpazione ..." (*Programma*, § 1.450).

Na lição precisa de HUNGRIA, "deformar não é apenas assinalar" (op. cit., pág. 338), referindo-se QUINTANO RIPOLLÉS a uma "alteración notable en el aspecto físico de la persona" (op. cit., pág. 838). Também FRAGOSO menciona que se exige, aqui, uma "desfiguração notável" (cf. *Lições*, I, 91). No mesmo sentido é a lição de MAGGIORE, para quem é necessário "la profunda alteración de su simetria (do rosto) y de su forma" (*Derecho Penal*, tradução de J. O. TORRES, Bogotá, 1972, vol. IV/353). SCHÖNKE-SCHRÖDER têm como respaldo o próprio texto legal sobre o qual trabalham (§ 224 StGB), ao afirmarem que há lesão grave "quando tem ela como resultado uma permanente desfiguração de modo considerável" (wenn sie eine dauernde Entstellung in erheblicher Weise zur Folge hat" — in *Strafgesetzbuch Kommentar*, Munique e Berlim, 1965, pág. 976). Entre nós, ainda BENTO DE FARIA definiu a deformidade, a partir de lição de SOUZA LIMA (*Medicina Legal*, pág. 706), como a "alteração notável e acentuada da conformação geral do corpo" (*Código Penal Brasileiro Comentado*, Rio, 1961, vol. IV/88), assinalando que a mesma devia "dar na vista, e se tornar reparável" (op. cit., pág. 89). Em sentido contrário, pronuncia-se solitariamente CUELLO CALÓN: "No es menester que sea notable" (*Derecho Penal*, Barcelona, 1972, tomo II, vol. II/564).

A jurisprudência aceita com tranquilidade que "nem toda cicatriz no rosto significa deformidade" (RF 209/344), negando o resultado qualificador no caso de "vítima que sofreu cicatriz no rosto, pouco perceptível" (RT 410/299), pois "a ligeira cicatriz, em geral, não configura deformidade" (RT 417/347). Essa, aliás, é orientação que remonta ao regime do Código de 1890 e da Consolidação das Leis Penais, como se pode ver em antigo julgado do Tribunal de Apelação de São Paulo, do qual foi relator o Des. Bernardes Júnior, na

apelação criminal n. 4.674: "Não é a ligeiros defeitos que atende o citado art. 304" (cf. RT 128/457).

Todavia, se nem toda alteração da forma corporal é deformidade, qual alteração o é? A resposta é fornecida por um critério objetivo e subjetivo, o que já fora percebido por HUNGRIA ("não se trata de um conceito puramente objetivo, mas, a um só tempo, objetivo e subjetivo" — op. cit., pág. 337). *Objetivamente, afirma-se a alteração deve possuir certo vulto; subjetivamente, — afirma-se que deve haver prejuízo estético, entendendo alguns que este prejuízo deva ser percebido e sofrido pela vítima.*

II

Quanto à extensão objetiva da alteração da forma, vimos que se exige possua a lesão vulto necessário para que seja visível *enquanto lesão*. CUELLO CALÓN define a deformidade como "toda irregularidade física, visível e permanente" (op. cit., pág. 563). Ensina FRAGOSO que a deformidade pode situar-se em qualquer parte do corpo, "desde que aparente, isto é, desde que seja localizada em zonas habitualmente descobertas ou que seja observada apesar das roupas (encurtamento da perna, etc.)" (op. cit., pág. 91); e idêntica é a lição de HUNGRIA: "Desde que seja aparente, visível, perceptível *ictu oculi*, não importa à identificação da deformidade a parte do corpo em que seja localizada" (op. cit., pág. 338).

Alguns autores afirmam taxativamente que não há deformidade se as lesões recaem "en regiones corporales ocultas por el vestido" (CUELLO CALÓN, op. cit., pág. 563).

Não pensam de outra maneira os Tribunais. O TJRS, no julgamento da apelação criminal n. 17.564, relator o Des. Mário Rosa, definia a deformidade como a "cicatriz permanente, visível à distância no rosto da vítima ..." (RT 308/771). Foi julgado que para o reconhecimento de deformidade é necessário que a lesão produzida "seja de tal forma que se apresente visível nas condições habituais em que a vítima se apresenta em público, o que não ocorre se a cicatriz está localizada em parte do corpo não visível normalmente" (RF 220/356). Mencione-se, por fim, a decisão segundo a qual "a simples rutura da membrana do tímpano ... não caracteriza a deformidade permanente" (RF 107/141), bem significativa a respeito da exigência da visibilidade do dano produzido.

Na Espanha, a jurisprudência se inclina a reconhecer deformidade em lesões que interessam os dentes, notadamente quando ocorra perda de incisivo e perda plural de dentes, vacilando em outros casos — e aí temos o critério da visibilidade atuando plenamente.

A possibilidade eventual de dissimular a deformidade, pelo emprego, *verbi gratia*, de cabelos (barba), de postigos (olho ou den-

tes artificiais) ou qualquer espécie de disfarce, ou mediante intervenção cirúrgica plástica, não elide o requisito da *visibilidade*, consoante lição pacífica. Afirma MANZINI: "Non ha rilevanza giuridica la possibilità di eliminare o di attenuare la deformazione o lo sfregio mediante speciale trattamento médico-chirurgico Nulla parimenti importa che la deformazione o lo sfregio possa occultarsi mediante i capelli, i baffi, la barba, con veli o in altro modo ... (*Trattato di Diritto Penale*, Turim, 1950, vol. VIII/216).

Já era esta lição de VON LISZT, que reconhecia subsistir a deformidade "auch wenn sie durch Toilettenkünste verborgen werden Kann (Perrücke, falsche Zähne, Glasauge)" (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlim e Leipzig, 1919, pág. 303).

Trata-se de ensinamento endossado por HUNGRIA, segundo quem "não deixa de ser deformidade permanente a que permite dissimulação (substituição de olho natural por olho de vidro, ocultação de cicatriz pela barba)" (op. cit., pág. 337). Veja-se, no mesmo sentido, MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, São Paulo, 1965, vol. II/88: "Não perde a deformidade o caráter de permanente quando pode ser dissimulado por meio de recursos artificiais — um olho de vidro, por exemplo — ou só retificável mediante operação plástica, a que a vítima não é obrigada a submeter-se."

Afirmamos que a alteração da forma deve ser visível *enquanto lesão*. Com isso, nos referíamos às hipóteses em que a alteração objetiva da forma venha a inserir-se na pessoa da vítima como um traço natural, produzindo-se o que se poderia chamar de autodisfarce... da lesão. Não se reconhecerá, aqui, deformidade. HUNGRIA narra o caso de uma agressão contra certa mulher, "de grande beleza", mediante um disparo de arma de fogo acionada por um "passional". O projétil perfurou-lhe a face e, passado algum tempo, a cicatriz se converteu numa gentil "covinha, que ainda mais graça dava ao lindo rosto de sua portadora". Conclui HUNGRIA: "Draconiano seria reconhecer-se em tal caso a existência de deformidade" (op. cit., pág. 338).

Menos galante, porém, mais provável, seria o caso da cicatriz que se disfarça, por similitude de sentido e forma, e por aproximação, entre as rugas da pele da vítima, quando inexistiria igualmente deformidade.

III

A extensão objetiva da alteração da forma, que vimos de examinar, é um critério identificador da deformidade falho, porquanto opera *por negação*. É válido para assinalar o que *não é* deformidade (a cicatriz insignificante, a cicatriz invisível, a cicatriz que se disfarça no contexto formal onde foi produzida); mas daí não se segue

que qualquer cicatriz visível e definida enquanto cicatriz seja deformidade.

É então que joga sua função decisiva o critério subjetivo, que aprecia o *prejuízo estético* resultante da lesão, e, segundo alguns, o *sentimento deste prejuízo* pela vítima. É impossível trabalhar apenas com aquele primeiro critério objetivo; já observava HUNGRIA serem "inseparáveis, no conceito de deformidade, a condição de truncamento material da forma e a do dano ao valor social do paciente, sob o ponto-de-vista estético" (op. cit., pág. 338).

Isto foi muito bem colocado pelo TJSP, em decisão da lavra do Des. Martins Ferreira, segundo a qual "a deformidade permanente precisa ser encarada dentro de uma objetividade que reúne dois pontos importantes: o físico e o social" (RT 256/129). Terminologicamente, preferimos dotar o segundo aspecto dessa objetividade (social), a exemplo de HUNGRIA, de raiamentos subjetivos, porquanto sua avaliação implica a participação de um sujeito. Enquanto a extensão física da lesão é efetivamente uma objetividade, o dano estético produzido por ela reage aos valores estéticos correntes nesta ou naquela cultura: só se pode falar de dano estético a partir de um juízo estético negativo, o que implica a apreciação da vítima pelo corpo social, sob este aspecto. Mas a existência incindível dos dois aspectos é inquestionável. Vejamos, pois, o segundo.

Como adverte QUINTANO RIPOLLÉS, com a propriedade característica, "siempre se han identificado en nuestra doctrina y praxis los conceptos de deformidad y fealdad" (op. cit., pág. 838). Essa perspectiva, como veremos absolutamente dominante, remonta ao pensamento carrariano, para quem a cicatriz constituiria deformidade quando tornasse disforme ou desagradável o aspecto da vítima ("renda deforme o sgradevole l'aspetto" — *Programma*, § 1.450).

Para MAGGIORE, a alteração profunda da simetria ou da forma do rosto, ponto de partida objetivo da deformidade, deve ser de tal ordem "que suscite espanto ou repugnância" (op. cit., pág. 353), ministrando os seguintes exemplos: "la amputación de la nariz, de ambos pabellones del oído, o de un solo, de un labio, la avulsión de todos o casi todos los dientes y la lesión de un ojo, de modo que haga necesaria la extracción del globo" (loc. cit.). Ressalvado que MAGGIORE trabalha sobre texto que limita ao rosto a hipótese qualificada, a veemência dos exemplos é elucidativa a respeito do "espanto ou repugnância" que deve resultar em terceiros da visão do ferimento deformante.

Segundo HUNGRIA, "a deformidade deve ser tal que cause uma impressão, se não de repugnância ou de mal-estar, pelo menos de desgosto, de desagrado: é a cicatriz que acarreta chocante assimetria, é a deformação notável" (op. cit., pág. 337), referindo-se FRAGOSO a um "dano estético considerável" (op. cit., pág. 91).

Vemos que surge um problema de *quantificação* do dano estético, porque o dano “considerável” será reconhecível na impressão de “desagrado” de HUNGRIA, ou na radical “repugnância” de MAGGIORE?

A solução de MAGALHÃES NORONHA nos parece quase exata: “Uns exigem que o dano estético seja de vulto, impressionando logo o observador; outros contentam-se com o prejuízo mínimo, e ainda outros colocam-se entre esses dois grupos: a lesão à estética deve ser de certa monta, preocupando, causando mesmo vexame ao portador e desgosto ou desagrado a quem o vê, sem ser necessário atingir os limites de coisa horripilante ou aleijão. É a opinião que nos parece mais certa” (op. cit., pág. 87).

É a solução de SOLER, para quem “no es necesaria una alteración repulsiva para la existencia de la deformación ... basta que exista una deformación aparente, que destruya la armonia y aun simplemente la belleza del rostro” (*Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1970, vol. III/126). Com esta mesma solução intermediária, entre nós, estava BENTO DE FARIA (op. cit., pág. 89).

Onde a solução de MAGALHÃES NORONHA nos parece falha — e por isso dissemos dela ser “quase” exata — é quando introduz o sentimento do prejuízo estético por parte da vítima.

Não é uma opinião isolada. Assim pensava OSCAR FREIRE, que mencionava “um incômodo permanente, um vexame constante para o ofendido”, em ensinamento recolhido e divulgado por ALMEIDA JÚNIOR (*Lições de Medicina Legal*, 1.^a ed., pág. 186). HÉLIO GOMES preconizava que a deformidade devesse ser “capaz de preocupar o ofendido, de aborrecê-lo, de lhe criar um complexo de inferioridade” (*Medicina Legal*, 7.^a ed., 1963, pág. 516).

Tal opinião foi perfilhada por números julgados, segundo os quais a deformidade deveria “acarretar vexame ao seu portador” (RT 417/347; 130/355). Uma decisão reclamava mesmo que a lesão fosse “capaz de preocupar o ofendido, criando-lhe complexo de inferioridade” (RF 209/344).

Não nos parece aceitável essa posição. Em primeiro lugar verifique-se que nenhum relevo pode ter, na elaboração do juízo estético sobre a desfiguração do ofendido, a sua própria opinião: ele funciona, neste instante lógico, como *objeto* e não como *sujeito*. Em segundo lugar, propor-se-ia o absurdo de meditar sobre se os loucos e as crianças podem ser vítimas de lesão qualificada por resultado de deformidade permanente, uma vez que não terão o sentimento de vexame ou humilhação, e muito menos adquirirão este complexo de inferioridade, pela incompreensão do significado estético e social da deformação sofrida.

É, pois, dispensável e inútil a consideração do sentimento do prejuízo estético por parte do ofendido. Necessário e oportuno é lembrar que, quando falamos de prejuízo estético, estamos tomando

como padrão a forma natural da pessoa lesionada, ocorrendo talvez uma impropriedade terminológica. Quasimodo poderia ser sujeito passivo de lesão qualificada por resultado de deformidade permanente, caso o ferimento acentuasse a fealdade daquilo que já era feio. Tem razão OSCAR FREIRE, ao mencionar alteração na “*fisionomia habitual* do ofendido” (*Exames e Pareceres*, São Paulo, pág. 118).

Quanto à íntima ligação entre a idéia de deformidade e a idéia de beleza, a jurisprudência é em verdade tranqüila, afirmando constantemente que a deformidade “repousa num conceito de estética” (RT 417/347).

Sucedem-se as decisões que têm tal raciocínio por base.

“Nem toda cicatriz no rosto significa deformidade, pois para tanto é necessário que ela cause permanente *dano estético*” (RF 209/344). “A simples linha cicatricial, por exemplo, ainda que no rosto, não é dano estético suficiente para caracterizar esta lesão” (RT 410/299). “Entende-se a deformidade, na acepção jurídico-penal do termo, como a *quebra da estética individual na forma normal e própria da pessoa*” (RT 308/771).

Tal critério remonta ao regime da Consolidação das Leis Penais: “Para que haja deformidade, é necessário que a lesão tenha produzido um dano estético” (RT 130/355, Tribunal de Apelação de São Paulo, 1.^a Câmara Criminal, acórdão n. 4.934, relator Des. Azevedo Marques). “Só haverá deformidade, no sentido legal, quando o defeito deixado pela lesão seja permanente e irreparável e *impressione desagradavelmente pela fealdade ou dano estético dele resultante*” (RT 128/457, Tribunal de Apelação de São Paulo, 1.^a Câmara Criminal, acórdão n. 4.674, relator Des. Bernardes Júnior). Pode-se verificar a permanência desse entendimento: RF 59/298, 64/179, 81/510, 82/190, 87/210, 90/131, 104/547, 115/599.

A preponderância dessa inclinação tem um belo momento em decisão sobre um caso onde ocorrera perda parcial da orelha. Entendeu o Tribunal que havia “ausência, porém, de qualquer assimetria que possa expor a vítima a vexames ou humilhações”, negando ocorrência de deformidade (RT 369/198).

Também no que diz respeito à quantificação do dano estético, encontramos decisões que optam pela solução correta, consignando que “se é certo que, para a configuração da deformidade não é preciso que a lesão tenha causado um aleijão ou ferimento horripilante, a jurisprudência tem entendido indispensável que a lesão cause afeição que gere um sentimento de repulsa ou piedade” (RT 415/284, TASP, revisão criminal n. 17.128, relator Min. Cunha Camargo).

Uma questão se coloca. Se a essência do conceito de deformidade repousa num prejuízo estético produzido pela lesão, será forçoso convir que é mister a consideração das condições pessoais do ofendido, porquanto o resultado de desvalor estético é apurado não pela

apreciação isolada do ferimento, mas pelo papel que o ferimento joga na degradação estética da vítima, ou seja, aprecia-se o ferimento *na vítima*. É uma observação irresponsável de HUNGRIA que não se pode comparar o prejuízo estético que deriva de “funda marca num torneado pescoço feminino e outra no perigalho de um septuagenário; um sinuoso gilvaz no braço roliço de uma jovem e outro no braço cabeludo de um cavouqueiro” (op. cit., pág. 340).

Afirma SOLER que “para determinar la existencia o inexistencia de deformación, no puede dejarse de tomar en consideración las características particulares del sujeto pasivo”, mencionando que “los márgenes son mucho más amplios en el caso de una mujer joven que en el de un anciano de rostro arrugado” (op. cit., pág. 127). Como bem observa QUINTANO RIPOLLÉS, não se trata de deixar reservado ao belo sexo, como ocorreu no velho Código austríaco (§ 1.326), as vicissitudes da deformidade (op. cit., pág. 840), mas tão-só de reconhecer a diversidade dos valores que integram o ideal de beleza de Apolo e de Vênus, socialmente reconhecidos. Por essa chave se afina, entre nós, também o pensamento de MAGALHÃES NORONHA (op. cit., pág. 88). Veja-se em HUNGRIA cabal refutação à opinião, em sentido oposto, de AFRÂNIO PEIXOTO (op. cit., pág. 340).

Não é incomum que os julgados se preocupem com a “condição estética e social da vítima” (RT 369/198), efetuando a distinção que aqui se preconiza. É em verdade intuitivo que a cicatriz que degrada o rosto de uma adolescente pode produzir um efeito diametralmente oposto na face de um rapaz; e este nunca suficientemente pranteado HUNGRIA já o havia percebido, com seu *esprit* habitual (op. cit., pág. 340), mencionando o “cunho de masculinidade ou o *ar marcial*”, dividendo da mesma cicatriz que, se em rosto feminino, redundaria em quebra de harmonia e limpidez.

IV

Se o conceito de deformidade foi alcançado com a superação eventualmente dificultosa de alguns obstáculos, o conceito de permanência é bastante simples.

A deformidade é permanente quando é possível estabelecer, com certeza, que a lesão não regredirá, mediante os sistemas ordinários de tratamento, permitindo a reintegração da forma original.

Segundo SOLER, “se dice permanente la deformación cuando no es previsible que por medios naturales desaparezca” (op. cit., pág. 127). Apesar da remissão a FRANK (*Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.^a ed., 1929, comentário ao § 224, n. 6), com respeito à imprevisibilidade da restauração formal, julgamos que este critério não permite a afirmação judicial da permanência, precisamente na medida em que se limita a afirmar que não é previsível a

restauração. Do mesmo defeito parece-nos padecer a colocação de SCHÖNKE-SCHRÖDER, para os quais “dauernd ist die Entstellung, wenn sich ihr Ende im voraus nicht bestimmen lässt” (op. cit., pág. 976).

Ora, a medicina legal pode oferecer, a respeito da permanência ou não da lesão, uma palavra decisiva. Sabe-se que uma orelha decepada não se regenerará, como um olho perdido. A cicatriz queloidiana, sabe-se também, não regredirá, permitindo a justaposição contínua dos tecidos. Em tais casos, pode ser afirmada *com certeza* a permanência. Se em algum caso não se puder elaborar senão um juízo de possibilidade, a melhor solução será sempre não ter como provada a permanência.

A jurisprudência sufraga o entendimento de que lesão permanente é aquela que “seja irreparável em condições normais” (RT 308/771). E os Tribunais costumam ser justamente rigorosos com os laudos periciais, em tais casos. A omissão da expressão “permanente” é fatal: “não precisaram os peritos se resultara deformidade *permanente*, que só esta é que é punida severamente pela lei. Cautelosamente, excluíram o “permanente”, como a ressaltar que, com a ação do tempo, aquilo — os vestígios — se diluiria” (RT 197/123). Naturalmente, mais importante do que a simples menção à permanência, é a fundamentação que o laudo forneça. A simples menção, aliás, desacompanhada de fundamentação, será sempre insuficiente, porquanto a permanência ou não é *conclusão* do laudo, merecendo pois a devida justificação, para que o juiz possa controlar o raciocínio pericial e convencer-se — ou não.

Os meios ordinários de tratamento a que nos referimos são os sistemas terapêuticos de uso corrente; essa cláusula serve mais para excluir a intervenção cirúrgica plástica.

Em verdade, o local para tratar esta matéria é, como fizemos, a ocasião do estudo objetivo da deformidade, porquanto se discute, de fato, se subsiste, ou não, *deformidade*, e não permanência. Já vimos que os autores, de modo geral, afirmam ser irrelevante a prática de cirurgia estética. Em sentido contrário, sustenta HÉLIO GOMES que se a vítima espontaneamente se prestar a esse tratamento e se o resultado for favorável, é justo que a correção da lesão se reflita na determinação da pena” (op. cit., pág. 519).

Em primeiro lugar, objete-se que a intervenção cirúrgica plástica não representa reintegração das formas do ofendido por sistema medicinal ordinário. Portanto, como consequência — e em segundo lugar — verifique-se que *houve* deformidade permanente; o que não subsistiu foram seus *efeitos*, pela possibilidade da intervenção de uma sofisticada tecnologia médico-cirúrgica. A reparação do dano só pode produzir algum efeito sobre a pena: nenhum papel desempenha na economia do delito. A concordar-se com HÉLIO GOMES, e talvez num tempo não muito distante se firmasse uma jurisprudência segun-

do a qual, se a operação plástica for realizada antes da denúncia, não haverá justa causa para a ação penal...

Naturalmente, se a deformidade se faz permanente por tratamento grosseiramente inadequado da ferida, ou por ação dolosa de terceiro, ou qualquer outra concausa superveniente, não responderá pelo resultado o agente, segundo as regras da interrupção do nexa causal.

O Código Penal de 1969, substituindo a expressão "deformidade permanente" por "deformidade duradoura" (§ 2.º do art. 131), reduziu o interesse, entre nós, por tal aspecto do problema. Duradoura, efetivamente, será a deformidade quando não seja previsível sua reparação natural. Aqui, de fato, bastará um juízo de possibilidade sobre a subsistência da deformidade, dispensável a certeza quanto à não regressão.

V

Foi possível estabelecer que a deformidade permanente é uma lesão constituída dos seguintes elementos: 1.º) uma alteração da forma física, de certo vulto; 2.º) visível enquanto lesão; 3.º) que produza considerável prejuízo estético na figura habitual do ofendido; 4.º) que, com certeza, não regredirá por submeter-se aos meios terapêuticos ordinários.

Vale reiterar que a essência da idéia de deformidade reside no terceiro elemento, ou seja, no dano estético causado pela lesão. Do ponto-de-vista processual, surgem daí conseqüências que merecem menção. É que o laudo pericial, em tais casos, deve ocupar-se, com minúcia e cuidado, deste aspecto.

Não é que devam os peritos adotar posturas de jurados em concurso de beleza, senão que devem ministrar ao juiz subsídios para que este possa decidir se ocorreu, ou não, a degradação estética que é o núcleo da deformidade. Por isso, ensina FRAGOSO que "o laudo pericial relativo a esse tipo de lesões deve ser sempre ilustrado com fotografias" (op. cit., pág. 91).

A jurisprudência algumas vezes não se contentou com meras afirmações periciais, sobre o evento: "se a perícia... não afirma de maneira categórica que as cicatrizes alteraram desagradavelmente o aspecto do paciente, não se configura a deformidade permanente" (TJMG, Jurisprudência Mineira, IV/1-2/105).

As fotografias junto ao laudo são constantemente exigidas pelos Tribunais. Às vezes, de seu exame, deriva o fundamento absolutório pelo resultado mais grave: "A vítima... recebeu ferimento no nariz, causando-lhe uma cicatriz irregular de 3 cm de extensão. O laudo conclui pela existência da deformidade permanente, mas as fotografias de fls. não autorizam essa conclusão" (TASP, revisão criminal n. 17.128, relator Min. Cunha Camargo, RT 415/284).

Por vezes, a falta de fotografias junto ao laudo transmite ao quadro de provas a "insuficiência" que impede a condenação, como parece ocorrer em RT 410/299. Veja-se, também, RT 265-129.

Um belíssimo caso foi solucionado pelo TACrimSP (acórdão n. 10.529, 3.ª Câmara, relator Min. Ferreira Prado). O laudo assinalava ter ocorrido "afundamento da arcada zigomática", e respondia afirmativamente ao quesito sobre deformidade permanente. O Tribunal, em decisão iluminada, ressaltou que "o laudo realmente é muito sintético em seus fundamentos para classificar a lesão como gravíssima. Não está instruído com fotografias. Não esclarece se o afundamento da arcada zigomática é profundo ou de pequena monta, ou outras características". E conclui: "É insuficiente afirmar que uma parte do rosto sofreu uma depressão, sem demonstrar que em conseqüência a vítima sofreu um dano estético" (RT 406/229).

Aí está por que dissemos que a essência da idéia de deformidade reside no prejuízo estético causado pela lesão.

VI

Posto não seja matéria de nosso estudo a culpabilidade, não desejamos encerrá-lo sem fazer notar, de modo necessariamente ligeiro, que a lesão corporal qualificada por deformidade permanente é um delito qualificado pelo resultado, no qual a culpabilidade se põe na chave da preterintencionalidade.

Temos, então, um elemento misto de dolo e culpa, como advertia ASÚA: "Dolo en el acto inicial, intencionadamente antijurídico en cuanto al resultado que se pretende, y culpa en el efecto más grave que de aquél deriva, y que no se quiso. Cuando este fuera imprevisible, entonces la mixtura sería entre dolo y casus, como ya lo advirtió CARRARA" (*El Criminalista*, 2.ª ed., tomo III/102).

Ou seja, é mister que haja *dolo* com respeito à lesão corporal, mas é mister igualmente que haja no mínimo *culpa* com relação ao resultado de deformidade permanente. Pode acontecer que o agente produza uma lesão corporal valendo-se de meios que só pelo concurso de circunstâncias dele ignoradas e sobretudo *imprevisíveis* (aqui, a imprevisibilidade joga sua verdadeira função, não como essência da culpa — como pensava CARRARA — mas como seu limite inferior) conduzirão a um resultado de deformidade permanente. Não é correto que neste caso responda pelo resultado mais grave, merecendo o mesmo tratamento penal que obteria aquele que poderia prever ou mesmo previu o resultado deformante. Ao par da injustiça material da solução, está a violação do *nullum crimen sine culpa*, e a reverência obscurantista ao *versari in re illicita*.

Uma antiga decisão do Supremo Tribunal de Justiça do Amazonas, de 25.5.1913, assinalava que "ninguém pode responder por fatos

que se realizam independentemente de sua vontade”, cogitando de caso de lesões “cuja gravidade provém de causas imprevistas e com as quais o agente não contaria de antemão”. A hipótese era de deformidade, consistente na perda de dois dentes, e o Tribunal não estabeleceu a responsabilidade do acusado pelo resultado mais grave (cf. EDGARD COSTA, *Repertório de Jurisprudência Criminal*, Rio, 1916, pág. 263). Esta decisão septuagenária constitui verdadeiro paradigma.

O Código Penal de 1969 resolveu explicitamente o problema, ao estabelecer que “pelos resultados que agravam especialmente as penas só responde o agente quando os houver causado, pelo menos culposamente” (art. 19).

Por fim, andou bem o novo Código Penal em distinguir as hipóteses de produzir o agente dolosa ou culposamente o resultado de deformidade. Também não podem ser equiparados, para fins de idêntica apenação, o caso daquele que levianamente se serve de meios que podem produzir deformidade (resultado *culposo*), e o daquele que pratica, *verbi gratia*, vitriolagem (resultado *doloso*).

As soluções passam a ser três: 1.^a) pena mais grave para o agente que dolosamente produz lesão corporal e *dolosamente* o resultado de deformidade duradoura; 2.^a) pena menos grave para o agente que dolosamente produz lesão corporal e *culposamente* o resultado de deformidade duradoura; 3.^a) pena idêntica à das lesões simples para o agente que dolosamente produz lesão corporal, e, *sem qualquer culpabilidade*, dela deriva deformidade duradoura (porque, neste caso, não responderá ele pelo resultado mais grave).

A ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE MITIGADA NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

SÉRGIO DEMORO HAMILTON

I — A Situação Atual

O Código de Processo Penal em vigor, muito embora não o registre, de forma expressa, em qualquer dispositivo, adotou, iniludivelmente, o princípio da obrigatoriedade pura da ação penal pública.

Com efeito, a regra inserta no art. 24 da lei adjetiva em questão não autoriza ao exegeta outra interpretação, ao salientar que “nos crimes de ação pública, esta será *promovida* por denúncia do Ministério Público”.

O douto Prof. HÉLIO TORNAGHI, ao focalizar o dispositivo referido, bem situa a matéria ao acentuar: “O Código consagra ainda a regra da *obrigatoriedade* da ação penal, traduzida na expressão *será promovida*. Não fica ao arbítrio do Ministério Público mover ou não mover a ação”.¹

Na medida em que o estudioso se aprofunde no exame da lei, verá que nosso Código, como seqüela da obriga-

toriedade, esposou, igualmente, o princípio da indesejabilidade, consubstanciado no art. 42.

Apesar da grande maioria dos tratadistas, inclinar-se em favor do dogma da ação penal pública obrigatória, o insigne JOSÉ FREDERICO MARQUES, invocando razões de natureza doutrinária, pretendeu temperar o rigor do princípio da legalidade.

Como sabido, em face do princípio da obrigatoriedade pura, é dever do Ministério Público promover a ação penal sem inspirar-se em motivos de utilidade social ou razões de política criminal.

Por tal razão, aliás, é que são muito limitados, pela própria lei, os casos em que o juiz pode rejeitar a denúncia (art. 43 CPP).

Ao analisar preleção do Desembargador EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, salientara, então, o autor do Anteprojeto do Código de Processo Penal: “Agora, porém, no entender do citado magistrado, o Código de Processo Penal autoriza que assim se proceda, visto que o art. 28 fala no arquivamento

1. Cfr. *Comentários ao Código de Processo Penal*, vol. I, Tomo II, pág. 44, Edição Revista Forense, Rio, 1956.

mento aludido a *razões invocadas* pelo órgão do Ministério Público, que o juiz examinará se são ou não procedentes. Ora, não dizendo a lei processual que razões são essas, nada impede que o Ministério Público invoque motivos de oportunidade condizentes, com o que exige o bem comum. Parece-nos de indiscutível acerto esse raciocínio. A expressão *razões invocadas*, do art. 28 do Código de Processo Penal, pelo seu caráter vago e indefinido, constitui um desses conceitos válvulas com que se permite ao juiz fazer penetrar os mandamentos da equidade na rígida textura normativa do direito escrito, para que o Judiciário, na aplicação da lei, atenda *aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*, consoante o que dispõe o art. 5.º, da Lei de Introdução ao Código Civil".²

Na verdade, não são poucos os promotores que, movidos, principalmente, por razões de ordem prática e humana, adotam tal critério sob a inspiração da equidade.

Tais razões são do conhecimento de todos que militam no foro. O princípio da legalidade, se adotado com a rigidez que a lei pretendeu, redundaria, muita vez, em prejuízo para a causa da justiça, frustrando os fins sociais a que a lei se destina bem como desatendendo às exigências do bem comum.

Exemplo sensível de tal estado de coisas seria a ação penal proposta em decorrência de incidente doméstico envolvendo parentes, o processo que tivesse como suporte fático a briga entre marido e mulher, onde resultasse lesão

corporal leve, e tantos outros casos semelhantes com que se defronta o Promotor no dia a dia do exercício de suas atribuições.

Propor a ação penal naquelas circunstâncias, seria reabrir velhas chagas já cicatrizadas, reavivar ódios já apaziguados, muito mal amparando os superiores interesses sociais que a lei procurou resguardar.

O Pretório Maior, ao que parece sensibilizado pelas lições de EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA e de JOSÉ FREDERICO MARQUES, já decidiu no sentido da orientação preconizada pelos ilustres professores.

Dada a importância da decisão, cumpre registrá-la: "Lesões corporais leves. Incidente doméstico. Ausência de justa causa. Unanimemente, concedeu o STF o h.c. n. 48.812, declarando a ausência de justa causa para a ação penal em face de pequeno conflito entre ex-amantes, no domicílio do homem, ao fim do qual ambos ficaram levemente feridos. Ferimentos levíssimos sofreram igualmente dois filhos menores da mulher, que a acompanhavam na ocasião. O conflito surgiu quando a mulher, com os filhos, penetrou na casa do ex-amante, lá pretendendo permanecer. Foi ela denunciada por invasão de domicílio e o homem, por lesões corporais culposas, resultante este crime de excesso de legítima defesa".³ A decisão em questão mereceu acertado juízo crítico da parte do eminente Prof. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, que, entre outras considerações, teve a oportunidade de salientar: "Nosso direito vigente não oferece solução para os casos em que a ação penal é anti-social, desatenden-

do aos interesses da justiça penal. Esta solução tem de ser buscada fora da lei; seja através da inércia da autoridade policial, seja pelo arquivamento do inquérito, seja pela absolvição por falta de provas. A decisão do STF coloca a questão em outro plano, à procura de uma causa supralegal e excepcional de inexistência de crime, na qual a doutrina nada tem a oferecer".⁴

Sem embargo das considerações expendidas pelo ilustrado Prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES no sentido da adoção do princípio da obrigatoriedade relativa pelo atual Código de Processo Penal, ousamos dissentir do eminente tratadista.

Na verdade, a grande maioria dos nossos processualistas sempre sustentou o postulado da obrigatoriedade da ação penal pública como consagrado em nosso direito positivo. Entre outros, assim pensam HÉLIO TORNAGHI, J. CANUTO MENDES DE ALMEIDA e GALDINO SIQUEIRA.

Ao contrário do que sustenta o douto autor do anteprojeto "as razões invocadas", a que se refere o art. 28, não têm caráter vago e indefinido. As razões invocadas só podem ser as do art. 43 do CPP. A falta de uma das condições da ação, ali enumeradas, tornaria o Ministério Público carecedor de ação, motivando a rejeição da inicial por parte do Estado-Juiz.

O nosso Código do Ministério Público (Lei n. 3.434, de 20.7.58), que é lei federal, podendo, portanto, conter regras processuais, igualmente, não deixa dúvida a respeito da vigência do princípio da obrigatoriedade pura em nosso direito (art. 10 da Lei n. 3.434, de 20.7.58).

4. *Op. cit.*, pág. 47.

Quais seriam, então, os casos em que o órgão do Ministério Público deixaria de promover a ação penal?

1.º — Quando não estiver caracterizada a infração penal.

2.º — Quando não existirem indícios da autoria.

3.º — Quando estiver extinta a punibilidade ou faltar condição exigida em lei para o exercício da ação penal.

Fora das causas acima enumeradas outras não existem. Em conseqüência, as razões invocadas para o pedido de arquivamento só podem referir-se a uma daquelas hipóteses.

Mas o argumento decisivo em prol da vigência em nosso direito positivo do princípio da legalidade pura, dá-nos o ilustre Prof. FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, no seu apreciado *Processo Penal*, sem favor um dos mais completos e atualizados trabalhos a respeito da matéria.

A lição merece registro: "... o recente Código Eleitoral, no art. 342, erigiu à categoria de crime a não apresentação da denúncia pelo Órgão do Ministério Público, no prazo legal. E, por outro lado, dispõe o art. 357 do mesmo diploma: *verificada a infração penal, o Ministério Público oferecerá a denúncia dentro do prazo de 10 dias*".

Pois bem: esse mesmo diploma adotou, no § 1.º do art. 357, com as mesmas palavras, a regra do art. 28 do CPP. Ora, se verificada a infração, o Órgão do Ministério Público deve oferecer a denúncia no prazo legal, sob pena de ser responsabilizado criminalmente, como se concebe possa requerer o arquivamento uma vez verificada a infração penal? Evidentemente a expressão *razões invocadas* inserta no art. 28 do CPP bem como no § 1.º do art. 357 do Código Eleitoral, significa que, quando do pedido de arquivamen-

2. *O Estado de S. Paulo* de 11.8.57, apud *Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Penal*, DARCY ARUDA MIRANDA, vol. IX, págs. 106/109, Editora Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, 1963.

3. Cfr. *Rev. Trim. Jurispr.* 36/137, apud *Jurisprudência Criminal*, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, n. 54, págs. 45/47, Forense, Rio, 1968.

to, "deve o Órgão do Ministério Público fundamentar o seu pedido, expondo as razões que o levaram a não oferecer denúncia. Ele tem o dever de oferecê-la. Mas entendendo não ser caso de denúncia (o fato investigado é atípico, é desconhecido o autor da infração, e. g.) deve dizer, fundamentadamente, porque não o faz".⁵

Diante dos argumentos aduzidos, pensamos que o nosso Código optou, de maneira indiscutível, no sentido da adoção do princípio da obrigatoriedade pura quando da propositura da ação penal pública.

II — A consagração do princípio da obrigatoriedade relativa pelo anteprojeto

Ao tratar da ação penal, a Exposição de Motivos do anteprojeto declara "condição indeclinável para a propositura da ação penal, o legítimo interesse ou justa causa, identificando esta com a existência de fundamento razoável para a acusação".

Com efeito, dispõe o art. 10 que nenhuma ação penal, pública ou privada, será proposta sem legítimo interesse ou justa causa, acrescentando o parágrafo único do aludido dispositivo que a falta de fundamento razoável para a acusação motivará a rejeição de plano, da inicial por ausência de justa causa.

Cogita-se, não resta dúvida da adoção pelo anteprojeto do princípio da obrigatoriedade mitigada, preconizado pelo autor do trabalho, como bem concluiu WALDEMAR DE OLIVEIRA LINS.⁶

6. Cfr. *Da função do Ministério Público*, Op. cit., vol. I, pág. 272, Edição Jalevi, 1972. *vista de Direito Penal* n. 6, 1972, págs. 65/80. *Público na repressão do crime, in Re-*

Ao enfocar as condições de procedibilidade, volta a lei a prescrever que, para a propositura da ação penal, torna-se necessário "o legítimo interesse" (art. 235, II).

A leitura dos dispositivos em questão poderia levar à interpretação apressada de que o anteprojeto pretendia consagrar o princípio da oportunidade pura e simples.

Não pode haver dúvida de que a largueza de conceitos emitidos pela lei pode, *prima facie*, ensejar a que se vislumbre a adoção da oportunidade imoderada, ficando o Ministério Público com arbítrio absoluto para arquivar as peças de informação.

Haverá, não se pode negar, um juízo sobre a conveniência ou não da propositura da ação penal, baseado na existência ou não de fundamento razoável para a acusação, juízo que a lei atual não autoriza.

Mas o princípio norteador continuará sendo o da obrigatoriedade. Suavizado, sujeito a critérios de mitigação ou de conveniência mas nunca a regra da oportunidade.

O exame cuidadoso da lei não pode levar o intérprete a conclusão diversa.

Na realidade, o art. 5.º, § 1.º estabelece que a ação penal pública "será promovida" pelo Ministério Público, não se afastando, nesse ponto, da orientação do direito positivo em vigor.

Ao dizer que a ação "será promovida", o anteprojeto deixa claro que o sistema adotado continuará sendo o da obrigatoriedade, sujeito a temperamentos que a própria lei indicará no art. 10.

Não afirma o art. 5.º, § 1.º, que a ação penal poderá ser promovida mas, ao revés, estabelece para o Ministério Público a obrigação de promovê-la.

Não só: o arquivamento pretendido pelo Órgão do Ministério Público ficará, sempre, sob o controle dos Órgãos superiores da Instituição, conforme dispõe o art. 267. Será, sempre, o Conselho Superior do Ministério Público que dará a última palavra a respeito do arquivamento ou não das peças que venham a constituir a *informatio delicti*.

A providência em questão seria destituída de sentido, e até mesmo contraditória, caso o anteprojeto pretendesse adotar o princípio da oportunidade. Diria, mesmo, incompatível com a oportunidade.

Ora, bastará a análise de tais dispositivos para que se possa concluir que o anteprojeto não pretendeu adotar o princípio da oportunidade.

Quando da aplicação prática da lei é que se poderá encontrar, em face do caso concreto, resposta adequada para uma série de indagações, tendo em vista a aparente amplitude de expressões encontradas no art. 10.

Quando uma acusação será destituída de fundamento razoável a ponto de merecer rejeição, de plano, por ausência de justa causa?

Já insinuamos, linhas acima, alguns exemplos, colhidos da nossa vivência forense, que parecem traduzir o espírito do anteprojeto quando alude à falta de "fundamento razoável" para a acusação.

Analizando a questão, em tese que apresentaram no I Congresso do Mi-

nistério Público do Estado de São Paulo, e onde a matéria aqui versada ganhou excelente tratamento, RONALDO ANTONIO BOTELHO e MÁRIO CÂNDIDO DE AVELAR FERNANDES, formulam um bom exemplo de ação penal anti-social: "Qual o interesse do Estado em levar às barras dos tribunais o agente criminoso em sobrevida conseqüente de moléstia cancerosa, com o desenlace aguardado para qualquer momento, apenas porque se lhe imputou a prática do delito de lesões corporais?"⁷

Pretendendo responder à indagação por nós formulada, diríamos que o anteprojeto tem em mira evitar a ação penal anti-social, norteador-se pela norma de superdireito inserta no art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, tal como preconizado pelo próprio autor do anteprojeto.

Ensejou-se, destarte, ao Ministério Público a oportunidade de, em face do caso concreto, emitir, *hic et nunc*, um juízo de valor a respeito da propositura da ação penal, atento às condições pessoais do indiciado, à repercussão social do fato típico e à natureza da infração penal.

Ao adotar o princípio da obrigatoriedade relativa, condicionando o ajuizamento da ação penal pública a razões de política criminal, o anteprojeto inovou, parecendo-nos experiência válida que muito poderá contribuir para a melhor distribuição da justiça penal.

7. Cfr. *Justitia, Anais do I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo*, volume II, pág. 64.

VITIMOLOGIA

LAÉRCIO PELLEGRINO

O 1.º Simpósio Internacional de Vitimologia, realizado em Jerusalém, no Van Leer Jerusalem Foundation Building, de 2 a 6 de setembro de 1973, sob o patrocínio da Sociedade Internacional de Criminologia, do Governo de Israel e da Universidade Hebraica de Jerusalém, atingiu plenamente os seus objetivos.

Em verdade, muitos pontos ainda estavam obscuros, a justificar um estudo profundo, a fim de se dar à Vitimologia o seu real conceito. Por outro lado, havia necessidade de se estabelecer os rumos a seguir, para o desenvolvimento da matéria, principalmente no que concerne à prevenção da criminalidade. Outrossim, abriu-se o caminho para futuros encontros de âmbito internacional, eis que o assunto é vasto e impõe a repetição de novos simpósios.

Foi o termo Vitimologia criado por BENIAMIN MENDELSON, em 1945, como todos reconhecem, nos primeiros estudos então feitos sobre a matéria por aquele eminente advogado israelense.

Aliás, entre os que compareceram ao Simpósio, estava justamente MENDELSON, figura ímpar, que muito nos impressionou, pela inteligência, pela tena-

cidade e pelo vigor com que defendeu seus pontos-de-vista, numa demonstração eloqüente de que é um profundo observador dos fenômenos sociais, qualidade esta que desde há muito revelara nos seus trabalhos de sociologia jurídica, publicados em 1947, 1956 e 1957, nos quais ressaltou a necessidade de um estudo da vítima nos seus mais variados aspectos, isto é, no Direito Penal, na Psicologia e na Psiquiatria. Com MENDELSON, inegavelmente, surgiu o interesse sobre os fenômenos de ordem psicológica e social, referente à vítima, como sujeito passivo da infração penal em sua relação com o agente ativo.

Em 1948, veio a lume o estudo de HANS VON HENTIG, intitulado *O Criminal e sua Vítima*. Daí para diante, criminalistas, os mais consagrados, passaram a se interessar também sobre o assunto, realmente apaixonante, surgindo, então, vários trabalhos.

No exterior, por exemplo, entre muitos, escreveram sobre a Vitimologia, PAASCH, SCHULTZ, MORRIS, QUINNEY, SAND, SILVERMAN, MARVIN E. WOLFGANG, THOMAS QUINCEY, LUÍS JIMÉNEZ DE ASÚA, OCTAVIO ITURBE e ANTOUN FAHMY ABDU. No Brasil, entre outros, EDGARD DE MOURA BITTENCOURT,

ALVES DE MENEZES e OLYMPIO PEREIRA DA SILVA.

Desde a antropologia de LOMBROSO e os posteriores estudos que contribuíram para a formação da Escola Positiva, os estudos, como ressaltou EDGARD DE MOURA BITTENCOURT, que introduziu no Brasil a Vitimologia, "concentraram-se de tal modo na análise do delinquente que, durante longo tempo, a vítima passou a ser elemento quase totalmente esquecido na etiologia do crime" (*Vítima*, São Paulo, 1971, pág. 13).

Hoje, todos os autores, em seus trabalhos, já reconhecem que a vítima é, quase sempre, fator decisivo na origem do crime.

LUÍS JIMÉNEZ DE ASÚA, por exemplo, assevera, com a sua autoridade, que "no binômio atormentador-atormentado, é preciso ver quem é na verdade a vítima" (*Justitia*, vol. 52, pág. 127). E MARVIN E. WOLFGANG e THOMAS QUINCEY, citados por ASÚA, ressaltam que "é muito comum desempenhar a vítima, nos homicídios, um papel importante, de transcendência maior ou menor, e muitas vezes de natureza decisiva".

Dáí, por certo, a advertência de OCTÁVIO ITURBE: "O conhecimento, quanto mais amplo que se possa alcançar em torno da personalidade da vítima, assim como do delinquente, contribuirá para evitar erros ou injustiças judiciais" (*Nuevo Enfoque Criminológico de la Víctima del Delito*, in *Revista Penal y Penitenciária*, 1958, ns. 88/90, pág. 209). E ALVES DE MENEZES e OLYMPIO PEREIRA DA SILVA lembram que "sabe-se, agora, que a vítima é partícipe ativa na efetivação de um delito; que é, quase sempre, a insufladora do crime no qual leva a

pior parte" (*Delito, delinquente e vítima*, *Revista do Instituto Médico Legal do Estado da Guanabara*, vol. I, n. 4, pág. 52).

Mas EDGARD DE MOURA BITTENCOURT, antigo estudioso da Vitimologia no nosso país, como que a sugerir estudos mais amplos sobre a matéria, prognosticou: "A nova doutrina, entre outras proposições, entrosadas em diversos ramos do conhecimento humano, sugere que na fixação em espécie da relação criminal (infrator-vítima), não se abandone o estudo, com o mais puro objetivismo, do papel de cada um dos sujeitos, ativo e passivo, do delito. Por essa forma se estabelecerá a contribuição de cada qual, não na causa e no resultado, dogmaticamente apurados, senão nas causas próximas e remotas, mas adequadas, da ocorrência prevista na lei penal" (obra citada, pág. 37).

É certo que vários estatutos penais, inclusive o nosso, já previam, de certa forma, a Vitimologia.

O Código Penal Brasileiro de 1940, por exemplo, ao pressupor, no art. 121, § 1.º, a diminuição especial da pena aplicável ao agente que comete o crime sob o "domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima", reconheceu como causa geradora do evento criminoso a injusta provocação partida da vítima. Quanto à legítima defesa, um dos seus requisitos objetivos, é a agressão injusta, praticada pela vítima. E nas atenuantes genéricas, o mesmo Código estabelece a de ter o agente cometido o crime "sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima". Tanto na doutrina como na jurisprudência, certas vítimas de estelionato, sedução e emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos em

poder do sacado, são reconhecidas, no caso concreto, como as verdadeiras causadoras do fato criminoso, pela sua conduta envolta na má-fé, na dissimulação e na mendacidade. Nos chamados delitos de trânsito, igualmente, quantas vezes a culpa é totalmente da vítima que, imprudentemente, dá causa ao seu próprio atropelamento.

Por tudo isso, se fazia necessário, atendendo-se aos reclamos de toda parte, a realização de um encontro em nível internacional, para uma análise compreensiva — não de todos, o que seria impossível —, mas de muitos dos problemas que a matéria envolvia, objetivando-se a troca de pontos-de-vista sobre os vários aspectos de assuntos tão importantes, como, por exemplo, delimitar-se o escopo da Vitimologia: seria ela um ramo da Criminologia ou teria implicações mais amplas? Depois, focalizar a própria vítima, para se saber até que ponto ela permitia tipologias e qual seria a base de tais tipologias: legal, psicológica, social, psiquiátrica? Em seguida, o relacionamento criminoso-vítima. Qual a contribuição efetiva da vítima para a prática do delito? Que determina a escolha, pelo criminoso, de tal vítima em particular? Até que ponto deveria a sociedade assumir a responsabilidade pelo bem-estar da vítima? Todos esses tópicos, e muitos outros, foram apreciados e discutidos no 1.º Simpósio Internacional de Vitimologia, o qual proporcionou um encontro de grande valia, ao reunir 350 representantes de 28 nações, dentre eles o Prof. PIETRO NUVOLONE, numa permuta de conhecimentos e estudos realizada num elevado nível cultural, social e até mesmo diplomático, a começar pelo *Chairman*, Prof. ISRAEL DRAPKIN, diretor do Instituto de Criminologia, da

Faculdade de Direito e da Universidade Hebraica de Jerusalém.

Ressalte-se a presença, no Simpósio, não apenas de juristas interessados nos problemas penais e criminológicos, mas de vários sociólogos, psicólogos e psiquiatras.

Vale salientar, dentre os sociólogos que compareceram ao Simpósio, ROBERT A. SILVERMAN, do Departamento de Sociologia da Universidade de Western, Ontário, Canadá, o qual, em substancial trabalho, focalizou a precipitação da vítima (*Victim Precipitation*), evocando, inicialmente, as observações de MANNHEIM, ao sugerir que "a distinção entre criminoso e vítima, que anteriormente aparecia clara como preto e branco, de fato muitas vezes torna-se vaga e confusa em casos individuais. As ações das pessoas envolvidas no evento são estudadas, demorada e profundamente, tornando-se duvidosa, muitas vezes, a situação daquele que deva ser acusado pelo resultado".

Abordando os estudos do relacionamento vítima-agressor, ressaltou SILVERMAN que, nos mesmos, sobressaem os "casos em que a vítima sempre teve alguma coisa a haver com a sua própria vitimização". Em seguida, acentuou que o conceito de *Victim-precipitation* tem tido um importante papel no desenvolvimento da vitimologia e tem sido usado teórica e empiricamente. A seguir, mostrou que o exame do conceito da precipitação da vítima, como tem sido empregado na investigação e na teoria criminológicas, estava a merecer um aperfeiçoamento, para seu uso futuro, eliminando-se discrepâncias e confusões, a fim de que não perdesse a sua utilidade como elemento empírico e explicativo.

Não se olvidou, contudo, que o conceito de precipitação da vítima surgiu

com a própria Vitimologia. HANS VON HENTIG, no estudo intitulado *Algumas observações sobre a interação do Criminoso e Vítima*, editado em 1948, lembrou que "a vítima modela e molda o criminoso" e que, em realidade, "a vítima pode assumir um papel determinante" no evento criminoso. Daí, por certo, haver ELLENBERGER se referido ao "par penal".

Divididos em 4 grupos, assim denominados: 1 — O estudo da vitimologia; 2 — A vítima; 3 — O relacionamento agressor-vítima; 4 — A sociedade e a vítima — Atitudes e Políticas, ao final, na sessão plenária, foram discutidas e aprovadas várias recomendações, todas de transcendental importância.

Inicialmente, concluiu-se que a Vitimologia, em sentido amplo, pode ser definida como um estudo da vítima em geral, ressaltando-se, entretanto, que o Simpósio tinha por escopo tratar dos problemas vitimológicos dentro da estrutura da Criminologia. Assim, passaria a Criminologia a ser enriquecida por uma orientação vitimológica. Ademais, além da vítima individual, concluiu o Simpósio que um grupo, sociedade ou nação podem ser tidos como vítimas. Entendeu também o Simpósio que, partindo da ação recíproca bi-dimensional, de pessoa para pessoa para uma interação tri ou pluridimensional, assim incluindo o próprio espectador e outras pessoas relevantes, o assunto ganha vital importância, bem como que o espectador indiferente a um crime comporta-se de maneira repreensível. Tal comportamento do espectador indiferente poderia não ser considerado um ato criminoso, mas seria educacionalmente neutralizado. Ao revés, o espectador que fizesse esforços para salvar uma vítima obteria imunidade por seu

ato razoável e compensação quando ele próprio se ferisse.

A seguir, focalizando a vitimização, isto é, o ato de tornar alguém vítima, com as figuras do vitimizador e do vitimizado, entendeu o Simpósio que, assim como a criminalidade encoberta é um obstáculo considerável na Criminologia, do mesmo modo é a vítima encoberta, pelo que, a investigação em torno da vitimização é sempre necessária.

Reconheceu o Simpósio que se pode ser vitimado por uma catástrofe ou desastre mas, tão logo a calamidade ou desastre possam ser atribuídos à culpa de pessoas individuais ou povo, sociedades ou nações, há vitimização num sentido criminológico. Por outro lado, entendeu o Simpósio, dentro do mesmo aspecto, que a vítima de grupos de pessoas é tão importante quanto a vitimização no nível de pessoa para pessoa. Reconheceu ainda que a inadvertência, a negligência e a violência na nossa industrializada e motorizada sociedade, são as grandes causas de vitimização, direta, até mesmo intencional, em atos de pessoa para pessoa.

Após focalizar o Simpósio as causas de vitimização, passou à prevenção, ao tratamento e à investigação, aprovando proposição no sentido de que a eficaz prevenção e controle ao crime, baseada em princípios que estão muitas vezes fora do alcance das novas forças e desenvolvimento da sociedade local, a cena nacional e internacional, causa sofrimento às vítimas do crime, à sociedade em geral, não se excluindo também o próprio ofensor. E em decorrência, convidou o Simpósio os legisladores, os magistrados e outras autoridades responsáveis pela prevenção e controle do crime, para estabelecerem, avaliarem e renovarem os ser-

viços e a organização neste campo, a fim de se aumentar a efetividade e reduzir o sofrimento humano. No que diz respeito à Vitimologia e ao melhor conhecimento do papel da vítima, tal conhecimento, quanto mais amplo, conduzirá a uma melhor sentença e ao aperfeiçoamento do procedimento legal, que por seu turno pode ajudar a evitar a reincidência e reduzir os riscos da vitimização. Reconheceu ainda o Simpósio que o nosso mundo atual continua a se manter aflito com os casos de abuso de governo ou de organizações de nações poderosas, pelo que minorias vulneráveis têm sido e ainda são vitimizadas e o perigo de uma violência em massa, numa escalada, está constantemente presente. O Simpósio, coerente, condenou tais práticas e apelou para a consciência da humanidade para manter e fazer respeitar uma vigilância moderadora.

Considerou ainda o Simpósio a necessidade de os governos serem obrigados a manter corpos médicos para prestarem serviços sociais, psiquiátricos e psicológicos às vítimas de crimes, livres de despesas. Tais serviços seriam em caráter de emergência e a longo prazo.

Entendeu também o Simpósio que, com o fito de evitar vitimização em grupo, precisa ser respeitada a diferença entre crimes políticos e comuns. Outrossim, com o fim de auxiliar a vítima do Estado, o direito de asilo precisa ser fortalecido. Achou igualmente o Simpósio que procedimentos institucionais deveriam ser providos para proteger a vítima contra consequências prejudiciais não intencionais do processo judicial. Um equilíbrio deveria ser alcançado entre as necessidades e o que diz respeito à vítima e o próprio processamento do réu. Em resumo, o que concerne à vítima não

deveria por em risco o processamento do réu, mantendo-se o equilíbrio entre a acusação e a defesa.

Referentemente à compensação das vítimas de crimes, considerou o Simpósio que deveria recomendar a todas as nações, urgentemente, para que dêem consideração ao estabelecimento de um sistema de estado de compensação para vítimas de crimes e que todas as nações deveriam procurar alcançar a eficácia e a aplicação máxima dos esquemas existentes que possam ser estabelecidos. Recomendou também que todos os métodos disponíveis de propagar informações sobre a existência e operação de tais esquemas sejam colocados em disponibilidade para o público e que a participação de todas as agências e organismos apropriados governamentais e privados sejam assegurados na complementação de tais esquemas. Recomendou ainda o Simpósio que todos os esquemas de compensação sejam investigados e avaliados, tendo-se em vista a sua aplicação, objetivando-se as exigências de cada uma das comunidades que eles servem. Entendeu finalmente o Simpósio que todas as recomendações fossem levadas em consideração por todas as nações com o fim de se estabelecer esquemas de compensação ou modificações dos esquemas existentes, com as seguintes indagações: a) Deveria haver um nível máximo ou mínimo para compensação? b) Qual a natureza das perdas que deveriam ser recompensadas, como, por exemplo, dano direto, perdas de salário, dor e sofrimento? c) Deveria ser dada consideração à conduta da vítima no momento da ofensa ou a seu caráter geral, determinando a questão da compensação? d) Deveria o pagamento ser de direito ou deveria ele

apenas ser negado por razões estabelecidas pela Corte? e) Deveriam os esquemas atuais serem estendidos para incluir crimes contra a propriedade?

Enfim, as conclusões e as recomendações do Simpósio serviram para des-cortinar novos ângulos da Vitimologia, não se olvidando nunca a cooperação, hoje em dia indiscutível, da cooperação da vítima, com a sua conduta, para a prática delituosa.

Certo, também, que o novo ramo da Criminologia será um dos mais eficazes para a condução de sentenças a um caminho melhor. Daí, sem dúvida, a importância da matéria, pelo que já ficou inclusive acertada a realização do 2.º Simpósio Internacional de Vitimologia, em 1975, nos Estados Unidos.

Nos dias atuais, o julgamento, ou o encaminhamento de um processo criminal, estuda a vítima apenas como vítima, sem dar o devido destaque ao seu papel no crime. A vitimologia se propõe a reformular esse conceito, estudando também a colaboração do ofendido e sua conseqüente responsabilidade.

Aprofundando-se no estudo de um dos principais personagens na gênese do crime, isto é, da vítima, a Vitimologia há de contribuir decisivamente para a prevenção da criminalidade e para o surgimento de um novo direito penal, calcado na vida como ela se nos apresenta, a lembrar a assertiva de LOPES DA COSTA, de que "o Direito é a vida, na alvorada de seus esplendores e no crepúsculo de suas misérias"!

NOTAS E INFORMAÇÕES

"MOÇÃO DE GOIÂNIA"

Em homenagem ao cinquentenário da morte de Rui Barbosa, realizou-se em Goiânia, no mês de setembro de 1973, o Seminário de Direito Penal e Criminologia, com a presença de inúmeros penalistas brasileiros.

Nesta ocasião, os juristas presentes fundaram o Instituto Brasileiro de Ciências Penais cuja sede será em Goiânia, tendo sido designada comissão, composta dos professores Licínio Leal Barbosa (Goiás), Manoel Pedro Pimentel (São Paulo), e Luís Vicente Cernichiaro (Brasília) para redigir o estatuto da nova entidade.

Como conclusão do Seminário foi elaborada a "Moção de Goiânia" afirmando alguns princípios fundamentais para a prevenção da criminalidade e conseqüentemente para o bem-estar social. Nela recomenda-se a substituição do sistema vigente de penas, medida que visa uma melhor recuperação do delinqüente e tratamento penal de maior respeito à dignidade do preso. Propõe-se ainda a inclusão da Criminologia nos cursos jurídicos, dada a importância do estudo das causas e origens da criminalidade. Os participantes reconheceram a inadequação da pena privativa de liberdade em relação a seus fins, seja a retribuição ao delito ou a ressocialização do delinqüente e pediram que ela se restrinja aos casos mais graves. Sugeriram, em complemento, a efetiva aplicação do regime de prisão aberta e outras medidas substitutivas da pena de prisão.

V CONGRESSO FLUMINENSE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Com a participação de representantes de diversos Estados da Federação, realizou-se em Nova Friburgo, RJ, de 11 a 14 de dezembro de 1973, o V Congresso Fluminense do Ministério Público.

No que respeita às matérias de nosso interesse, foram apresentados ao Congresso, para discussão, os seguintes trabalhos: "Sentença Condenatória e Prescrição", do Dr. JOSÉ RICARDO LOPES GUIMARÃES (RJ); "O Cheque com Insuficiência de Fundos", dos Drs. CARLOS GOMES SANROMÃ e GERALDO NUNES (DF); "Do Recurso de Ofício no Processo Penal", dos Drs. JAMES TUBENCHLAK e DENISE SOUZA SOARES (RJ); "A Sentença Penal e o Ministério Público", do Dr. RUY BARBOSA CORRÊA FILHO (PR); "Culpabilidade Normativa e Embriaguez no Código Penal de 1969", do Prof. DAMÁSIO E. DE JESUS (SP); "Indenização à Vítima do Delito", do Dr. PAULO AUGUSTO COSTA ALVES (ES); "A Insemina-

ção Artificial no Direito Repressivo", dos Drs. EVANDRO BARBOSA STEELE e JAMES TUBENCHLAK (RJ).

Os Anais do Congresso serão brevemente publicados pela Revista do Ministério Público Fluminense.

I SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE VITIMOLOGIA

Realizou-se em Jerusalém, no período de 2 a 6 de setembro de 1973, o I Simpósio Internacional de Vitimologia, que aprovou as seguintes conclusões e recomendações.

I. O que é Vitimologia?

1. a) A Vitimologia pode ser definida como o estudo científico de vítimas. No entanto, os problemas das vítimas de crime, objeto principal deste simpósio, devem receber atenção especial.
- b) A Criminologia será beneficiada com uma orientação "vitimológica".
2. Indivíduos, grupos, organizações, nações e sociedades podem ser "vitimizados".
3. Ao invés de considerar apenas a interação bi-dimensional, de pessoa a pessoa, deve-se considerar também a tri ou multidimensional, incluindo assim o espectador e os circunstantes.
4. O fato de não preocupar-se o espectador com o acontecimento, no local do crime, é negativo e, seja ou não considerado em si mesmo ação ou omissão criminosa, deve ser pedagogicamente combatido.
5. O espectador que procura assistir à vítima deve ser protegido por seus atos razoáveis e recompensado quando sofra danos.

II. "Vitimização".

1. É necessário pesquisar sobre "vitimização" oculta.
2. Um sentimento subjetivo de "vitimização" pode não ser acompanhado por elementos suficientemente objetivos para que a sociedade possa atuar com a resposta adequada.
3. "Vitimização" de grupos e por grupos não é menos séria que a "vitimização" de pessoa a pessoa.
4. Certas formas de inadvertência ou negligência que ocorrem na sociedade industrial são tão causadoras de "vitimização" quanto os atos intencionais.

III. Causas de "Vitimização".

1. Assim como se pensa que certas pessoas têm altas probabilidades de cometerem crimes, também outras podem ter igual tendência para serem "vitimizadas".
2. A vítima pode precipitar o crime.
3. Um "vitimizador" pode já ter sido vitimizado antes.

4. A administração da justiça pode às vezes, utilizar punição excessiva e, deste modo, "vitimizar" aquele que foi antes "vitimizador".

IV. Prevenção, Tratamento e Pesquisa.

1. a) Medidas ineficientes de prevenção e controle do crime podem causar sofrimento desnecessário às vítimas, aos infratores e à sociedade.
- b) Legisladores, tribunais e outras autoridades responsáveis pela prevenção e controle do crime devem avaliar e renovar as organizações e serviços neste campo a fim de aumentar sua eficiência e reduzir o sofrimento humano desnecessário.
- c) A Vitimologia pode conduzir ao aperfeiçoamento dos processos legais, inclusive a decisão judicial e, assim, reduzir e reincidência e os riscos de "vitimização".
2. As legislações devem prever procedimentos institucionais para proteger a vítima contra consequências não intencionais e prejudiciais do processo judicial. Deve-se encontrar um equilíbrio entre as necessidades e os direitos da vítima e do réu.
3. a) Alguns governos e organizações estatais "vitimizam" grupos vulneráveis, causando perigo de escalada para a violência de massa. Estas práticas são condenadas e apela-se para a consciência da humanidade a fim de manter e reforçar uma vigilância restritiva.
- b) É necessário controle internacional sobre este tipo de "vitimização".
4. O direito de asilo deve ser reforçado a fim de prestar assistência à vítima do Estado.
5. Os órgãos governamentais e não governamentais devem promover serviços médicos, psiquiátricos, psicológicos e sociais, tanto de emergência quanto prolongados, para as vítimas de crime, sem despesas.
6. a) Impõe-se a pesquisa sobre a extensão em que a "vitimização" pode levar vítimas a tornarem-se criminosos.
- b) Pesquisa sobre as probabilidades de ser vítima poderia ajudar a sociedade a prevenir a "vitimização" de pessoas vulneráveis.

V. Indenização.

1. Como medida de urgência, todas as nações devem considerar o estabelecimento de sistemas estatais de indenização às vítimas de crime e devem procurar atingir o máximo de eficiência na aplicação dos sistemas existentes e naqueles que podem ser criados.
2. Todos os meios disponíveis devem ser utilizados para informar sobre os esquemas de indenização e deve ser assegurada a participação de todos os órgãos apropriados, na sua implementação.
3. Todos os esquemas de indenização existentes devem ser pesquisados e avaliados com vistas a estender sua aplicação, tendo em mente os respectivos requisitos das diversas comunidades onde eles atuam. Sugere-se que todas as nações que pretendem instituir esquemas de

indenização ou modificar os existentes, considerem as seguintes questões:

- a) Deve haver limite máximo ou mínimo para a indenização?
- b) Qual a natureza dos prejuízos que devem ser recompensados? Por ex., dano direto, perda de salário, dor e sofrimento.
- c) Deve-se considerar a conduta da vítima no momento do crime e/ou seu caráter geral ao se determinar a indenização?
- d) Deve o pagamento ser de direito e negado apenas por razões especificadas pelo tribunal?
- e) Devem os esquemas atuais serem ampliados a fim de incluir crimes contra a propriedade?
- f) Deve o Estado ter o direito de reivindicar o reembolso pelo criminoso e/ou direito de obrigar os criminosos a declararem seus ganhos para o Estado?
- g) Devem os países instituir esquemas de seguro compulsórios para certas profissões cujo exercício se baseia em elemento de fidelidade e confiança a fim de cobrir os danos causados por um de seus membros, p. ex., médicos, advogados, contabilistas, companhias de seguro, membros do mercado de títulos?
- h) Devem os esquemas de indenização conter oportunidades de recurso?
- i) Devem os espectadores que procuram ajudar as vítimas ter direito de serem recompensados pelos danos ou perdas sofridas?
- j) Deve a vítima ter direito a indenização parcial imediata a fim de cobrir as despesas iniciais, sendo a quantia final determinada posteriormente pela junta de indenização?
- k) Deve uma pessoa acusada e absolvida posteriormente ter direito a indenização pelas despesas do processo e por outras perdas?
- l) Deve um juiz, em julgamento criminal, ter direito de ordenar indenização pelo Estado simultaneamente a seu veredicto?
- m) Deve-se instituir o gabinete de Ombudsman para que focalize diretamente as necessidades da vítima, com especial consideração ao alívio do trauma imediato, à prevenção de pressões posteriores sobre a sociedade assim como ao tratamento oferecido às vítimas reincidentes?

Além das conclusões e recomendações acima, decidiu-se também, na assembléia de encerramento do Simpósio, pedir ao Presidente que sugira à Sociedade Internacional de Criminologia que continue a patrocinar a série de Simpósios Internacionais de Vitimologia. (A Comunidade de Massachusetts e a Northeastern University of Boston, Mass., propuseram que o 2.º Simpósio se realize em Boston em 1976.) Com este propósito, foi também sugerido que um setor da Secretaria Geral da Sociedade Internacional de Criminologia se estabeleça em Jerusalém, Israel, para se ocupar de todos os problemas relacionados com a organização e o funcionamento desse futuro Simpósio.

COLÓQUIO INTERNACIONAL SOBRE DESCRIMINALIZAÇÃO

Bellagio, 7 a 12 de maio de 1973

Quatro associações internacionais, a Associação Internacional de Direito Penal, a Fundação Internacional Penal e Penitenciária, a Sociedade Internacional de Criminologia e a Sociedade Internacional de Defesa Social, promoveram em Bellagio, de 7 a 12 de maio de 1973, o terceiro de uma série de colóquios que, de 5 em 5 anos, reúne representantes destas organizações. O objetivo desse encontro quinquenal é a melhor coordenação dos estudos e atividades no campo do direito penal e penitenciário. O tema do colóquio realizado este ano foi a "descriminalização".

Os debates tiveram como referência relatórios apresentados inicialmente, por cada uma das associações, respectivamente, L. H. HULSMAN (Holanda), A. WAHL (Alemanha Ocidental), C. N. GIBBENS (Inglaterra) e P. CORNIL (Bélgica). Os trabalhos mostraram uma nítida tendência favorável à "descriminalização" de maior número de fatos que não provoquem graves danos sociais. Foi apresentada uma lista de tipos de comportamento que deveriam ser "descriminalizados": adultério, homossexualismo, incesto, sodomia, prostituição, aborto, relações sexuais com menores; e ainda mendicância, vadiagem e outros. O Prof. GIULIANO VASSALI mostrou a impossibilidade de suprimir certas figuras de ilícito penal sem uma visão clara da eficácia, do conteúdo social e do custo de uma escolha desse tipo. Também lembrou que o sistema de delitos e penas não é o sistema mais racional e eficiente para melhorar a sociedade. Aliás, como afirmou o Prof. CORNIL, é necessário punir ou, punir mais gravemente, alguns comportamentos que hoje não preocupam o magistério penal, como atentados contra a segurança do trabalho e do tráfego, bem como na urbanização e destruição do meio ambiente, além de controle de telefones e gravações não consentidas. O documento de trabalho utilizado, assinalava:

Na maioria dos países economicamente desenvolvidos são observados fenômenos importantes de "descriminalização". Eles se manifestam, seja pela supressão ou atenuação do caráter criminal de uma infração, seja pela abstenção ou rarefação dos processos, ou ainda pela modificação do tratamento dos delinquentes.

Paralelamente à descriminalização, observa-se uma evolução inversa de "criminalização". Algumas infrações são atingidas por penas mais severas, enquanto novas infrações são introduzidas na lei penal. Este processo de descriminalização deveria ser abordado no colóquio de Bellagio apenas na medida em que fosse necessário à compreensão do tema principal.

Uma descriminalização total e imediata se realiza através de reforma da lei penal. Exemplos disto são pouco freqüentes. Na maioria das vezes, a descriminalização é realizada gradualmente, por uma seleção no exercício da ação penal e por transformações na imposição de condenações, ou no modo de execução das sanções penais.

O Colóquio de Bellagio teve por finalidade fixar os aspectos e fatores principais de descriminalização, através da confrontação dos pontos-de-vista das qua-

tro associações, considerando sobretudo os fatores sociológicos (por exemplo, evolução dos costumes) e a influência dos progressos técnicos sobre a natureza e a quantidade das infrações.

A descriminalização total de uma infração pode suprimir toda intervenção da autoridade com relação a seu autor. Mas ela pode também introduzir uma intervenção de outra natureza, principalmente sob forma de sanções disciplinares ou administrativas, de aplicação obrigatória ou facultativa de métodos terapêuticos (ex. alcoolismo).

No interior de um sistema penal determinado, o conjunto destas modificações se realiza fragmentariamente por decisões legislativas, judiciárias ou administrativas que visam certas infrações ou certas fases de ação repressiva. A confrontação dos quatro relatórios preparatórios e os debates do Colóquio deveriam ser suscetíveis de esclarecer esta evolução e estabelecer as linhas gerais.

Seria desejável que cada um dos relatórios abordasse o tema, em ordem principal, no setor que é especialmente da competência de sua associação:

- a) O relatório da Sociedade Internacional de Criminologia daria a contribuição das pesquisas científicas, principalmente sobre a evolução da criminalidade, sobre a *zona neyra* e sobre a eficácia das sanções penais;
- b) A Sociedade Internacional de Defesa Social tentaria descrever a evolução da política criminal face aos fenômenos de descriminalização;
- c) O relatório da Associação Internacional de Direito Penal tomaria como ponto central de seu relatório, a adaptação do direito penal e do processo penal às novas situações resultantes da descriminalização;
- d) A Fundação Internacional Penal e Penitenciária abordaria — de direito e de fato — a evolução das sanções e de seu modo de execução em função da atenuação do caráter criminal de certas categorias de infração.

O MENOR ANTI-SOCIAL E A CULTURA DA VIOLÊNCIA

Sob este título, a Associação Mineira dos Advogados Criminologistas, presidida pelo Dr. MARCO AURÉLIO ALVES VAZ DE MELLO, e o Instituto de Criminologia da Universidade Católica de Minas Gerais, dirigido pelo Dr. JASON SOARES DE ALDERGARIA, promoveram um ciclo de estudos, de 26 de novembro a 1.º de dezembro, em Belo Horizonte.

Os trabalhos se constituíram de algumas conferências seguidas de debates, a saber: "O Menor Anti-social e a Cultura da Violência", pelo Prof. PEDRO ALEIXO; "Anomia, Politoximania no Adolescente e Transtorno Mental no Jovem Delinqüente", pelo Dr. CAIO BENJAMIN DIAS; "Subcultura da Violência, Bando Juvenil e Jovens Contestatários", pelo Prof. ARIOSVALDO DE CAMPOS PIRES; "Industrialização, Urbanização, Delinqüência Juvenil e sua Prevenção nos Planos de Desenvolvimento Nacional", pelo Dr. WANDER SOARES; "Criminologia Clínica, Prevenção da Delinqüência e Tratamento do Jovem Delinqüente", pelo Dr. TASSO RAMOS DE CARVALHO. No dia 1.º de dezembro, com a participação de diversos

debatedores, foi posto em discussão o anteprojeto do Código de Menores elaborado pelo Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

DEBATE SOBRE A INCRIMINAÇÃO DO ADULTÉRIO

O Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes fez realizar um debate sobre a incriminação do adultério, no dia 12 de outubro, no salão nobre da Faculdade.

Participaram dos trabalhos o Min. EVANDRO LINS E SILVA, D. ESTEVÃO BITTENCOURT, a socióloga YOLANDA CATÃO, o Prof. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, a escritora ROSE MARIE MURARO e o Prof. NILO BATISTA.

RDP publicará, em um de seus próximos números, um extrato da gravação dos debates.

I ENCONTRO NACIONAL DE MAGISTRADOS

(Vitória, Espírito Santo, outubro de 1973)

A absoluta necessidade de rever o futuro Código Penal e o anteprojeto do Código de Processo Penal foi a conclusão principal do I Encontro Nacional dos Magistrados, realizado em Vitória (Espírito Santo).

São as seguintes as conclusões aprovadas.

Código Penal

Comprovada a falência do atual sistema de penas (Código de 1942), o Código de 1969 não traduz qualquer substancial melhoria a uma situação que se mostra calamitosa na maioria dos Estados do Brasil.

Recomenda-se estudo para a substituição do referido sistema, de modo a permitir que os presídios fechados, de segurança máxima, sejam reservados exclusivamente para os sentenciados realmente perigosos à sociedade.

Para os demais réus: Prisões abertas, prisão albergue, interdições de direitos (elevadas, em certos casos, à categoria de penas principais), introdução da *probation*, ampliação do *sursis*, do livramento condicional e da pena de multa, calculada em função do rendimento bruto do condenado e não em relação ao salário mínimo.

Anteprojeto do Código de Processo Penal

Apesar de avanços que o anteprojeto apresenta, traz o mesmo grandes preocupações à magistratura nacional, notadamente nos seguintes pontos:

- a) na retirada do judiciário da supervisão da respectiva polícia;
- b) na excessiva ampliação das atribuições do Ministério Público em detrimento das dos juizes, máxime na direção do processo;
- c) na eliminação da ação privada subsidiária;
- d) na multiplicação dos recursos.

De se solicitar especial atenção dos legisladores para estas questões, consideradas de incomum relevância para o bom funcionamento da Justiça Penal.

Lei Antitóxicos

A denominada "Lei Antitóxicos", em seus propósitos recuperatórios é manifestamente falha; e em disposições processuais francamente inexecutável.

Urgente a sua reformulação, oferecendo-se as seguintes sugestões iniciais:

a) quanto ao rito processual: adoção, como básico, do atual rito sumário (do Cód. de Proc. Penal, em vigor);

b) facultar-se ao juiz, perante a personalidade dos réus primários, ampla possibilidade de converter a pena de reclusão em detenção, com vistas à concessão de *sursis*;

c) reformulação do critério relativo à fixação das multas, num sentido realístico;

d) previsão de tratamento especial, para os "experimentadores primários", que forem encontrados com pequena quantidade de psicotrópicos e que, *pari passu*, não sejam traficantes.

RESENHA BIBLIOGRÁFICA

RAUL ARMANDO MENDES, *Das providências brasileiras no combate ao uso de tóxicos (Brazilian Government Measures in the Fight against Drugs)*, Departamento de Imprensa Nacional, 1973, 89 págs.

Publicação bilingüe do trabalho apresentado pela Delegação do Brasil à XLII Assembléia Geral da OIPC-Interpol, realizada em Viena, de 2 a 9 de outubro de 1973. A Delegação foi chefiada pelo Dr. RAUL ARMANDO MENDES, secretário geral do Ministério da Justiça, que é autor da comunicação. Trata-se de brilhante membro do Ministério Público de São Paulo, convocado pelo Prof. ALFREDO BUZAI para o exercício das elevadas funções que desempenha atualmente.

O trabalho está dividido em cinco capítulos, constituindo apresentação sumária, mas bastante precisa da legislação brasileira em matéria de entorpecentes e outras drogas perigosas. Nele encontramos um histórico de nossa legislação sobre a matéria, inclusive exposição da nova lei em seus aspectos fundamentais, com destaque para o que concerne à recuperação dos viciados, ao procedimento judicial e aos aspectos técnico-jurídicos do crime.

Trabalho de síntese e informação, feito para estrangeiros, praticamente com abandono de qualquer visão crítica, salienta-se pela impecável exatidão, inclusive na parte em que faz a análise dogmático-jurídica dos ilícitos penais contidos na nova lei.

A tradução em inglês é, em geral, esmerada, feita por quem evidentemente conhece o idioma. Todavia, há falhas consideráveis no que concerne a expressões técnicas.

H. C. F.

Abstracts on Criminology and Penology, vol. 13, n. 6, Nov.-Dez. 1973, Kluwer B.V., Deventer, Holanda.

Este volume da excelente publicação (que anteriormente se denominava *Excerpta Criminologica*) encerra o ano de 1973, apresentando minucioso índice alfabético por assunto, bem como índice de autores do volume 13, que compreende seis números.

Nesta edição inclui-se artigo do Prof. NORBERT HUPPERTZ sobre o grupo juvenil e as alternativas para a escola de treinamento, destinada aos menores com problemas educacionais.

É inteiramente impossível ao especialista tomar conhecimento de tudo o que se publica em nosso setor de atividades. *Abstracts*, apresentando em cada número centenas de resenhas de livros e artigos de revista, presta aos estudiosos serviço inestimável.

H.C.F.

Revista de Ciencias Penales, Jan.-Abr. 1972, tomo XXXI, n. 1, Instituto de Ciencias Penales, Santiago, Chile.

Neste número publica a excelente revista que dirige o Prof. FRANCISCO GRISOLÍA, artigo do Prof. WALTER ORSCHEKOWSKI sobre a culpabilidade no Direito Penal socialista (Alemanha Oriental) e conferência do Prof. ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, sobre indução e auxílio do suicídio, tendo por base as defeituosas disposições sobre a matéria que apresenta o CP espanhol.

Entre os comentários a decisões destacam-se trabalhos de JAIME NÁQUIRA (sobre concurso de atenuantes no homicídio); ENRIQUE CURY (sobre erro de proibição); JORGE MEIRA FIGUEROA (sobre apropriação indébita); EDUARDO NOVOA ALDUNATE (sobre homicídio); JAIME VIVANCO (sobre responsabilidade civil no crime de contrabando) e IVAN BUSTOS e F. GRISOLÍA (sobre co-autoria no homicídio culposos).

A revista publica ainda extensa e bem cuidada resenha bibliográfica.

G. A. P.

BERNARD MORICE, *Les Procés de Haute Justice au Palais de Luxembourg*, Editions France-Empire, Paris, 1972, 540 págs.

A Alta Corte de Justiça é a instituição francesa a que as diversas constituições têm atribuído competência para o julgamento de crimes políticos. Constituída pelas Assembléias do Parlamento, inicialmente, a Câmara dos Pares, e, depois, o Senado, a Alta Corte teve por sede o Palácio de Luxemburgo, em Paris, cujos segredos o autor desta obra conhece bem, pois é diretor dos serviços administrativos do Senado, tendo escrito, inclusive uma história do palácio.

Apresenta o autor uma resenha de 21 dos casos mais famosos julgados pela Alta Corte de Justiça, nos diversos períodos da história da França, desde o processo do Marechal Ney, à época da Restauração, até os processos contra os colaboracionistas, após a guerra de 1939-1945. A Constituição de 1958 limitou a competência da Alta Corte ao processo e julgamento do Presidente da República, nos casos de alta traição e dos ministros, nos casos de crimes ou delitos cometidos no exercício de suas funções.

Os diversos casos de que o livro trata estão classificados segundo a época em que ocorreram (sob a Restauração; a Monarquia de julho; a III República e Após a Guerra de 1939-1945). Eles são apresentados em perfeita síntese, dando ao leitor informação completa e exata dos principais fatos da causa e dos incidentes históricos de maior relevo.

A leitura desta obra não pode deixar de suscitar algumas observações sobre o julgamento dos processos por crimes políticos em geral, confirmando a certa observação de CARRARA, de que a Justiça e a Política não nasceram irmãs.

O interesse político em torno das decisões perturba, de forma irremediável, a Justiça. Em quase todos os casos, o que se nota é que a condenação foi ditada porque correspondia às conveniências do poder, com a inobservância dos mais elementares princípios de garantia para os acusados. É curioso notar que tais princípios são garantias constitucionais desde a época da revolução. São constantes a violação do princípio da reserva legal e as acusações vagas e indeterminadas.

O julgamento do Marechal Ney é um caso típico e, talvez, o mais tristemente famoso. Seu crime foi o de entregar-se, com suas tropas, ao comando de Napoleão I, vindo da ilha de Elba, na triunfal campanha dos cem dias, violando a fidelidade que devia a Luís XVIII. Após o fracasso de Waterloo, em junho de 1815, o rei ordenou o julgamento dos generais que o traíram. O Marechal foi defendido pelos grandes advogados DUPIN e BERRYER, este último já então auxiliado pelo seu jovem filho, que seria, anos mais tarde, uma das maiores glórias do *barreau* francês.

O julgamento não passou de uma farsa judiciária em que se aplicou a pena de morte por fuzilamento. Em sessão secreta, à revelia da defesa, a Corte proibiu que em favor do réu fosse invocada a convenção militar de 3 de junho, celebrada nos muros de Paris, por força da qual se excluía qualquer perseguição aos vencidos.

Ilustrativos, igualmente, do abandono de toda garantia jurídica para os acusados, são os processos dos antigos ministros de CARLOS X, sob a Monarquia de julho; o do General Boulanger e do antigo Ministro Jean Malvy, sob a III República e o de Jacques Chevalier, antigo ministro do governo de Vichy, após a 2.^a Grande Guerra. De forma chocante, a Corte usou os seus poderes para qualificar os fatos supostamente delituosos, partindo de imputações amplas e indeterminadas e aplicando a pena de forma arbitrária.

A Justiça é sacrificada à razão de Estado ou ao interesse da nação, de que temos, nos tempos modernos, uma nova versão, na *segurança nacional*. O estudo dos processos políticos em todas as épocas, justifica bem o ceticismo de CARRARA e sua famosa alegoria: quando a política entra pelas portas do templo, a Justiça, apavorada, foge pelas janelas, para tornar aos céus. É a expressão do senador Bérenger, presidente da Comissão de Instrução da Alta Corte de Justiça, sob a III República: "*En politique, il n'y a pas de Justice*".

H.C.F.

Criminal Law Revision Committee, Eleventh Report, Evidence (General), Londres, Her Majesty's Stationery Office. 1972, 258 págs.

A Comissão de Revisão das Leis Penais foi instituída na Inglaterra em fevereiro de 1959 pelo *Home Secretary*, para examinar, a seu pedido, questões relevantes da lei penal vigente, com vistas à sua reformulação. A Comissão

é presidida pelo *Lord Justice* EDMUND DAVIES, e dela faz parte o Prof. GLANVILLE WILLIAMS, cuja obra é bem conhecida fora da Inglaterra.

Em 1964, a Comissão foi solicitada a rever o direito referente às provas em matéria penal, tendo efetuado desde então extensa pesquisa sobre a matéria, em seus múltiplos aspectos, nos mais variados setores da atividade judiciária. Desde novembro de 1966 foram divulgados vários relatórios parciais. O presente volume, que acaba de ser publicado, constitui o pronunciamento final da Comissão sobre o assunto, contendo um projeto de lei sobre a prova em matéria penal, acompanhado de extenso relatório e de exposição de motivos.

O direito inglês em matéria de prova foi elaborado através da *common law* e de algumas leis escritas (particularmente o *Criminal Evidence Act*, de 1898), no curso dos últimos dois séculos, tendo em vista especialmente o julgamento pelo júri. Ao contrário do sistema da livre convicção, que prevalece no direito continental e no dos países que lhe seguiram a influência, o direito inglês adota o sistema das provas legais, disciplinando de forma rígida a admissibilidade e o cabimento de certos tipos de prova. Isso se faz para assegurar a correção do julgamento, preservando de maneira superlativa o direito do acusado.

Parece claro que a matéria está a exigir profunda revisão, que a Comissão sugere em seu excelente trabalho. Ela se manteve na justa medida, atendendo, por um lado, à necessidade de suprimir privilégios indevidos, que beneficiam injustamente o criminoso, ajustando a lei às exigências de repressão eficiente, no mesmo passo em que mantém, por outro lado, certos princípios muito caros à tradição liberal do direito inglês.

As mais importantes propostas de reforma referem-se à prova por ouvir dizer (*hearsay*), ao efeito do silêncio do réu, aos antecedentes criminais, ao testemunho de crianças e à confissão.

A confissão continua tendo a maior importância como meio de prova, ainda que, em linha de princípio, se pudesse dizer coisa diversa. Todavia, a experiência demonstra que comumente a confissão é obtida através de induzimento, de ameaça ou de violência.

No direito anglo-americano, em geral, vigoram rígidos princípios a respeito da admissibilidade da confissão. Segundo tais princípios, antes que a confissão policial possa ser apresentada ao júri, o Ministério Público deve provar, de forma que satisfaça ao juiz, que ela foi *voluntária*, ou seja, de que não foi obtida por receio de prejuízo ou por esperança de vantagem, ou por opressão. Isso faz com que nos processos em que haja confissão, ocorra um julgamento prévio (de que o júri não participa) quanto à admissibilidade de tal prova, que, se for excluída, não pode ser apresentada ao júri.

Isso prevalece mesmo nos casos em que, através da confissão se obtém outro tipo de prova (ex.: a descoberta do cadáver, em caso de homicídio, ou da *res furtiva*, no caso de furto).

A idéia que se encontra por detrás desse sistema é a de que a confissão que não for voluntária não merece fé (princípio da confiança), bem como a de que só excluindo totalmente a prova ilegalmente obtida se desencoraja a autoridade policial de usar métodos impróprios para obter a confissão (princípio da disci-

plina). Atualmente, o direito é demasiadamente rígido, favorecendo indevidamente o criminoso, pois os tribunais interpretam a voluntariedade como espontaneidade. Mesmo a confissão obtida mediante simples promessa de benefício legal não é admitida em juízo. Exemplo típico é o caso citado pelo relatório do preso que confessou indagando previamente: "Se eu confessar vocês me concedem fiança?", recebendo resposta afirmativa.

A Comissão basicamente não se afastou do sistema em vigor, tendo rejeitado a proposta que alguns membros fizeram no sentido de enviar ao júri, para que lhe atribua o valor que tiver, toda a prova disponível sobre o fato (sistema que prevalece no direito continental).

A confissão continua a não ser admissível se resultou de opressão (aí compreendidas a duração desmedida do interrogatório, principalmente se o indiciado estava preso), ameaça ou induzimento. Todavia, nem toda ameaça ou induzimento bastará (como até aqui), sendo relevantes somente quando forem capazes de produzir uma confissão falsa.

A Comissão propõe também sejam atenuadas (sem eliminá-las) as restrições do direito vigente quanto à prova por ouvir dizer (*hearsay*) e à prova dos antecedentes criminais (hoje totalmente inadmissível antes da condenação). Com o sistema do processo penal em duas fases (primeiramente se julga se a ação penal é procedente, ou não; em seguida, se aplica a pena cabível, se o réu for condenado), os antecedentes criminais só são conhecidos na segunda fase.

Habitados ao sistema do livre convencimento, os penalistas de nosso país haverão de ler com especial interesse e proveito este estudo notável, com uma certa ponta de inveja pelo sistema inglês. Em boa verdade, a nossa experiência demonstra que há motivos de sobra para temer os perigos do livre convencimento, para os quais vários tratadistas da prova têm chamado atenção. Nossos juízes têm certa tendência a transformar o livre convencimento em íntima convicção, aceitando elementos de prova inadmissíveis (como a confissão feita na polícia, com o réu preso incomunicável e a mera chamada de co-réu). Com isso, o livre convencimento se transforma naquela panacéia de que falava CARMIGNANI, nos velhos tempos. Não custa repetir que o livre convencimento, para condenar, tem de repousar na *certeza* objetiva e geral (*sub specie universalis*), demonstrável pelos elementos de prova existentes nos autos. E que, entre estes, só são admissíveis os que foram produzidos em juízo ou os que, oriundos do inquérito policial, são confirmados ou corroborados por elementos que resultam do contraditório.

O estudo das regras que compõem o sistema inglês em matéria de prova penal, de que este livro apresenta um quadro perfeito, será muito estimulante para a interpretação e aplicação dos princípios gerais de nosso direito na matéria.

H. C. F.

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, *Exame Criminológico*.

Editora Jurídica e Universitária, Rio de Janeiro, 1972, 312 págs.

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA é professor de Criminologia e Prática Forense da Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas e de Direito Penal Militar do Curso

Superior de Polícia, além de juiz no Estado da Guanabara, tendo anteriormente dirigido o Instituto Penal Talavera Bruce.

O seu livro *Exame Criminológico* vem impregnado da sua idéia de pena preventiva, ao tempo em que entende a individualização voltada única e exclusivamente ao tratamento de ressocialização e preconiza o uso, pelo juiz, de um *perito criminológico*, por ele definido como um perito criminal especializado por um curso superior de Criminologia.

O direito penal assentado no dogma da culpa de que fazem profissão de fé as exposições de motivos dos códigos de 1940 e 1969 — não compatibiliza a pena, ao menos no momento da sua aplicação, com a idéia de prevenção, mas a entende como mera retribuição da conduta. BETTIOL enfatiza: "*nessuno pensa a toccare o a rovesciare la correlazione, 'fatto-reato', 'reato-retribuzione', 'retribuzione-pena' per negare o scambiare i termini tra di loro*" (*Stato di Diritto e "Gesinnungsstrafrecht", "Scritti in honore di Hans Welzel"*). A pena imposta por existência de culpa (= censura ao autor) só pode ser dogmaticamente retributiva. O excelente SOLER afirma que a pena, no momento da sua fixação, é ameaça: em nenhuma hipótese se pode prometer uma vantagem ("Conceito e Objeto do Direito Penal", *Revista de Direito Penal*, n. 4, pág. 30). A pena é imposta pelo que o autor culpável fez, não pelo que é. Praticado o crime, a individualização deve representar exatamente a censura que merece o agente.

Mesmo a adoção da chamada culpabilidade pela conduta da vida (tipo de autor) pelo Código Penal de 1969 não representa o afastamento do dogma da culpa. CORREIA mostra que, aqui também, a pena dirige-se à censura, à culpa do agente, não à sua periculosidade por incapacidade total ou diminuída de culpa (cf. *Direito Criminal*, vol. I). Não se trata de exumar os cadáveres da *cegueira jurídica* ou *inimizade ao direito*, mas de censurar o agente que podia e devia conduzir a construção de sua vida de outra forma.

Assim, o exame criminológico pretendido pelo art. 392 do anteprojeto de Código de Processo Penal, no qual se procura conhecer o agente, vê-lo como é na realidade, não apenas o que fez, não pode interessar à individualização da aplicação da pena, mas à individualização da sua execução.

Não se negue que a falência do sistema penitenciário levou ao descrédito as penas privativas de liberdade, no que concerne às finalidades medicinais, curativas, regenerativas e ressocializantes que neo-positivistas nelas procuram enxergar. Está evidente que a preocupação por esse aspecto pragmático da pena de prisão inspirou o ilustre professor e magistrado ÁLVARO MAYRINK DA COSTA na elaboração do seu excelente trabalho, no qual, ao tempo em que define e estabelece os parâmetros de utilização do exame criminológico, defende a sua aplicação já na fase individualizadora de imposição da pena.

O livro, inegavelmente, contribui para realçar a importância do exame criminológico, constituindo um repositório invulgar da erudição e conhecimentos práticos do autor.

LUIZ ALBERTO MACHADO

AZEVEDO FRANCESCHINI, *Tóxicos, Aplicação da Lei n. 5.726, de 1971*, Ed. Rev. dos Tribs., São Paulo, 1973, 132 págs.

JOSÉ LUIZ VICENTE DE AZEVEDO FRANCESCHINI, filho do Maestro Comendador Fúrio Franceschini e da Sra. Da. Maria Angelina Vicente de Azevedo Franceschini, nasceu em São Paulo, aos 17 de setembro de 1917. Coursou o Ginásio do Carmo e, depois, a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Durante o período acadêmico foi membro da Academia de Letras da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, ocupando a cadeira n. 1. Colou grau de bacharel em 16 de janeiro de 1940. Ainda estudante, iniciou-se no serviço público como funcionário da Procuradoria-Geral da Justiça, cuja Secretaria era então chefiada pelo inesquecível David Pimentel. Nomeado Promotor Público Substituto, por concurso em que se classificou em 1.º lugar, deixou logo depois o Ministério Público, em virtude de nomeação para o cargo de Juiz Substituto, após concurso em que também se laureou com o 1.º lugar, em 12 de junho de 1942. Após brilhante carreira na primeira instância, chegou ao Tribunal de Alçada, por merecimento, promovido por decreto de 4 de setembro de 1963. Criado o Tribunal de Alçada Criminal em 1967, removeu-se para a nova Corte, da qual veio a ser Presidente no biênio 1970/1971, deixando marcada sua gestão com notáveis realizações, entre as quais se destaca a modernização dos serviços da Secretaria, implantando o serviço de microfilmagens e abrindo a nova era da informática no setor do Judiciário.

Conhecido como trabalhador incansável, extensa é a lista das suas obras publicadas: *Repertório de Jurisprudência da Lei de Falências*, em 2 vols.; *Títulos de Crédito*, em 4 vols.; *Jurisprudência Criminal do Tribunal de Alçada*, em parceria com o Prof. MANOEL PEDRO PIMENTEL; *Programa do Curso de Direito Criminal* — Parte Geral, tradução da monumental obra de CARRARA, em parceria com o Dr. JOSÉ RUBENS PRESTES BARRA; *Direito de Família*, 4 vols., em parceria com o Dr. ANTÔNIO DE SALES OLIVEIRA; *Do vínculo conjugal*. Tem, no prelo, *O novo Código Penal à luz da jurisprudência*, em 4 vols., além de outro trabalho sobre jurisprudência em matéria falimentar. Dirigiu a seção criminal da revista *Julgados dos Tribunais de Alçada*, da Editora Lex Ltda., e publicou inúmeros artigos de doutrina em revistas especializadas, pronunciando, outrossim, várias conferências que abordaram matéria de Direito penal e processual.

O livro *Tóxicos — aplicações da Lei n. 5.726, de 1971* é fruto sazoadado da visão ecumênica do jurista e magistrado, exposição ampla e sistemática da Lei n. 5.726, de 1971. Aborda o autor, inicialmente, a modificação da competência recursal que, no Estado de São Paulo, passou do Tribunal de Justiça para o Tribunal de Alçada Criminal. Em seguida cuida da delicada questão da substituição da penalidade carcerária pela internação do agente em estabelecimento hospitalar, discordando da liberalidade com que se tem utilizado do permissivo legal, atentando-se ainda mais contra a *mens legis* quando se trata de réu menor. Trata, a seguir, da prova da situação de viciado e da inimputabilidade e da imputabilidade diminuída, aludindo às perícias e seus prazos. Excepcional afiançabilidade, em caso de réu menor, é focalizada neste mesmo

capítulo. Em consonância com o problema da prova, versa a respeito do laudo de exame toxicológico, destacando seus aspectos materiais e processuais. Continuando no escorço da prova, analisa a controvertida questão do valor dos depoimentos prestados por policiais e examina o problema das buscas e apreensões. Critica, em seguida, a forçada liberalização de uma contraproducente liberdade vigiada, e passa a analisar algumas figuras delituosas, assinalando suas peculiaridades, apontando especialmente algumas omissões do texto legal na formulação dos tipos penais. A importância que dá ao problema processual da competência, em razão da conexão de delitos, vem destacada no capítulo seguinte. Formulando crítica a respeito da preocupação do legislador com a celeridade do processo, mostra que ela gerou indisfarçáveis prejuízos em razão do afrouxamento da repressão. Várias outras questões interessantes são tratadas no final do livro: co-autoria, conversão da pena pecuniária em detenção, tratamento penal do réu primário, a extinção da punibilidade do réu recuperado e o recurso de ofício. Em apêndice se encontra a indicação atualizada da legislação pertinente e, na íntegra, o texto da mencionada Lei n. 5.726, de 1971.

A obra é recomendável a todos os que lidam com o assunto, dada a riqueza de informações contidas no trabalho, facilitando e simplificando a pesquisa mesmo para aqueles que não estão afeitos à especialidade. Não se trata, obviamente, de contribuição penetrante de dogmática penal, e nem foi este o confessado intento do autor, conforme assinalado na "Explicação ao leitor", nota introdutória do livro. Mas é inegável a utilidade da obra, que alcançou plenamente o objetivo do autor, valendo a recomendação como uma definitiva aprovação do mérito de mais este trabalho de AZEVEDO FRANCESCHINI.

MANOEL PEDRO PIMENTEL

Delinquência Juvenil na Guanabara. Introdução à teoria e pesquisa sociológicas da delinquência juvenil na cidade do Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, Juizado de Menores, Rio de Janeiro, 1973, 141 págs.

Excelente estudo sociológico sobre a delinquência juvenil na Guanabara, iniciativa do Juizado de Menores, realizado por pesquisadores do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro, ANGELA F. TYGEL, ANTONIO C. MIRANDA, CARLOS O. SOARES (orientador), DILSON F. DA MOTTA, DRAUZIO M. GONZAGA, MICHEL MISSE, PAULO F. CAVALLIERI (Supervisor junto ao Juizado de Menores).

O trabalho se compõe de duas partes: a primeira consiste na análise teórica dos estudos sociológicos existentes sobre o comportamento delinquente. Esse passo inicial permite maior conhecimento sobre o objeto de estudo e contribui para a criação do instrumental empírico necessário à pesquisa sociológica. Na segunda fase, procedeu-se a levantamento empírico da criminalidade juvenil ocorrida no período 1960-1971, com especial ênfase quanto ao ano de 1971.

Os autores se dedicam primeiramente ao exame das diferentes abordagens sociológicas sobre a delinquência juvenil, mais especificamente sobre o comportamento desviado mostrando a importância de se clarificar o conceito de delinquência de modo a precisar o enfoque sociológico. Partem da distinção clássica de DURKEIM entre o normal e o patológico, examinando em seguida o estudo de MERTON, que considera a delinquência como uma das possibilidades individuais de adaptação às estruturas sócio-culturais, concluindo com a abordagem do desvio social a partir das subculturas existentes na sociedade (SUTHERLAND, COHEN, CLOWARD, OHLIN).

Completando esta análise introdutória, observam que houve um grande avanço no estudo sociológico da delinquência: presentemente, tenta-se elaborar uma teoria que não se restrinja à explicação única da delinquência juvenil mas que compreenda o fenômeno mais geral do comportamento desviado. Significa esta amplitude sociológica do conceito que a delinquência (enquanto tipo de desvio social) deve ser compreendida a partir da estrutura social na qual se origina e não somente tendo como referência o controle social institucionalizado.

Porém, nota-se nestas teorias a ausência de interpretação histórica que possibilite o estabelecimento de outro ponto de referência para a conceituação do comportamento desviado (ou da delinquência) que não sejam as normas institucionalizadas pela ordem social. A constante utilização do código normativo vigente como referência (sempre presente nos estudos sobre criminalidade, desvio, etc.) explica o tradicional enfoque do comportamento desviado como "anomia", "disfunção", "patologia". Assim, a sociedade é concebida como um "todo homogêneo" e a rejeição ou infração aos padrões de comportamento social reveste-se de caráter "anormal". A importância desta observação está em que, se o ponto de partida para o estudo do desvio social forem sempre as normas estipuladas pelo sistema, nega-se a possibilidade de questionar a validade destas normas e as instituições sociais que as mantêm, tornando impossível o enfoque do desvio a partir de outro sistema de valores ou como resultante do fenômeno de mudança social.

Numa complementação a este estudo teórico, os autores fazem referência às dificuldades da pesquisa empírica sobre criminologia. Observam que só é possível realizar uma análise criminológica, tomando como base a criminalidade "aparente" já que sua totalidade (criminalidade real) é inalcançável. Visando aproximar-se da situação real da criminalidade, sugerem áreas de pesquisa através das quais se poderia atingir maior veracidade. A primeira possibilidade seria o estudo das relações causais entre situação sócio-econômica e criminalidade. A segunda consistiria no estabelecimento de uma relação entre o processo de socialização da infância e adolescência e criminalidade. A terceira hipótese estudaria como grupos de referência e valores poderiam induzir ao comportamento delinquente. Acreditamos ser difícil chegar a conhecer a verdadeira situação criminal de uma região, mesmo utilizando essas diversas variáveis no estudo da criminalidade local. Porque, na realidade, para poder relacionar as diferentes variáveis, também só teremos acesso ao comportamento delituoso "aparente" e o estudo assim concebido indicará mais as possibilidades ou tendências criminais do que propriamente a realidade do fenômeno.

Na realização do estudo empírico sobre a delinquência juvenil na Guanabara, efetuado pela equipe, surgiram alguns problemas relacionados com as informações obtidas. Para se obter os dados necessários à pesquisa, foram utilizados os arquivos do Juizado de Menores da Guanabara. Porém, o processo de recolhimento das informações sobre os menores delinquentes, realizado com fins jurídicos, não atende aos requisitos exigidos pela pesquisa sociológica. Os dados existentes não estão sistematizados nem codificados segundo critérios estatísticos, refletem a ausência de objetividade nas entrevistas (realizadas pelas assistentes sociais) e carecem de uniformidade e precisão. Estes problemas dificultaram o trabalho sociológico e impossibilitaram, muitas vezes, o levantamento da situação sócio-econômica do menor. Acrescente-se ainda as dúvidas surgidas com relação à veracidade dos dados já que, em geral, a obtenção das informações é feita através do menor e quando este se acha preso.

Em vista das dificuldades encontradas, os autores fazem algumas propostas no sentido de facilitar e resolver os problemas que se colocam para a investigação sociológica. Entre outras sugestões, está a da organização de uma biblioteca especializada em delinquência juvenil que será de grande utilidade para aqueles que se interessam pelo tema ou trabalham nesta área; a da criação de um setor de pesquisa permanente utilizando a população existente no Juizado de Menores; utilização de questionário padronizado pelas assistentes sociais cujo modelo é, aliás, apresentado neste trabalho.

Na primeira parte do levantamento realizado, analisaram-se as infrações cometidas por menores no período 1960-1971. Interessante o registro das conclusões mais relevantes. A tendência crescente do número de infrações praticadas por menores, conforme assinalam os autores, nos parece conclusão precipitada, visto que só poderá ser feita se compararmos o número de infrações praticadas com a população juvenil da Guanabara. Se aumentou o número de jovens na faixa etária considerada, não revela muito o fato de que o número de delitos registrados tenha crescido. Os anos de 1962, 1966 e 1970 apresentam grandes quedas no total de infrações (em 1966, 20%). É mister sublinhar que a diminuição de infrações ocorridas nestes períodos é essencialmente determinada pela diminuição dos crimes contra o patrimônio, pois aquela variação quase não se nota nas outras áreas analisadas. Aliás a criminalidade contra o patrimônio representa 50% do total de infrações praticadas por menores. Situam-se em seguida os crimes contra a pessoa (15 a 20%). As infrações que apresentam maior importância relativa na distribuição das infrações nesse decênio são o furto e a lesão corporal. Salienta também este relatório a tendência ascendente dos crimes de entorpecentes, especialmente a partir de 1969. (Em 1969, registrava-se 3,90% do total de infrações; em 1971, subiu a 15%.) A nosso ver, seria interessante relacionar alguns desses resultados com aqueles obtidos no estudo da criminalidade adulta, o que poderia revelar a tipicidade da delinquência juvenil.

A segunda etapa deste levantamento empírico refere-se à caracterização tipológica do menor infrator baseada numa amostragem do ano de 1971. Foram considerados 168 menores infratores (15% do universo) caracterizados segundo

sexo, idade, reincidência, escolaridade, ocupação, zona de residência e tipo de moradia.

A faixa etária dos 16-18 anos distinguiu-se como a de maior incidência de menores infratores. O número de reincidentes é pouco significativo (11%), sendo que a maior ocorrência de reincidentes localiza-se na área de crimes contra o patrimônio, seguido da de entorpecentes. Porém, este quadro pode não corresponder à realidade pois, devido à faixa etária, o indivíduo reincidente pode escapar ao registro do Juizado de Menores. 52% dos menores delinquentes são analfabetos ou possuem o primário incompleto. Observa-se, no entanto, que as áreas de entorpecentes e contravenções registram nível de escolaridade mais alto. Os autores sugerem uma relação determinante entre educação e delinquência.

Com referência à ocupação, chama-nos a atenção, o fato de que na categoria dos crimes de entorpecentes, 80% dos menores apenas estudam e não trabalham (isto também acontece na categoria das contravenções) enquanto que no caso dos delitos contra o patrimônio predominam os menores que não trabalham nem estudam (41,7%). O subúrbio, como zona de residência prevalece em todas as categorias, com exceção da área dos crimes de entorpecentes onde predomina a zona sul (38,7%). Entre os menores que residem na zona sul, a maior incidência é dos que só estudam (63%).

Parece-nos que a caracterização segundo o tipo de moradia não é significativa em toda a sua extensão. A moradia tipo "casa", por exemplo, possui um significado ambíguo, tanto pode revelar alto padrão econômico quanto o inverso. A localização da moradia ("zona de residência") revela bem isto. Os últimos quadros salientam a estratificação sócio-econômica do grupo social estudado, relacionando algumas variáveis consideradas: a categoria dos crimes por entorpecentes é um exemplo quando revela que, em geral, o menor aí enquadrado possui nível mais alto de escolaridade (secundário incompleto), dedica-se apenas ao estudo, vive na zona sul, em apartamento.

Os autores encerram o trabalho apresentando como hipótese a afirmação de que o tipo de infração determina o tipo de infrator; assim, o roubo ou furto seriam indicadores de uma posição sócio-econômica inferior do menor, enquanto o delito por entorpecentes corresponderia a estrato social mais elevado. Acharmos, no entanto, que neste último caso, haveria que se comparar a situação sócio-econômica do traficante e do consumidor não viciado que se enquadram na mesma categoria e que poderia causar distorções na interpretação.

Este trabalho possui grande interesse e valor como estudo introdutório à pesquisa sociológica sobre delinquência juvenil. Por isso mesmo, é necessário que esta abordagem inicial seja complementada com uma análise aprofundada dos dados recolhidos e da verificação de algumas hipóteses apresentadas. E, como os próprios autores sugerem, outras fontes de informação devem ser utilizadas (por exemplo, o contato direto com o menor). Parece-nos importante salientar esta iniciativa do Juizado de Menores, destacando a figura excepcional do juiz ALYRIO CAVALIERI, procurando orientar a política do menor com base em trabalhos sérios e científicos o que lhe confere grande credibilidade, já que permite fundamentar as medidas adotadas no real conhecimento da

situação da criminalidade juvenil. Este esforço é ainda mais louvável quando observamos o descaso de outros setores jurídicos com relação ao empreendimento de estudos científicos referentes ao respectivo campo de atuação.

YOLANDA CATÃO

Nuevo Pensamiento Penal, Revista de Derecho y Ciencias Penales, Editorial Astrea, Buenos Aires, ano I, n. 1, janeiro-abril de 1972; n. 2, maio-agosto de 1972; n. 3, set.-dezembro de 1972.

Nova revista lançada na Argentina, por um grupo de antigos discípulos do Prof. LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA, que figura como seu fundador. O Conselho de Redação é composto pelos Profs. ENRIQUE BACIGALUPO, DAVID BAIGÚN, FRANCISCO BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, ROBERTO BERGALLI, AMÉRICO J. CASTILLA, ESTEBAN RIGHI, MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, GLADYS ROMERO Y CARLOS TOZZINI.

Como se diz no prefácio do primeiro número (elaborado quando ainda vivia o Prof. JIMÉNEZ DE ASÚA) realiza-se deliberação tomada em agosto de 1970 pelo velho mestre, no sentido de publicar, com um grupo de seus discípulos, uma revista científica que refletisse a renovação da dogmática e das ciências penais.

A tendência de *Nuevo Pensamiento Penal*, como consta de seu programa, “ficará definida por uma das mais importantes contribuições de JIMÉNEZ DE ASÚA à ciência do direito de fala hispânica: demonstrar a incindibilidade do teórico e do prático em todas as ciências jurídicas e sociais”.

A publicação é quadrimestral e está fadada a grande sucesso, pelo reconhecido valor de seus diretores, que figuram entre os melhores penalistas argentinos da hora presente.

No primeiro número aparecem, além de homenagem a LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA (HÉCTOR MASNATTA), quatro artigos de doutrina. Do Prof. ASÚA publica-se um lúcido trabalho sobre o ensino das ciências penais, tema a que já havia dedicado outros ensaios. Do Prof. JÜRGEN BAUMANN, *Culpa y expiación. Son el mayor problema del derecho penal actual?*, com precisas observações sobre algumas das questões básicas, do direito punitivo de nosso tempo, na linha das conhecidas propostas apresentadas pelo Projeto Alternativo, alemão. Do Prof. ENRIQUE BACIGALUPO, *Sistema del error sobre la antijuridicidad en el Código Penal*, trabalho erudito sobre um dos temas mais controvertidos de nossa matéria. Finalmente, dos Profs. GIUSEPPE DI GENARO e FRANCO FERRACUTI, *El campo de acción de la criminología en el sistema penal italiano*.

No primeiro número publica-se também uma seção de jurisprudência, com decisões selecionadas sobre fraude, seguidas de comentário de DAVID BAIGÚN, e sobre vilipêndio aos símbolos pátrios, comentadas por JAIME E. MALAMUD GOTI. Na parte de legislação, inclui-se o texto da nova lei sobre usura, com comentário de CARLOS A. TOZZINI, bem como o texto da parte geral do Código Penal Tipo para a América Latina, com comentário de ENRIQUE RAMOS MEJÍA.

O volume termina por bem elaborada resenha bibliográfica e noticiário.

No segundo número estão publicados trabalhos de JIMÉNEZ DE ASÚA (“*Corsi e ricorsi*”. *La vuelta de von Liszt*); ARMIN KAUFMANN (*Problemas del conocimiento jurídico ejemplificado en el Derecho Penal*); JOSÉ CEREZO MIR (*La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho Penal española*); ANGELO RAFFAELE LATAGLIATA (*Consideraciones sobre el relieve penal del feticidio no cometido por motivos de honor*) e ROBERTO BERGALLI (*De la Sociología Criminal a la Sociología de la conducta desviada*).

Entre esses estudos, todos de grande valor, merecem destaque os de ARMIN KAUFMANN e CEREZO MIR, pela profundidade e maestria com que desenvolvem os temas que examinam.

O n. 3, correspondente ao quadrimestre setembro-dezembro, 1972, publica trabalhos de ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG (*Acerca del dolo eventual*); CLAUD ROXIN (*Las nuevas corrientes de política criminal en la Republica Federal Alemana*); SILVIO RANIERI (*Orígenes y evolución de la escuela positiva*); LEOPOLDO SCHIFFRIN (*Algunas reflexiones sobre el concurso ideal*) e EDUARDO NOVOA MONREAL (*Progreso humano y derecho penal*). O jovem Prof. GIMBERNAT ORDEIG será, seguramente, um dos mais valorosos da nova geração de mestres espanhóis no campo do Direito Penal, e seu estudo sobre o dolo eventual revela a sua maturidade e mestria. ROXIN insiste em delinear os pontos cardeais que inspiraram o Projeto Alternativo, matéria de que tem-se ocupado em vários de seus escritos recentes. O trabalho de RANIERI constitui valioso estudo, por quem tinha da matéria completa informação. O velho mestre dirigiu *La Scuola Positiva* até à sua morte, tão lamentada.

Interessantes também os estudos de SCHIFFRIN e de NOVOA MONREAL, este último divulgado por esta revista em nosso país (RDP 2/9).

Auguramos à nova revista que, como se verifica, põe-se num plano de alta categoria universitária, o mais completo sucesso e permanência.

H. C. F.

JOSÉ ANTÔNIO PEREIRA RIBEIRO, *Fraude e Estelionato*, ed. Sugestões Literárias S/A, São Paulo, 1973, 143 págs.

A presente edição nos permite retomar contato com o trabalho, do qual já fizéramos leitura em diagonal, quando publicado na revista *Justitia* 80/165 e segs.

No prefácio, afirma o A. que, “num *tour de force*”, procurou “sanar uma lacuna muito notada na nossa literatura jurídica: a falta de um trabalho mais amplo, mais sério sobre o estelionato” (pág. 9). Seguramente não o conseguiu.

Desde logo, a descontração vocabular do A. lhe dificulta a desejável contenção e rigor técnicos: desde que houve um esperto e um otário existiu crime de estelionato” (pág. 9); “ao malandro civilizado repugna tomar o dinheiro (!) ou a mulher (!! do outro”; “ele busca, então, o refinado malandro, roubar o seu irmão de forma sutil, diplomática” (...) “que o irmão menos inteligente

engole direitinho" (pág. 9). Isso é positivamente linguagem de imprensa sensacionalista, jamais de livro que se pretenda técnico, e nunca de obra que aspire a sanar lacunas. E se é verdade que tais expressões se encontram no Prefácio, não o é menos que retornam ao longo da exposição, como um *leit motiv* que deságua no último período do livro, onde, em tom profético, o A. clama por maior rigor nas penas, afirmando que "enquanto houver um trouxa e um esperto haverá estelionato" (pág. 139).

O estelionato surge, assim, um pouco como resultante natural de um determinismo histórico que faria as delícias de MANIQUEU: a perpétua divisão da humanidade em "trouxas" e "espertos", problema, aliás, de fácil solução: aos primeiros competiria "engolir direitinho", e dos segundos nos encarregaríamos nós, remetendo-os à cadeia.

Metade do livro é dedicado a uma exposição histórica, onde tomamos conhecimento da amplitude pioneira que o A. confere à idéia de fraude.

Falando do Egito, menciona o A. "a fraude consistente no roubo dos celeiros dos templos" (pág. 20), ressaltando que "a fraude mais comum" (...) "era a praticada pelos funcionários" (...) cuja "visita anunciava uma sova de bastonadas" (pág. 20). Assinala, em seguida, que "outra espécie de fraude punida rigorosamente era a pilhagem de túmulos" (pág. 21). Procuramos em vão identificar qualquer fraude nessas três situações, onde viamos violência contra pessoa e coisas.

Quando o A., após enunciar os mandamentos do Decálogo, afirma que "aí estão enumeradas, pois, as diversas fraudes às quais os judeus deviam abster-se de cometer" (pág. 32), compreendemos, a despeito da crase indevida, a amplitude por ele conferida à idéia de fraude. Sim, fraude não é apenas fraude, e muito menos se limita a abranger, além de si mesma, a violência: fraude é simplesmente todo o resto, além dela mesma.

Essa concepção revolucionária vai expressamente referendada num comentário ao Código de Hammurabi, onde, segundo o A., encontraremos, além de "normas de caráter culposas, outras que punem a fraude, ou seja, o crime doloso" (pág. 27). Aí está. *Ubi dolus, ibi fraus*, parece ser o ponto essencial do pensamento exposto. O falecimento de Hammurabi, em data acerca da qual divergem os cronistas, sem glosar o seu texto, impede que se oponha a tal concepção a interpretação autêntica do cioso rei.

"A evolução do estelionato na Idade Média" constitui um capítulo com oito linhas e meia (pág. 43) e três períodos: o primeiro voltado para o passado, e o terceiro para o futuro. A única informação a respeito do que o título do capítulo sugere, garante que "esta figura jurídica sofreu uma evolução, pois muitos crimes, que eram considerados como de furto na Antiga Roma, no Direito Intermediário da Idade Média passara (*sic*) a constituir crime de estelionato" (pág. 43).

Após esta imersão na fraude medieval, temos direito canônico, com uma equiparação discutível do possuidor de má-fé ao autor de estelionato, equiparação que só foi possível ao A. a partir de "uma tradução mais livre e mais tecnicamente jurídica" (pág. 45), que simplesmente acrescentou o meio fraudulento à fórmula original da *possessio malae fidei rei alienae*.

E depois vem "O Estado Democrático Moderno e o *Jus Puniendi*" (pág. 51), onde se podem examinar as relações do Direito Penal com o Constitucional e o Tributário (págs. 53 e 55), matéria cujas implicações com a economia da fraude eram até hoje, segundo cremos, insuspeitadas.

Legislações Estrangeiras (págs. 57 e segs.)! Assegura-nos o A., aqui, que "varia o *nomen juris* do crime", subtraindo-nos esperanças, que sempre tivemos, de que o Código da República dos Camarões e do Japão se servissem da mesma designação. Afirma que o Código Francês "denomina o delito de *D'Escoquerie*" (pág. 57), sendo certo que deveríamos então dizer que o *nomen juris* da figura, em português, é "Do Estelionato".

Se o revisor do trabalho negligenciara bastante com a última flor do Lácio, inculta e bela, com outras flores do Lácio, como o francês (*bus por but*, pág. 58), o italiano (*commesso* por *commesso*, pág. 60) e o espanhol (*prejuicio* e *años* por *perjuicio* e *años*, pág. 61) a coisa se agravou; e ainda teríamos algum alemão pela frente (pág. 93).

Ah, revisor! Conhece-se, entre "os grandes comentaristas argentinos", o Prof. SOLAR (pág. 61)? Será parente do Prof. SOLER? Conhecem-se os Profs. FONTAN, BALESTRA (pág. 61)? Serão filhos do ex-diretor da *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Prof. FONTAN BALESTRA? Quem foi GIUSEPPE MAGGIONE (pág. 80), que tem pontos-de-vista tão parecidos com os de GIUSEPPE MAGGIORE, o extraordinário Professor de Palermo, sobre a distinção entre fraude penal e fraude civil? Houve efetivamente, no Supremo Tribunal Federal, um ilustre Ministro, cujo nome lembrava o de HAHNFEMANN GUIMARÃES que se lê a fls. 98.

E é neste clima de equívocos que o livro, por fim, trabalha sobre o estelionato. Nada de novo, nada que não esteja pensado e repensado: pelo contrário, pouco desenvolvimento para problemas de algum relevo (p. ex., a questão da torpeza bilateral, pág. 97), pouca metodologia, e uma confusão apocalíptica no estudo do dolo (pág. 89 e segs.).

O A. é promotor público; professor da Faculdade de Direito da Alta Paulista e da Faculdade de Ciências Contábeis e Administração de Tupã, Estado de São Paulo.

G. A. P.

ROBERTO LYRA FILHO E LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, *Compêndio de Direito Penal, Parte Geral*, ed. José Bushatsky, São Paulo, 1973, 340 págs.

Temos aí uma reedição aumentada das *Postilas de Direito Penal*, dadas a lume em Brasília, em 1969 (Coordenada Editora de Brasília, 243 págs.).

Ao texto original, foram acrescentados cinco capítulos, de autoria do Prof. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, sobre Direito Penal, relações com outros ramos, e disciplinas auxiliares, e sobre teoria da lei penal (lei penal no tempo e no espaço, e com relação a determinadas pessoas; norma penal, interpretação). Ou seja: o texto antigo se inicia na pág. 97 do novo.

Este *Compêndio de Direito Penal* nos permite rever um estilo objetivo e eficaz de ensinar nossa disciplina, como é o dos AA. Declaradamente destinado a estudantes, o Compêndio será lido com prazer e proveito por profissionais e professores de Direito Penal.

ROBERTO LYRA FILHO é uma singular figura de intelectual do Direito; a sua *Criminologia Dialética* veio consagrar um Professor sensível às mais sutis angústias de sua disciplina, lá num território em que todas as disciplinas sociais se aproximam de seu espantoso protagonista, o homem do século XX, um pouco vítima do perigoso ofício de pensar. É lastimável que a dogmática jurídico-penal o tenha perdido, porque há de haver, na herança de VON LISZT, uma via enriquecedora e humanista, a exemplo do que ensaia ROXIN, na qual o jurista não se demita do exame do próprio problema sobre cuja regulação trabalha.

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (*Cônjuge, Circunstância Agravante, Ciência Penal*, 2/61) é um professor seguro, bem informado, e a leitura nem sempre agradável dos órgãos oficiais nos revela que levou ele para a magistratura suas virtudes universitárias.

E assim, sem embargo de divergências (p. ex., a teoria da ação penal é considerada um “extremo intolerável” do normativismo — pág. 161, afirmando-se que WELZEL “embaraça-se com o elemento subjetivo culpa” — *ibidem*), temos uma publicação que exige a re-leitura dos que conheceram as Postilas, e a leitura cuidadosa dos demais.

NILO BATISTA

PAULO LÚCIO NOGUEIRA, *Questões Penais Controvertidas*, ed. Sugestões Literárias, São Paulo, 1973, 173 págs.

Já conhecíamos o A., de *A Justiça à Luz da Poesia* (São Paulo, 1970), um livro espantoso, onde algumas figuras típicas são submetidas à tortura de uma versificação atroz. Dois exemplos bastam. A propósito de infanticídio, lê-se:

“Que dor! Que emoção!
Para a mãe desesperada
que matou a criança indesejada,
não sofresse de psíquica perturbação.”

E, sobre adultério, a melancólica constatação:

“Apesar de punido desde a antigüidade,
a lei não tem conseguido reprimir
o adultério que cresce na sociedade.”

Foi, pois, com justificável receio que tomamos as *Questões Penais Controvertidas*, para logo nos tranquilizarmos: tratava-se de prosa.

E boa prosa. Revelando uma generosa preocupação com a possibilidade, sempre presente, de que a situações idênticas sejam atribuídas soluções diversas,

o A. — que é magistrado — englobou neste volume algumas questões que pertencem ao cotidiano da prática judiciária penal.

É aí que encontramos, numa exposição despojada de preocupações eruditas (veja-se a modestíssima bibliografia, pág. 173), mas clara e segura, a apreciação de problemas como o do flagrante preparado do crime continuado contra pessoas, da prescrição, da pena de multa, da suspensão dos direitos políticos decorrente de condenação criminal, do casamento da ofendida com terceiro, etc.

A descontração do A., nada preocupado com aparências de erudição, conduzindo ao despojamento a que nos referimos, faz com que a leitura do livro seja amena e útil, porquanto enfrenta com simplicidade e clareza os problemas que examina.

Podemos discordar de algum ou alguns pontos-de-vista enunciados (por exemplo, a respeito da decadência do direito de representação, ficamos com a autonomia dos prazos, na linha de fundamentação que se vê em RDP 4/109, ao contrário do A. — pág. 35), mas é inegável a qualidade da obra. Sobre todas as questões abordadas, traz o A. uma boa informação de jurisprudência, o que só faz aumentar o mérito do trabalho. O A. pesquisou os julgados que se inclinam para as diversas soluções que são dadas às questões.

Eis um livro simples, útil, que se recomenda aos profissionais e estudantes do direito e processo penal.

G. A. P.

ABREVIATURAS USADAS

AC	— Apelação Criminal
AJ	— Arquivo Judiciário
ANIBAL BRUNO	— ANIBAL BRUNO, <i>Direito Penal</i> , Forense, Rio de Janeiro, vols. 1 a 4.
<i>Arquivos</i>	— Arquivos do Tribunal de Alçada (GB)
C. Crim.	— Câmara Criminal
CF	— Constituição Federal
CJ	— Conflito de Jurisdição
CP	— Código Penal
CPM	— Código Penal Militar
CPP	— Código de Processo Penal
CPPM	— Código de Processo Penal Militar
DL	— Decreto-lei
DO	— Diário Oficial, Parte III, Poder Judiciário, GB
DJ	— Diário de Justiça, Brasília
FREDERICO MARQUES	— JOSÉ FREDERICO MARQUES, <i>Elementos de Direito Processual Penal</i> , Forense, Rio, 1961, vols. 1 a 4.
FREDERICO MARQUES, <i>Tratado</i>	— JOSÉ FREDERICO MARQUES, <i>Tratado de Direito Penal</i> , Saraiva, São Paulo, 1964 vols. 1 a 4.
FRAGOSO	— HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, <i>Lições de Direito Penal</i> , José Bushatsky Editor, São Paulo, vols. 1 e 2 (1962); vols. 3 e 4 (1965).
FRAGOSO, <i>Jur. Crim.</i>	— HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, <i>Jurisprudência Criminal</i> , Borsoi, Rio de Janeiro, 1973, 2 vols.
ESPÍNOLA FILHO	— EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, <i>Código de Processo Penal Brasileiro Anotado</i> , Borsoi, 1954, vols. 1 a 8.
HC	— "Habeas Corpus"
HUNGRIA	— NÉLSON HUNGRIA, <i>Comentários ao Código Penal</i> , Forense, Rio de Janeiro, vol. I, tomos 1 e 2 (1958); III (1959); V (1958); VI (1958); VII (1967); VIII (1959); IX (1959).
LCP	— Lei das Contravenções Penais

MAGALHÃES NORONHA

MANZINI

RC
RDP
RECr
Rev. Crim.
RF
RHC
RJ

ROCr
RT
RTJ
SOLER

STF
STM
TA
TFR
TFR Jurispr.
TJ

- EDGARD MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, Saraiva, São Paulo, vol. 1 (1969; vol. 2 (1969); vol. 3 (1968); vol. 4 (1968).
- VINCENZO MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, UTET, Turim, 1950/52, vols. I a IX.
- Recurso Criminal
- Revista de Direito Penal
- Recurso Extraordinário Criminal
- Revisão Criminal
- Revista Forense
- Recurso de “Habeas Corpus”
- Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Guanabara
- Recurso Ordinário Criminal
- Revista dos Tribunais
- Revista Trimestral de Jurisprudência
- SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1963, vols. 1 a 5.
- Supremo Tribunal Federal
- Superior Tribunal Militar
- Tribunal de Alçada
- Tribunal Federal de Recursos
- Revista do Tribunal Federal de Recursos
- Tribunal de Justiça

Apropriação indébita. Configuração.

A apropriação indébita é crime contra a propriedade que se configura quando o possuidor, tendo a coisa em nome alheio (como mandatário, transportador, locatário, credor pignoratício, depositário, etc.), inverte o título da posse, passando a dispor da coisa *uti dominus*, com o *animus rem sibi habendi*.

Não será bastante, para evidenciar o delito, como é óbvio, a simples posse *alieno nomine*, e nem mesmo, em certos casos, a não devolução da coisa, quando reclamada pelo dono. Pode haver retenção legítima ou a necessidade de prévia prestação de contas, quando haja incerteza quanto aos créditos devidos, circunstância que geralmente exclui o dolo (RTJ 42/128).

Quando as transações entre mandante e mandatário tornam incerto o que é devido, diversas vezes têm os tribunais decidido ser necessária a prévia prestação de contas e exame regular da escrita (RTJ 47/435; 48/104), elemento no qual se tem identificado o corpo de delito (RTJ 57/427).

A 1.^a C. Crim. do TJ da Guanabara, na AC n. 59.306, relator o eminente Des. VALPORÉ CALADO, por unanimidade, decidiu: “Apropriação indébita. Não basta a prova da entrega da coisa ao agente para se ter o delito como configurado; a lei exige, em complemento, a prova da transformação pelo dito agente, da posse da coisa alheia móvel em domínio exclusivo, para total proveito próprio, o que não se obtém mediante simples declaração de quem se diz vítima” (DO, 20.12.73, 543).

Assistente. Admissibilidade. Empresa em regime de liquidação extrajudicial. Diretores processados por crime contra a economia popular.

Em processo crime movido contra ex-diretores de uma instituição financeira, em regime de liquidação extrajudicial, no qual se trata de apurar possível existência de crimes contra a economia popular, o liquidante extrajudicial, nomeado pelo Banco Central do Brasil, requereu lhe fosse deferida assistência de acusação. O requerimento colocava em questão a problemática da titularidade do assistente.

Coube ao Juiz JOSÉ NOVAES VÁRZEA FILHO solucionar o caso, o que fez indeferindo a pretensão, sob o fundamento de inexistir “legitimidade ou titularidade” do requerente para “reivindicar a assistência ao Ministério Público”, eis que não se podia considerar a própria empresa liquidada como ofendida pelos possíveis ilícitos contra a economia popular.

“Na ação penal pública” — afirma o despacho, que merece transcrição — “poderá intervir, como assistente do Ministério Público o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31 do CPP. Essa admissão, como de resto está na lei, se dará enquanto não passar em julgado a sentença, e o assistente há de receber a causa no estado em que a encontrar.

“Percebe-se que, embora normalmente movimentada pelo Ministério Público, a ação penal pública, que tem fulcro na denúncia, poderá agasalhar, em sua trajetória, a parte privada, que toma no processo, assim, uma posição acusatória auxiliar.

“Mas, essa posição auxiliar, essa intervenção da parte privada na ação

penal pública é exclusiva do ofendido, pois que é ele a pessoa que sofre as consequências diretas e os efeitos imediatos da infração penal, em si ou em seus bens.

"Segundo se vê de ESPÍNOLA, vol. I, pág. 379, "o ofendido é, evidentemente, este: a pessoa imediata e diretamente atingida pelo crime. É essa pessoa que, como ofendido, pode apresentar a queixa". E, remata o mesmo autor, pág. 380: "É preciso, porém, seja a pessoa atingida direta, imediatamente, pelo crime, pois não é ofendido quem lhe sofre apenas a ação mediata, indireta".

"O que decide, antes de mais nada, a admissão de um assistente de acusação, é a sua legitimidade como ofendido.

"Já se tem decidido, quanto à admissibilidade do assistente de acusação que "o depositário judicial de um menor raptado não tem qualidade para intervir, como assistente do Ministério Público, no processo crime movido contra o raptor. Essa intervenção só é possível ao ofendido, e ofendido na hipótese não se considera o depositário e sim o próprio menor" (Ac. 3.^a Câ. Criminal de TJSP, de 24.4.49, na apelação n. 22.908, in RT 181/99).

"Também já se decidiu que "o Sindicato é pessoa jurídica de direito público, para os fins estritamente previstos na legislação trabalhista, não se concebendo que venha a juízo criminal senão no próprio interesse, quando lesado em qualquer crime contra seu patrimônio e jamais em defesa de direito alheio ou da sociedade. (Reclamação n. 5.201, TJ da GB, in RF 212/328-329.) E, nessa hipótese tratava-se de crime de ação pública (art. 292 do CP), onde os odontólogos fizeram representação à autoridade policial, mas o Eg. Tribunal entendeu que

a representação era mera comunicação, a não transmitir aos comunicantes qualquer título para a assistência da acusação pública, e muito menos ao Sindicato, posto nenhum dos comunicantes, e nem o Sindicato, poderiam figurar como vítima da ação criminosa do reclamante. Acrescentava a decisão que a defesa de direito alheio ou da sociedade, está nas mãos do Ministério Público."

A decisão, que restou inapreciada pela superior inexistência, à falta do emprego de qualquer remédio (reclamação, mandado de segurança) nos parece corretíssima.

Dispõe o art. 268 CPP que "em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas enumeradas no art. 31".

Vê-se, pois, desde logo, que o assistente do Ministério Público é, ou melhor, pode ser o ofendido, e ninguém além do ofendido. MAGALHÃES NORONHA é, a respeito, categórico: "O direito de assistência é privativo do ofendido, como seu viu" (*Curso de Dir. Proc. Penal*, São Paulo, 1964, 188).

Dessa orientação não se afastara o Anteprojeto TORNAGHI, em seu art. 71: "O ofendido, seu representante legal e seu sucessor (art. 26, § 1.^o) pode habilitar-se a intervir no processo como assistente do Ministério Público".

E dessa orientação não se afastou o projeto de autoria do Prof. FREDERICO MARQUES: "Art. 116 — O ofendido pode ser parte no processo penal:

I — (...)

II — Como assistente de acusação, nos crimes de ação penal pública".

É ensinamento pacífico da doutrina que só o ofendido pode constituir-se

em assistente do Ministério Público. Roborando a passagem de MAGALHÃES NORONHA, mencionada, temos o magistério de ESPÍNOLA FILHO, III, 269, para quem "a intervenção, como assistente, é exclusiva, porém, do ofendido, isto é, daquele que, na sua pessoa ou nos seus bens, sofreu as consequências diretas, os efeitos imediatos da infração penal (...)"

Com sua indiscutível autoridade, afirma TORNAGHI que "a única hipótese de intervenção de terceiros no processo é a do ofendido, seu representante legal ou sucessor, nos termos do art. 268 do CPP (*Compêndio de Processo Penal*, Rio, 1967, 382).

Discorrendo sobre a matéria, já assentava ARY FRANCO que "sempre se entendeu que o Ministério Público, em sua função, nos crimes de ação pública, poderia ser auxiliado pelo sujeito passivo da infração penal, ou por seu representante legal, que era comumente chamado auxiliar da acusação" (*Código de Processo Penal*, Rio, 1960, I, 353).

Dessa maneira, fica evidente que é mister o preenchimento de um requisito que legitime a pretensão à assistência do Ministério Público, e esse requisito consiste em ser o ofendido. Não pode qualquer pessoa ir ingressando no processo penal, para exercer o complexo de poderes que são conferidos ao assistente, sem que haja esse requisito que legitima sua intervenção; não pode, por mais que o queira.

O extraordinário FREDERICO MARQUES, II, 71, após uma exposição das funções que tocam ou podem tocar ao ofendido no processo penal, com relevo para a intervenção como assistente, percebe a necessidade de definir-se, de modo preciso, quem possui qualidades legais para tal intervenção. Eis como

se exprime, com a habitual clareza: "Tendo em vista os direitos de ordem processual que são concedidos em larga escala, ao ofendido, cumpre esclarecer quem tem legitimação para com essa qualidade funcionar, na relação processual, como titular de direitos, ônus e deveres processuais.

"Ofendido, diz GIULIO BATTAGLINI, outro não é senão o sujeito passivo do crime. Imprescindível é esclarecer, portanto, quem seja o sujeito passivo da infração penal.

"Na definição de BIAGIO PETROCELLI, sujeito passivo do crime é o titular de um interesse protegido pela norma penal e atingido pelo crime. Mais precisa se nos afigure, porém, a conceituação dada por ANTOLISEI, e aceita por G. BETTIOL e JIMÉNEZ DE ASÚA, de que o sujeito passivo do crime é "o titular ou portador do interesse cuja ofensa constitui a essência do crime".

Descartando-se as conhecidas divergências conceituais entre "bem" e "interesse", podemos afirmar, com ANÍBAL BRUNO, I, 2.^o, 208, que "sujeito passivo é o titular do bem jurídico ofendido ou ameaçado pelo crime". Este sujeito passivo é o ofendido a que se refere a lei processual penal: ele, e só ele, tem legitimação para requerer e exercer as funções de assistente do Ministério Público.

A jurisprudência sobre a matéria não é profusa, pela significativa razão de que não é comum que terceiros, que não possuam a qualidade jurídica de ofendido, pretendam ingressar na ação penal como parte assistente. Todavia, nas poucas vezes em que se tentou isso, os tribunais reagiram invariavelmente no sentido da doutrina que vimos de expor.

Numa hipótese de *falsum*, relacionada com uma concordata, afirmou o TJ de São Paulo, julgando procedente correção parcial que se interpusera de despacho que admitira a assistência, que “não basta ser o denunciador do crime e muito se empenhar em intervir no processo, para admissão da assistência. A lei exige a condição de ofendido (art. 268, do CPP), e tal é o titular ou portador do interesse cuja ofensa constitui a essência do crime” (RT 398/210).

Afirmou lapidarmente o relator, Des. ACÁCIO REBOUÇAS, que “o problema deve ser posto em estritos termos de legalidade”, cassando a decisão que admitiu a assistência.

Outra decisão que se afina por essa chave, encontramos em RF 212/328: “O Sindicato é pessoa jurídica de direito público, para os fins estritamente previstos na legislação trabalhista, não se concebendo que venha a Juízo criminal senão no próprio interesse, quando lesado em crime contra o seu patrimônio, e jamais em defesa de direito alheio ou da sociedade”.

Nas decisões que afirmam a correção de assistência admitida, é constante preocupação ressaltar a qualidade de vítima, com interesses ofendidos, do assistente (RT 406/103). Veja-se, a propósito, RT 370/272, onde se lê na ementa de decisão do TA de São Paulo, acerca de requerimento de assistência: “Admissibilidade, dada a condição de vítima” (rel. Min. MENDES FRANÇA). Também a “intervenção do ofendido” é mencionada em outro julgado do mesmo Tribunal (RT 371/253). Veja-se a escorreita colocação do problema nesta outra decisão: “Via de regra, não cabe a assistência nos processos contravencionais, pela simples razão de que, na maioria das infrações,

dessa natureza, não há ofendido, no sentido de sujeito passivo do fato punível” (RT 381/200).

No caso, foi a assistência admitida, porquanto se tratava de hipótese em que figurava, “nítida, a pessoa do ofendido”.

A 2.^a C. Crim. do TJ de São Paulo, julgando o mandado de segurança n. 84.822, em caso no qual a Prefeitura Municipal requirera assistência ao Ministério Público, em ação penal pública movida contra ex-Prefeito acusado de peculato, afirmou que “se a vítima do peculato foi o Município, uma das expressões do poder público, cabe ao Ministério Público representá-lo na esfera criminal, não se admitindo também a assistência da Prefeitura” (RT 374/167).

Aqui, a situação era bem mais favorável à aspiração da parte assistente em ver-se admitida, e o Tribunal denegou o mandado de segurança impetrado contra o despacho denegatório. Idêntica decisão já havia sido tomada pelo mesmo TJ de São Paulo, em 1956, quando do julgamento da AC n. 44.636, cuja ementa reza: “O Ministério Público, titular da ação penal pública, é por excelência, no juízo penal, o representante do Poder Público. Não se compreende, pois, que venha a ser assistido, no desempenho do procedimento persecutório penal, por outro órgão do Poder Público” (RT 250/92).

Em suma para ser parte, requer-se o interesse de agir. Não é qualquer um que tem legitimação para tanto: apenas o ofendido. E quando o próprio ofendido for órgão do Poder Público, outra ordem de embaraços se cria, porquanto o seu representante no processo penal é o Ministério Público (Nota de NILO BATISTA).

Coisa julgada. Nulidade da segunda condenação.

Decidindo a rev. crim. n. 121, as C. Crim. Reunidas do TA da Guanabara, relator o ilustre Juiz BUARQUE DE AMORIM, declararam a nulidade da segunda sentença condenatória, num caso em que o réu foi processado duas vezes pelo mesmo fato. A hipótese não oferecia qualquer dificuldade.

O acórdão merece destaque pela *declaração de voto* feita pelo eminente Juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO, com a qual o excelente magistrado chama a atenção da Comissão Revisora do Anteprojeto de CPP, para uma lacuna em nosso direito positivo. “Se, no caso vertente — afirma — ao invés do que ocorreu, condenatória fosse a primeira sentença e absolutória a segunda, impossível seria impedir a contradição de julgados com a prevalência da sentença condenatória, quando esta fosse a certa e errada a absolutória.

“Sendo a coisa julgada um pressuposto processual de validade e não de existência do processo, a segunda sentença absolutória não poderia ser entendida como inexistente, mas seria somente anulável (vejam-se, a respeito, EDUARDO J. COUTURE, *Fundamentos do Direito Processual Civil*, Trad. do Dr. RUBENS GOMES DE SOUZA, São Paulo, 1946, n. 38, págs. 84/86; e HÉLIO TORNAGHI, *Compêndio de Processo Penal*, Tomo I, Rio, 1967, pág. 44) e, em nosso direito, não há recurso legal para invalidar uma sentença absolutória que transitou em julgado, pois a revisão criminal e o *habeas corpus* só miram a sentença condenatória”.

Delito de circulação. Direito de preferência.

Como já assinalamos inúmeras vezes, o direito de preferência não é absoluto, dependendo de certas premissas de tempo e espaço, pressuposta a sinalização da via preferencial. Cf. RDP 1/113; 2/122 FRAGOSO, *Jur. Crim.*, ns. 152 e 162.

A 2.^a C. Crim. do TA de Alçada da Guanabara, na AC n. 7.982, relator o eminente Juiz RAUL DA CUNHA RIBEIRO, a propósito, considerando a hipótese de acidente ocorrido em cruzamento não sinalizado, decidiu que “a legislação sobre o trânsito não cogita de preferências técnicas, mas, objetivamente, da que resulta da sinalização”.

Reafirmando o entendimento de que o direito à preferencial não é absoluto e que não há como presumir a culpa do motorista que trafega em via secundária, com precisão assinala o acórdão: “A preferência estabelecida para a passagem nos cruzamentos é relativa, no sentido de que nem sempre se pode ter como isento de culpa, pelas consequências de colisões de veículos, o condutor daquele a que competir a prioridade”. A decisão foi unânime. (DO 14.12.73, pág. 17.463.)

Desrespeito a superior. Crime militar que não pode ser praticado por civil.

No julgamento da AC n. 39.231, relator o eminente Min. WALDEMAR TORRES DA COSTA, considerou o STM situação de funcionário civil de unidade militar (ajudante de padeiro), que desrespeitou o comandante e foi condenado pela Auditoria da 6.^a CJM como incurso nas penas cominadas ao crime previsto no art. 160 § 1.^o CPM (desrespeito a superior).

O Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao recurso para absolver o apelante, entendendo que o crime não pode ser praticado por funcionário civil: "Por não ser militar, não comete o crime de desrespeito ao superior, previsto no CPM, o funcionário civil lotado em repartição militar. Não estando submetido a preceitos de disciplina militar mas sujeito ao Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis, por suas faltas funcionais, só responderá por crime previsto no Código Penal Militar, como qualquer civil. Desde que a condição de militar é indispensável ao conceito do crime, segundo a definição penal, não pode subsistir a condenação de funcionário civil, embora lotado na administração militar, por crime que só os militares podem cometer."

Assinala o acórdão que "um funcionário civil, sujeito ao Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União e não aos regulamentos militares, não pode praticar o crime propriamente militar de desrespeito a superior e que por isso mesmo só pode ser praticado por militar contra outro militar, sendo o ofendido superior hierárquico do acusado".

"Um civil — prossegue o acórdão — mesmo funcionário, não pode desacatar superior, porque não é militar e, portanto, não está sujeito a preceitos de disciplina militar... Na linguagem penal militar, o funcionário civil de estabelecimento militar não é inferior aos oficiais, porque não está incluído na hierarquia militar, nem sujeito ao regime disciplinar militar. Por suas faltas funcionais, responde e é punido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis exatamente porque, a despeito de cogitar a lei penal militar do *assemelhado*, sua situação funcional

ainda não foi objeto dos regulamentos militares".

A propósito da matéria, ressalta o acórdão o conceito de *superior*, invocando antigo acórdão do Tribunal (de 29.4.27), inserido na obra do Gen. CÂNDIDO BORGES CASTELO BRANCO (*Consultor Militar*, pág. 361): "A expressão *superior* usada pelo nosso Código Penal Militar, como pelos demais, quer dizer, todo aquele que exerce um posto, cargo ou função que confere autoridade militar sobre os outros — a definição que se ajusta ao conceito jurídico do vocábulo e que está de acordo com os preceitos da hierarquia militar. Seria absurdo, que dispensa maior desenvolvimento, a matéria, só admitir-se superioridade entre oficiais. Na *ordem militar*, a superioridade se exerce desde as camadas mais inferiores, *tudo obedece aos princípios da hierarquia*, sem a qual reinariam a desordem, a anarquia, aquele que não é superior em posto ou cargo o é em função ainda que momentânea."

O funcionário civil pode, em tais condições, praticar o crime de desacato previsto no art. 299 CPM (e não o desacato a superior, do art. 298). Essa fora a capitulação original da denúncia, que o julgamento de primeira instância afastou, para desclassificar erroneamente o crime para o que prevê o art. 160 § 1.º CPM. Sem recurso do Ministério Público, no entanto, a absolvição do apelante era inevitável.

Entorpecente. Recurso "ex officio".

As conhecidas decisões do STF considerando que, com a regulamentação que a Lei n. 4.726 deu à matéria, não se aplica mais o dispositivo que determinava recurso *ex officio* nas infra-

ções contra a saúde pública ligadas a tráfico e uso de substâncias entorpecentes, vai preponderando nos Tribunais do país, realizando-se a função disciplinadora da jurisprudência, que também possui o Pretório Excelso.

O TJ do Estado do Rio de Janeiro, acolheu o mesmo entendimento, e passou a não conhecer dos recursos interpostos *ex officio* pelos juizes de decisões condenatórias, naqueles casos. Entre tantas, poderíamos mencionar as decisões proferidas pela 1.ª C. Crim. no julgamento dos RC ns. 20.039, 20.073, 20.141 (DO, 3.10.73, III, 5), 19.668, 18.685, 19.077, 17.146, 19.611, 19.130, 18.157, 19.439, 18.970, 19.667, 18.539 (DO, 23.10.73, III, 8).

Em todos esses casos, entendeu-se que o recurso *ex officio* estava "abolido segundo a interpretação do Pretório Excelso" (DO, 14.11.73, III, 6) (Nota de NILO BATISTA).

Exercício ilegal da arte dentária. Indispensável a habitualidade.

O crime previsto no art. 282 CP exige a habitualidade, que deflui da conduta típica, definida em termos de "exercer a profissão". O TA da Guanabara, por sua 1.ª C. Crim., na AC n. 7.501, relator o ilustre Juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO, com acerto, assentou: "Para a configuração do crime de exercício ilegal da arte dentária, com fins de lucro, há de mister que seja feita a prova da habitualidade" (DO, 30.7.73, 327).

Homicídio aleivosos. Surpresa. Necessidade de demonstração cabal de sua ocorrência.

Nunca é demais recordar que quando tratamos com circunstâncias que criam

figuras qualificadas ou privilegiadas (tipos derivados), estamos tratando com substância de *tipo*: nesses casos, impõe-se sempre o maior rigor na demonstração de sua ocorrência. Antigo e notável julgado estabeleceu que "o homicídio qualificado tem *nomen juris* próprio, constituindo uma figura autônoma, especial, distinta, que se integraliza pelo concurso dos elementos que a caracterizam projetando-se como um todo único (RF 194/368).

Julgando a AC n. 20.098, decidiu a 1.ª C. Criminal do TJ do Estado do Rio de Janeiro manter decisão do Tribunal do Júri que não reconhecera a circunstância qualificativa da surpresa, resolvendo por homicídio simples e não aleivosos, a hipótese. Tratava-se de marido que, a golpes de faca, matara sua mulher. A sentença de pronúncia aceitara o pedido da qualificativa, consignando que ela residia em não supor a vítima "que o acusado viesse a agir contra ela".

Em verdade, o casal se encontrava separado e mantinha demanda judicial em torno de alimentos. Os autos noticiavam, em diversas passagens, atritos que sustentaram, durante o período em que haviam coabitado, revelando um patente clima de animosidade, que se intensificou após a separação.

A "surpresa" tem a ver com a velha "ocultação material" a que se referia CARRARA, e não com a expectativa de conduta acerca do agente por parte da vítima, onde, com a quebra da lealdade ou confiança, poderíamos entrever uma traição. Todavia, esse não era o quadro, pois o casal se hostilizava abertamente. Da simples condição jurídica de serem casados agente e vítima não se pode deduzir, *ipso facto*, um caso de traição.

Decisão unânime, acertadíssima a nosso ver, da qual foi relator o eminente Des. BRAGA LAND (DO, 4.12.73, III, 9) (Nota de NILO BATISTA).

Homicídio qualificado. Motivo fútil e motivo torpe.

São dois, basicamente, os motivos que qualificam o crime de homicídio: o motivo fútil e o motivo torpe.

Motivo fútil é aquele que se apresenta, como antecedente psicológico, desproporcionado com a gravidade da reação homicida, tendo-se em vista a sensibilidade moral média. O motivo fútil envolve maior reprovabilidade (e, pois, maior culpabilidade), por revelar perversidade e maior intensidade no dolo com que o agente atuou. A opinião do réu é irrelevante.

Essa *desproporção* a que aludimos, tem sido salientada por diversos julgados (RF 185/351; 187/364; 200/252; RT 277/158; 274/221). É fútil o motivo incapaz de dar ao fato explicação razoável (RF 214/354).

Não se pode reconhecer a existência de motivo fútil na simples falta de razão para o crime (RF 211/319), pois em tal caso desconhecem-se os motivos do fato. Motivo fútil, por outro lado, não é motivo *injusto* (RF 172/468; 219/375), nem há futilidade se o crime é cometido por ciúme (RF 145/438; 200/300; 214/354). A embriaguez exclui o reconhecimento do motivo fútil, tendo-se em vista os seus efeitos sobre o psiquismo (RF 159/383; 202/337; contra: RT 405/134).

Os tribunais têm identificado a qualificativa de que estamos tratando, na motivação frívola, ridícula nas suas proporções (RT 400/133), como, por exemplo, o fato de ter a vítima rido do acusado, ao vê-lo cair do cavalo

(RF 207/344); o rompimento de namoro (RT 395/119) ou do noivado (RT 238/119); o desentendimento banal e corriqueiro (RT 377/127), como o do réu que matou a companheira que se recusou a acompanhá-lo na visita a parentes (RT 413/108) ou o que surge em partida de futebol (RT 337/125), etc.

Torpe é o motivo que ofende gravemente a moralidade média ou os princípios éticos dominantes em determinado meio social. O CP, no inciso II do art. 121 § 2.º, exemplificativamente refere-se ao homicídio praticado mediante paga ou promessa de recompensa e ao praticado por cupidez, para excitar ou saciar desejos sexuais.

O homicídio mediante paga é a modalidade a que classicamente se denominou *assassinio*. Implica sempre na participação de duas pessoas, sendo o homicídio qualificado para ambas (tanto a que executa o crime mediante paga ou promessa de recompensa, como a que manda que o crime seja executado nessas circunstâncias). A matéria não é pacífica, sendo antiga, aliás, a opinião em contrário, marcada pela figura repulsiva do *sicário*.

A qualificação do homicídio mercenário justifica-se pela ausência de razões pessoais por parte do executor (indício de insensibilidade moral) e pelo motivo torpe que o leva ao delito. O mandante busca a impunidade e a segurança, servindo-se de um terceiro. Não é necessário que o pagamento efetivamente se faça ou que a promessa se cumpra. Basta que tenha sido este o motivo que determinou a execução do delito.

A lei se refere a *paga* e a promessa de *recompensa*. Tem-se afirmado que a recompensa pode ser qualquer retribuição, enquadrando-se no *preço* do

sangue mesmo a contraprestação sem valor patrimonial, a que corresponde a prestação da atividade criminosa. Análise metódica da evolução histórica e dos fundamentos da agravação, que repousam na maior reprovabilidade e no desvalor do crime venal, indicam que aqui somente pode cogitar-se de pagamento e de recompensa que tenha valor econômico.

Os mandatos gratuitos não configuram a qualificação. O mesmo deve dizer-se dos benefícios concedidos *a posteriori*.

O novo CP inclui, entre os motivos que qualificam o homicídio, a cupidez e a excitação ou a satisfação de desejos sexuais. Tais circunstâncias, no entanto, poderiam incluir-se na fórmula genérica que o CP de 1940 adota, pois são motivos torpes. O acréscimo feito na nova lei inspirou-se no CP alemão (§ 211), que expressamente se refere a tais circunstâncias na configuração da forma mais grave do homicídio (*Befriedigung des Geschlechtstriebes; Habgier*).

Cupidez é cobiça. Há homicídio por cupidez quando o agente mata por ambição de ganho ou de vantagem patrimonial. Isso pode também ocorrer quando o crime é praticado para poupar ao agente gastos ou despesas. A qualificação pela cupidez não se exclui se com ela concorrer outro motivo, como o ódio ou a vingança, desde que tenha estado presente de forma decisiva na motivação do comportamento delituoso.

O homicídio praticado para *excitar ou saciar desejos sexuais* qualifica-se independentemente da realização com a vítima ou contra ela, de qualquer ato libidinoso. A violência corporal ligada à satisfação da concupiscência sempre foi objeto de profunda repro-

vabilidade e aversão. Deve-se ter presente, no entanto, que o homicídio voluntário para excitar ou satisfazer desejos sexuais será, sempre, indicio de grave anomalia mental, recomendando ao julgador a maior cautela. Mais fácil será a ocorrência de dolo eventual, configurando a hipótese.

Tanto faz que o agente mate a vítima excitando ou saciando desejos sexuais, ou que o faça ou pretenda fazê-lo em relação ao cadáver. Neste último caso, haverá concurso material com o crime de vilipêndio a cadáver (CP art. 238), se qualquer ato libidinoso for praticado.

Se a morte for praticada para ocultar violência sexual (como, por exemplo, o estupro), o homicídio será qualificado com fundamento no art. 121 § 2.º, V. A morte como resultado preterdolo de qualquer crime contra a liberdade sexual praticado mediante violência, constituirá apenas a hipótese prevista no art. 247, devendo em tal caso aplicar-se a pena do homicídio culposo cumulativamente com a prevista para o crime sexual.

As circunstâncias que qualificam o homicídio estão, evidentemente, cobertas pela culpabilidade. A qualificação através dos motivos não apresenta dificuldades, pois são hipóteses de maior culpabilidade, através de componentes subjetivos do comportamento, que o tornam mais reprovável. O mesmo se diga da qualificação ligada ao *fim de agir* (art. 121 § 2.º, V).

Não se exige que o agente tenha consciência de que o motivo que o levou a atuar é fútil ou torpe. A valoração dos motivos não depende do réu, fazendo-se objetivamente, segundo os padrões éticos dominantes no meio e no lugar onde o fato ocorreu.

Os meios e modos de execução que qualificam o delito, referem-se à exacerbação do ilícito, integrando a figura típica. Assim sendo, são elementos que devem estar cobertos pelo dolo (bastando o dolo eventual), sendo, pois, excluídos pelo erro.

Deve o agente saber que emprega veneno. Nos demais casos, deve ter vontade dirigida ao emprego do fogo ou do explosivo; à realização da tortura e à execução da asfixia. O meio cruel exige sempre o dolo (RF 185/366). Se, por exemplo, a asfixia não foi querida, nem mesmo eventualmente, e resulta de erro na execução, não haverá homicídio qualificado.

Quanto aos modos de execução, o agente deve ter consciência de que age à traição, de emboscada ou com surpresa para a vítima.

No RECr n. 73.225, relator o eminente Min. ANTÔNIO NEDER, decidiu a 2.ª Turma do STF que não há incompatibilidade entre o motivo fútil e a surpresa, assentando: “É fútil o motivo insignificante, mesquinho, manifestamente desproporcional em relação ao resultado, e que, ao mesmo tempo, demonstra insensibilidade moral do agente. Doutro lado, a surpresa indica certa forma que o agente imprime à ação criminosa para evitar defesa do ofendido ou vítima, e, qual se dá com a traição, é circunstância que se configura ainda mesmo no caso em que o autor não a procure de propósito, e deve ser verificada no momento da execução do crime e nos meios empregados.

“Em se tratando, bem se vê, de circunstâncias que se definem e se estruturam mediante elementos tão diversos, a primeira de caráter nitidamente psíquico e a outra pertinente ao meio de execução, é de se concluir

que não é contraditório o julgamento do Tribunal do Júri que reconhecer a configuração de uma e outra na mesma conduta criminosa” (DJ, 9.11.73, pág. 8.486).

Injúria verbal. Desnecessária a presença do ofendido.

Decidindo com exatidão, proclamou a 2.ª Turma do STF, no julgamento do HC n. 51.151, relator o eminente Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, que na injúria verbal, “ao contrário do italiano, o Direito Penal brasileiro não exige, para a caracterização do crime, o requisito da *presença* do ofendido” (DJ, 23.11.73, pág. 8.899). Decisão unânime.

No direito italiano a injúria se define como ofensa à honra ou ao decoro de pessoa *presente* (art. 594). Esse requisito não é exigido pela nossa lei.

Júri. Nulidade ocorrida na sessão de julgamento.

As nulidades que ocorrerem na sessão de julgamento pelo Júri estarão sanadas se não forem imediatamente argüidas. Esse princípio geral, que o CPP consagra no art. 571, VIII, foi reafirmado pelo STF no julgamento do HC n. 50.612, relator o eminente Min. ANTÔNIO NEDER, por unanimidade, na 2.ª Turma: “As nulidades processuais que se verificarem em sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri devem ser argüidas logo depois do ato, e se isso não se fizer, considerar-se-ão remediadas” (DJ, 9.4.73, pág. 2.177).

A preclusão das nulidades, em nosso direito, nem sempre é observada pelos tribunais. Como ensina ESPÍNOLA FILHO, IV, 447, “a não arguição, em tempo oportuno, dos defeitos de certos atos ou termos processuais, acarreta a

impossibilidade de invocação posterior da nulidade, que, por isso mesmo, fica sanada”.

O inciso VIII do art. 571 CPP, “orientando a parte interessada” em acionar a nulidade, para usar a linguagem de ESPÍNOLA FILHO, estipula que as nulidades do julgamento em plenário deverão ser argüidas, “*logo depois de ocorrerem*”.

É mister, pois, a imediata manifestação de inconformismo com o ato ilícito, e o requerimento de protesto lançado na ata, que é “o fiel relato do que se passou durante o julgamento” (RF 98/189). Já nessa antiga decisão do TJ de São Paulo se assentava a necessidade, em hipótese de nulidade, de que “exija a parte contrária, lavrando o seu protesto imediato, a consignação na ata, do incidente”.

No julgamento do HC n. 36.728, o Supremo Tribunal Federal afirmava essa orientação, a partir do voto lapidar do relator que era o saudoso Min. ARY FRANCO (RF 197/284). Também no RE n. 58.286, relator o ilustre Min. HERMES LIMA, admitiu-se que as nulidades argüidas “foram consideradas sanadas pelo silêncio das partes”.

Em seu voto, que conduziu a unânime decisão, consignou o relator: “Mesmo que assim não fosse (ou seja, mesmo que houvesse a nulidade) o que cabia à defesa era ter protestado contra essa irregularidade. Não o fez; silenciou, *não podendo agora, tardiamente, tirar proveito dela, mesmo porque as nulidades do julgamento em plenário, devem ser argüidas logo depois de ocorrerem*” (RTJ 38/95).

Decidindo um caso que envolvia leitura de documento em plenário, o TJ do Estado do Paraná, reconheceu o convalescimento da nulidade, face ao si-

lêncio da parte — “*que não reclamou em tempo oportuno*”. Taxativamente afirma a decisão, unânime neste particular, que “a nulidade que desse fato poderia resultar ficou sanada pelo silêncio da Promotoria Pública, porque, segundo o disposto no art. 571, n. VIII do aludido Código Processual, as nulidades do julgamento em plenário deverão ser argüidas logo depois de ocorrerem” (Rel. Des. ALBERTO SEIXAS, RT 366/280).

No mesmo sentido é a decisão do TJMG, da qual foi relator o Des. MÁRIO MATOS (RF 176/377). Ponderou o Tribunal que “*além disso, as nulidades ocorrentes em plenário de julgamento devem ser argüidas imediatamente, o que não se fez no caso*”.

Pela mesma chave, igualmente, se afina o julgado unânime do TJSP, do qual foi Relator o Des. SALLES ABREU, e segundo o qual “nulidades ocorridas no julgamento, no plenário do Tribunal do Júri, deveriam conseqüentemente, sofrer impugnação imediata, cu seja, “logo depois” de verificadas, como determina o art. 571, n. VIII do CPP” (RT 418/78).

Em suma: sem essa *impugnação imediata* da parte ao ato que supõe irregular — impugnação que, na forma de protesto, deve ser transcrita em ata, que é a só garantia jurídica de sua existência —, estará convalescida a eventual nulidade, e não poderá ser posteriormente invocada.

Oficiais e praças da Polícia Militar. Competência.

A questão da competência para o processo e julgamento dos crimes praticados por e contra oficiais e praças da Polícia Militar do Estado da Gua-

nabara, foi reexaminada pela 1.^a C. Crim. do TJ da Guanabara, no HC n. 29.130, relator o eminente Des. JÔNATAS MILHOMENS.

A hipótese era curiosa e pode ser assim sintetizada: desentenderam-se o motorista de um veículo e soldados da polícia militar em serviço no trânsito, sobrevivendo altercação e ofensas. Os policiais diziam-se agredidos e ofendidos pelo motorista, e, este, por seu turno, maltratado e injuriado pelos policiais. Como consequência do fato, foi instaurado inquérito policial contra os militares, bem como, na Polícia Militar, IPM contra o motorista. O inquérito policial foi mandado à 20.^a Vara Criminal, sendo os policiais denunciados por abuso de autoridade e lesões corporais. O IPM foi remetido à Auditoria Militar, onde o motorista foi denunciado por desacato, lesões corporais e resistência.

O mesmo fato deu origem a dois processos distintos, invertendo-se os papéis de autor e vítima.

O motorista impetrou HC ao Tribunal, afirmando haver ausência de justa causa para a ação penal no foro militar, pois não havia crime militar em causa. Foi a ordem concedida por unanimidade, entendendo o tribunal que "oficiais e praças das milícias dos Estados no exercício de função policial civil não são considerados militares, para os efeitos penais, sendo competente a Justiça comum para julgar os crimes cometidos por eles ou contra eles". A Câmara manteve o entendimento sufragado na *Súmula* n. 297, questionada pela Auditoria Militar, após o advento do novo CPM.

A decisão está correta. Os crimes praticados contra oficiais e praças da Polícia Militar em serviço regular de policiamento não são crimes militares.

São crimes comuns, que se regem pelo CP, devendo ser processados e julgados perante a Justiça comum.

No regime do anterior CPM, o STF fixou definitivamente o entendimento de que os oficiais e praças das milícias dos Estados, no exercício de função policial civil, não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a Justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles.

A identificação dos crimes militares deve ser sempre feita de forma restritiva, tendo-se em vista a disciplina especial e a natureza desses delitos, particularmente quando o agente não é militar. A Justiça Militar é, em princípio, para os militares. Os juizes militares destinam-se, basicamente, a julgar os militares acusados de crimes militares.

São crimes militares, em primeiro lugar, os chamados propriamente militares, ou seja, aqueles que só os militares podem praticar, seja em tempo de paz (crimes contra a ordem, a autoridade, a disciplina, a administração e o serviço militares ou o dever militar) ou em tempo de guerra (traição, cobardia, espionagem a favor do inimigo, motim, inobservância do dever militar). São também militares os crimes comuns praticados por militares em atividade ou em serviço ou empregando armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico.

Além desses, são também militares os crimes praticados por militares ou civis contra as instituições militares, aí compreendidos o patrimônio sob administração militar e a ordem administrativa militar e a ação praticada contra militar em função de natureza militar ou em formatura, prontidão, exercícios, etc.

O novo CPM ampliou o conceito de crime militar para incluir nessa categoria os crimes praticados contra militar no desempenho de serviços de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, desde que legalmente requisitados para tais serviços (que normalmente não lhes competem) ou em obediência a determinação legal superior (em situações especiais). Isso não se aplica, evidentemente, aos oficiais e praças das milícias dos Estados, empregados normalmente na atividade de policiamento que constitui a sua ocupação principal. A recente Lei n. 6.023, de 3.1.74, que dispõe sobre o Estatuto dos policiais-militares da Polícia Militar do Distrito Federal, esclarece bem que constitui competência básica da Polícia Militar, no âmbito de sua jurisdição, "executar com exclusividade, ressalvadas as missões peculiares das Forças Armadas e os casos estabelecidos em legislação específica, o policiamento ostensivo, fardado, planejado pelas autoridades policiais competentes, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos" (art. 2.^o, *a*). A ação delituosa praticada eventualmente contra tais integrantes militares da Polícia Militar não atinge a administração militar, como sempre entendeu o STF, mas outros valores e interesses jurídicos, tutelados pelo direito penal comum.

Por outro lado, não corresponde a uma visão democrática da administração da Justiça a ampliação dos casos em que o cidadão comum deve ser submetido a Justiça especial.

Parece-nos exatíssima a recente decisão que mantém a orientação firmada pelo STF e incluída na *Súmula*.

Prescrição pela pena em concreto.

Dando seguimento à interpretação restritiva da *Súmula* n. 146, que corresponde à jurisprudência do Tribunal, decidiu a 1.^a Turma do STF, no HC n. 51.359, relator o eminente Min. OSWALDO TRIGUEIRO, que "a prescrição da ação penal, entre o fato e a denúncia, se regula pela pena máxima cominada *in abstracto*, ao crime. Se o réu é absolvido em primeira e condenado em segunda instância, o prazo de prescrição entre a denúncia e a condenação também se regula pela pena *in abstracto*". A decisão foi unânime. (DJ, 23.11.73, pág. 8.899).

Expressando a sua *mã vontade* com a teoria da prescrição pela pena em concreto (que hoje somente é sustentada pelo eminente Min. ALIOMAR BALEEIRO), o STF nega sua aplicação às hipóteses que, a nosso ver, *data venia*, constituem seu inevitável desdobramento.

O CP de 1969, como se sabe, em sua redação original (art. 111, § 1.^o), expressamente rejeitava a prescrição pela pena em concreto. ("A prescrição, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também, *daí por diante*, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos"). Todavia, o CPM (art. 125, § 1.^o), expressamente acolheu essa espécie de prescrição ("Sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso se, entre a última causa interruptiva (§ 5.^o) e a sentença já decorreu tempo suficiente").

O projeto de alterações ao CP, encaminhado pelo Executivo ao Congres-

so, modificou o art. 111, § 1.º, afirmando-se, na Exposição de Motivos desse projeto, que o inspirou a manutenção da teoria da prescrição pela pena em concreto. Esclarece o Ministro da Justiça: "julgo desaconselhável a solução preconizada pelo Código, pois a tutela da liberdade impõe a celeridade dos julgamentos, de que a brevidade dos prazos prescricionais é uma eficaz garantia. Ante o exposto o projeto dá nova redação ao § 1.º do art. 111, excluindo a expressão *daí por diante* e substituindo a exigência "de que somente o réu tenha recorrido" pela de "trânsito em julgado para a acusação". A nova redação dissipa definitivamente dúvida a respeito da necessidade de recurso do réu para obtenção do benefício, que não pode ter relevância em matéria de prescrição. O que importa, em verdade, é que a parte acusatória não tenha recorrido".

A redação definitiva do novo CP (art. 110, § 1.º) ficou assim: "A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos."

Com essa redação, ilude-se, *data venia*, o eminente Ministro da Justiça, quando supõe que ficam espancadas as dúvidas nesta matéria tão controvertida de nosso direito. Retorna-se, a bem dizer, ao termo inicial da controversia, em face do CP de 1940, pois se mantém o dispositivo segundo o qual a sentença condenatória recorrível é causa *interruptiva* da prescrição (art. 110, § 5.º, IV, novo CP). Para evitar, verdadeiramente, dúvidas, só a fórmula incisiva do anteprojeto HUNGRIA (art. 110, § 1.º), incorporada ao CPM.

Uma virtude, porém, terá o novo CP: se se admite que ele incorpora a prescrição pela pena em concreto (o

que nos parece mais que duvidoso), essa espécie anômala de prescrição terá que prevalecer também quanto à sentença condenatória de que o réu não recorreu, o que hoje nega reiteradamente o STF.

Prisão em flagrante. Caracterização.

O flagrante ficto a que alude o art. 302, III, CPP, teve seus contornos definidos com precisão pela 2.ª Turma do TFR, no HC n. 2.998, relator o eminente Min. JARBAS NOBRE: "Prisão em flagrante processada muitas horas após a prática do crime, sem perseguição imediata. A expressão *logo depois* empregada pelo art. 302, III, CPP, significa continuidade, sem solução, entre o momento do crime e a prisão. Não é imediata a prisão feita muito tempo depois do delito, por caravana policial composta para efetuar diligência, após queixa feita pela vítima, a conselho de outras pessoas" (DJ, 13.8.73, pág. 5.653).

Prova. Condenação exige certeza.

O Direito Penal não opera com conjecturas. A condenação criminal exige certeza da existência do fato punível, da autoria e da culpabilidade do agente. Esses princípios essenciais em nosso processo penal foram reafirmados pela 1.ª C. Crim. do TA da Guanabara, na AC n. 7.822, relator o eminente Juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO: "Sem a certeza total da autoria e de culpabilidade, não pode o juiz criminal proferir uma condenação" (DO, 28.9.73, pág. 12.998). Cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n. 389.

Reafirmando, em caso relativo a crime político, esse princípio funda-

mental da teoria da prova, o STM, no julgamento da AC n. 39.012, relator o eminente Min. ALCIDES CARNEIRO, assentou: "A prova, para autorizar uma condenação, deve ser plena e indiscutível, merecendo dos julgadores o maior rigor na sua apreciação, mormente quando se trata de testemunhas marcadas pela dúvida e pela suspeição, geradas pelo interesse em resguardar situações de comprometimento pessoal."

O rigor na apreciação da prova em processos políticos é uma das características de um sistema democrático da administração da Justiça. Não basta que a legislação incorpore os princípios de um processo penal democrático: é essencial que tais princípios sejam interpretados e aplicados de acordo com a inspiração democrática que preside à sua formulação.

Tem sido um traço comum de todas as tiranias, antigas e novas, abandonar nos processos por crimes políticos o rigor que sempre se impôs, na prova penal, para aceitar como bastantes as meras confissões obtidas na fase policial, com o réu preso incomunicável, geralmente submetido a violências físicas e morais, bem como o depoimento de policiais que presenciaram as "confissões" e que, a rigor, não são, sequer, testemunhas.

O acórdão de que damos notícia, que se afina com outras decisões bastante significativas do próprio STM e do STF, bem revela o espírito liberal da E. Corte, que é uma das mais belas tradições de nossa Justiça Militar.

(F.F.)

Prova. Testemunho de ouvir dizer.

Somente em circunstâncias muito excepcionais, o testemunho de ouvir dizer pode proporcionar elementos de

convicção seguros ao julgador. O TA da Guanabara, por sua 1.ª C. Crim. na AC n. 7.525, relator o ilustre Juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO, vem de proclamar a "fragilidade do testemunho de ouvida alheia, como prova criminal, em virtude da multiplicidade epidêmica das inverdades que gera", enunciando princípio fundamental na teoria da prova (DO, 17.7.73, pág. 9.219).

É comum em nossos tribunais, notadamente na Justiça Militar, presenciarmos indagações formuladas pelas partes às testemunhas, invocando-se o eventual conhecimento dos fatos "mesmo por ouvir dizer". A matéria justifica algumas considerações.

No antigo sistema das provas legais não se admitia a testemunha de ouvir dizer. Segundo tal sistema, o testemunho era previamente valorado, para exclusão em determinadas situações. A testemunha estava adstrita a depor sobre fatos de que teve conhecimentos *proprii sensibus* (*testis debet deponere de eo, quod novit et praesens fuit et sic per proprium sensum, et non per sensum alteris*). Daí a distinção, que remonta ao direito romano, entre testemunha direta e indireta. A testemunha de ouvir dizer era inadmissível (cf. MOMMSEN, *Droit Pénal Romain*, trad., 1907, II, 121, com citação de passagens de QUINTILIANO e CÍCERO).

Testemunho indireto é o que se refere a coisas ditas por outras pessoas, certas e determinadas, não se confundindo com a referência genérica e indeterminada de rumores anônimos.

O direito anglo-americano, em que ainda prevalece, em larga medida, o sistema de provas legais, declara inadmissível o testemunho por ouvir dizer (*hearsay*). Segundo KENNY, a desvalia desse tipo de prova foi reconhecida na Inglaterra desde 1202, encontrando-se

em velhos textos de BRACON, do século XIII, a desaprovação do *testimonium de auditu alieno*. O testemunho por ouvir dizer ainda hoje não é admitido (salvo em poucos casos excepcionais), não por sua irrelevância, mas por sua insegurança (*hearsay is forbidden for unreliability, not for irrelevancy*). (KENNEY'S *Outlines of Criminal Law*, 17.^a ed., preparada por J. W. C. TURNER, Cambridge, 1958, 460). No direito anglo-americano, a proibição da prova por ouvir dizer deflui também de certos princípios do processo penal conforme à *common law*, notadamente a regra da oralidade do testemunho. Não é admissível a prova que não for produzida diante do júri.

No direito continental, no entanto, não há proibição jurídica à admissibilidade da prova por ouvir dizer, segundo a regra geral do princípio do livre convencimento: o juiz lhe atribuirá o valor que julgar cabível (FLORIAN, *Delle Prove Penali*, 1924, II, 189). Desloca-se a matéria, em consequência, para o que concerne à *credibilità* de tais testemunhos.

Na teoria da prova examina-se, então, entre as condições que afetam a credibilidade, as relações da testemunha com o fato a ser provado, distinguindo-se o conhecimento *ex propriis sensibus*, do conhecimento indireto (*ex auditu alieno*) e do mero relato do rumor público. Como ensina GORPHE (*L'Appréciation des preuves en justice*, 1947, 354), só o testemunho que deflui do conhecimento direto proporciona a verdadeira prova.

A precariedade do testemunho por ouvir dizer é manifesta, particularmente pelas distorções que a narração sucessiva do fato vai sofrendo. A moderna teoria da comunicação demons-

trou, a respeito, o que sempre foi de sabedoria popular ("quem conta um conto, acrescenta um ponto"). Por outro lado, estão excluídas, em relação a tal tipo de prova, todas as garantias legais da veracidade do depoimento, como a ausência de compromisso legal, a exclusão do contraditório e do sistema legal de impugnação.

MANZINI (*Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad., Buenos Aires, 1952, III, 254), mantendo-se em posição radical, afirma que "as atestações indiretas, os conhecimentos reflexos, as deposições *por ter ouvido dizer*, não têm caráter de testemunho, senão que apenas podem ser consideradas como elementos inseguros de informação, através dos quais se pode eventualmente chegar ao verdadeiro testemunho". E, resumindo as objeções fundamentais, acrescenta: "Com efeito, em tais depoimentos a percepção sensorial que interessa à prova, não é do depoente, senão de quem a manifestou ao mesmo depoente. E o confidente, que seria a verdadeira testemunha, se não é imaginário, escapa à responsabilidade do que disse se o outro não o revela, e se subtrai também à valoração de sua credibilidade; além do fato de que o que se conta de boca em boca se altera e se deforma progressivamente. Deve considerar-se ademais que, com relação a tais testemunhas, coloca-se o Ministério Público, o acusado e as outras partes na condição de não as poder contradizer eficazmente, na tutela de seus respectivos interesses". Vejam-se também as agudas observações de FAUSTIN HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Bruxelas, 1865, II, n. 2.472.

Nosso sistema de direito segue o direito continental, adotando o princípio do livre convencimento. Não se

exclui, portanto, *a priori*, o testemunho por ouvir dizer. Fica ele entregue ao prudente arbítrio do magistrado, que deve sempre considerar as suas imensas limitações e os graves riscos que oferece. Nesse sentido, é bem ilustrativo o acórdão do TA da Guanabara.

São numerosos os casos de graves erros judiciários, cometidos com base em testemunhos por ouvir dizer, entre os quais estão os casos famosos de Dreyfus e Jean-Calas.

Recurso. Sucumbência. Legitimidade do Ministério Público para recorrer de decisão que condena o réu. Pronúncia.

No julgamento do RC n. 19.759, do qual foi relator o ilustre Des. BRAGA LAND, a 1.^a C. Crim. do TJ do Estado do Rio de Janeiro deparou-se com situação interessante. Tratava-se de denúncia oferecida por homicídio tentado, sendo que, em alegações finais, tanto o Ministério Público quanto a defesa postularam desclassificação para o crime de lesões corporais. O juiz, todavia, pronunciou o réu nos termos da denúncia, e contra tal decisão se insurgiram réu e *Ministério Público*. Tratava-se de verificar, pois, preliminarmente, se era ou não possível conhecer do recurso oferecido pelo Ministério Público, ou seja, se possuía ele legitimidade para recorrer de decisão que, em visão simplista, não lhe produzira prejuízo.

É certo que a sucumbência está para o recurso mais ou menos como o interesse de agir está para a inicial; ZANZUCCHI (*Diritto Processuale Civile*, 1947, II, 159) afirma, em lição endossada por FREDERICO MARQUES, IV, 188, que "o interesse de recorrer nasce da sucumbência". MANZINI deixou muito

claro que houvesse a necessidade, para reconhecer-se situação de sucumbência, de um interesse *direto* do recorrente na reforma da decisão, interesse este representado pela possibilidade de lesão a direitos subjetivos ou quaisquer interesses *jurídicos*, excluindo explicitamente que um interesse moral ou científico pudesse fundamentar situação de sucumbência (in *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*, 1932, IV, 474). Essa posição esclarecedora é mencionada e perfilhada entre nós por ESPÍNOLA FILHO (VI, 43) e MAGALHÃES NORONHA (*Curso de Direito Processual Penal*, São Paulo, 1964, 457).

Todavia, o próprio MANZINI, a respeito da matéria, fez consignar que "em relação ao Ministério Público, o requisito do interesse para recorrer deve considerar-se com maior amplitude do que em relação às outras partes, já que ele, na esfera de suas funções, tem sempre um interesse na exata aplicação da lei" (*loc. cit.*).

Tal ponto-de-vista é igualmente aceito por MAGALHÃES NORONHA (*loc. cit.*) e ESPÍNOLA FILHO (*loc. cit.*), mencionando este último antiga decisão do TJRS, que conheceu de apelação interposta pelo MP pedindo absolvição de réu. Cita ainda análoga decisão do TJSP (RT 290/101). Na verdade, o Ministério Público é uma "parte" cujo compromisso com a legalidade amplia extraordinariamente a área daquilo que poderia chamar-se seus "interesses jurídicos" para fins de recurso.

Veja-se em ESPÍNOLA FILHO (*loc. cit.*), que se socorre ainda de LEONE (p. 45), CÂMARA LEAL e BORGES DA ROSA, quanto à viabilidade jurídica do recurso interposto pelo Ministério Público, em tais condições.

Esta matéria foi versada entre nós recentemente, por ocasião do V Congresso Fluminense do Ministério Público, realizado em Nova Friburgo, de 11 a 14 de dezembro, em excelente trabalho de autoria do Dr. RUY BARBOSA CORRÊA FILHO (Ministério Público do Estado do Paraná), que todavia dissente da opinião ora expendida no que respeita à sentença de pronúncia, por suas características especiais. Vale transcrever as conclusões do trabalho pertinentes à matéria: "II — Toda sentença inexistente, nula ou injusta contraria o interesse institucional do Ministério Público e o entendimento de seu legítimo interesse para recorrer deve levar em consideração esta circunstância;

III — Em benefício do réu pode o Promotor apelar de sentença condenatória injusta ou nula, nos casos em que seja incabível o *habeas corpus* e nada obsta que o recurso seja admitido, pois a instituição a que pertence visa uma boa administração da justiça; IV — A sentença válida que pronuncia o réu nos termos da denúncia ou aditamento não causa prejuízo ao Ministério Público, ainda que o Promotor haja pedido em alegações a absolvição, impronúncia ou desclassificação benéfica". Tais conclusões foram aprovadas em plenário, tendo de ressaltar-se que as duas primeiras (II e III) por unanimidade, e a terceira (IV) por maioria (Nota de NILO BATISTA).

LEIS E PROJETOS

LEI N. 5.836 — DE 5 DE DEZEMBRO DE 1972

Dispõe sobre o Conselho de Justificação e dá outras providências.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º. O Conselho de Justificação é destinado a julgar, através de processo especial, da incapacidade do oficial das Forças Armadas — militar de carreira — para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar.

Parágrafo único. O Conselho de Justificação pode, também, ser aplicado ao oficial da reserva remunerada ou reformado, presumivelmente incapaz de permanecer na situação de inatividade em que se encontra.

Art. 2.º. É submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou *ex officio*, o oficial das Forças Armadas:

I — acusado oficialmente, ou por qualquer meio lícito de comunicação social, de ter:

- a) procedido incorretamente no desempenho do cargo;
- b) tido conduta irregular; ou
- c) praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe;

II — considerado não habilitado para o acesso, em caráter provisório, no momento em que venha a ser objeto de apreciação para ingresso em Quadro de Acesso ou Lista de Escolha;

III — afastado do cargo, na forma do Estatuto dos Militares, por se tornar incompatível com o mesmo ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares a ele inerentes, salvo se o afastamento é decorrência de fatos que motivem sua submissão a processo;

IV — condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial concernente à segurança do Estado, em Tribunal civil ou militar, à pena restritiva de liberdade individual até dois anos, tão logo transite em julgado a sentença; ou

V — pertencente a partido político ou associação, suspensos ou dissolvidos por força de disposição legal ou decisão judicial, ou que exerçam atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional.

Parágrafo único. É considerado, entre outros, para os efeitos desta Lei, pertencente a partido ou associação a que se refere este artigo, o oficial das Forças Armadas que, ostensiva ou clandestinamente:

- a) estiver inscrito como seu membro;
- b) prestar serviços ou angariar valores em seu benefício;
- c) realizar propaganda de suas doutrinas; ou
- d) colaborar, por qualquer forma, mas sempre de modo inequívoco ou doloso, em suas atividades.

Art. 3.º. O oficial da ativa das Forças Armadas, ao ser submetido a Conselho de Justificação, é afastado do exercício de suas funções:

I — automaticamente, nos casos dos ns. IV e V do art. 2.º; e

II — a critério do respectivo Ministro, no caso do n. I do art. 2.º.

Art. 4.º. A nomeação do Conselho de Justificação é da competência:

I — do Ministro da Força Armada a que pertence o oficial a ser julgado; e

II — do Comandante do Teatro de Operações ou de Zona de Defesa ou dos mais altos Comandantes das Forças Singulares isoladas, para os oficiais sob seu comando e no caso de fatos ocorridos na área de sua jurisdição, quando em campanha no País ou no Exterior.

§ 1.º. As autoridades referidas neste artigo podem, com base nos antecedentes do oficial a ser julgado e na natureza ou falta de consistência dos fatos argüidos, considerar, desde logo, improcedente a acusação e indeferir, em consequência, o pedido de nomeação do Conselho de Justificação.

§ 2.º. O indeferimento do pedido de nomeação do Conselho de Justificação, devidamente fundamentado, deve ser publicado oficialmente e transcrito nos assentamentos do oficial, se este é da ativa.

Art. 5.º. O Conselho de Justificação é composto de três oficiais, da ativa, da Força Armada do justificante, de posto superior ao seu.

§ 1.º. O membro mais antigo do Conselho de Justificação, no mínimo um oficial superior da ativa, é o presidente, o que lhe segue em antiguidade é o interrogante e relator, e o mais moderno, o escrivão.

§ 2.º. Não podem fazer parte do Conselho de Justificação:

- a) o oficial que formulou a acusação;
- b) os oficiais que tenham entre si, com o acusador ou com o acusado, parentesco consanguíneo ou afim, na linha reta ou até 4.º grau de consanguinidade colateral ou de natureza civil; e
- c) os oficiais subalternos.

§ 3.º. Quando o justificante é oficial-general, cujo posto não permita a nomeação de membros do Conselho de Justificação com posto superior, estes serão nomeados dentre os oficiais daquele posto, da ativa ou na inatividade, mais antigos que o justificante.

§ 4.º. Quando o justificante é oficial da reserva remunerada ou reformado, um dos membros do Conselho de Justificação pode ser da reserva remunerada.

Art. 6.º. O Conselho de Justificação funciona sempre com a totalidade de seus membros, em local onde a autoridade nomeante julgue melhor indicado para a apuração do fato.

Art. 7.º. Reunido o Conselho de Justificação, convocado previamente por seu presidente, em local, dia e hora designados com antecedência, presente o justi-

ficante, o presidente manda proceder à leitura à autuação dos documentos que constituíram o ato de nomeação do Conselho; em seguida, ordena a qualificação e o interrogatório do justificante, o que é reduzido a auto, assinado por todos os membros do Conselho e pelo justificante, fazendo-se a juntada de todos os documentos por este oferecidos.

Parágrafo único. Quando o justificante é oficial da reserva remunerada ou reformado e não é localizado ou deixa de atender a intimação por escrito para comparecer perante o Conselho de Justificação:

- a) a intimação é publicada em órgão de divulgação na área do domicílio do justificante; e
- b) o processo corre à revelia, se não atender à publicação.

Art. 8.º. Aos membros do Conselho de Justificação é lícito reperguntar ao justificante e às testemunhas sobre o objeto da acusação e propor diligências para o esclarecimento dos fatos.

Art. 9.º. Ao justificante é assegurada ampla defesa, tendo ele, após o interrogatório, prazo de cinco dias para oferecer suas razões por escrito, devendo o Conselho de Justificação fornecer-lhe o libelo acusatório, onde se contenham com minúcias o relato dos fatos e a descrição dos atos que lhe são imputados.

§ 1.º. O justificante deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Justificação, exceto à sessão secreta de deliberação do relatório.

§ 2.º. Em sua defesa, pode o justificante requerer a produção, perante o Conselho de Justificação, de todas as provas permitidas no Código de Processo Penal Militar.

§ 3.º. As provas a serem realizadas mediante carta precatória são efetuadas por intermédio da autoridade militar ou, na falta desta, da autoridade judiciária local.

Art. 10. O Conselho de Justificação pode inquirir o acusador ou receber, por escrito, seus esclarecimentos, ouvindo, posteriormente, a respeito, o justificante.

Art. 11. O Conselho de Justificação dispõe de um prazo de 30 dias, a contar da data de sua nomeação, para a conclusão de seus trabalhos, inclusive remessa do relatório.

Parágrafo único. A autoridade nomeante, por motivos excepcionais, pode, prorrogar até 20 dias o prazo de conclusão dos trabalhos.

Art. 12. Realizadas todas as diligências, o Conselho de Justificação passa a deliberar, em sessão secreta, sobre o relatório a ser redigido.

§ 1.º. O relatório, elaborado pelo escrivão e assinado por todos os membros do Conselho de Justificação, deve julgar se o justificante:

- a) é, ou não, culpado da acusação que lhe foi feita; ou
- b) no caso do n. II do art. 2.º, está ou não, sem habilitação para o acesso, em caráter definitivo; ou
- c) no caso do n. IV do art. 2.º, levados em consideração os preceitos de aplicação da pena previstos no Código Penal Militar, está, ou não, incapaz de permanecer na ativa ou na situação em que se encontra na inatividade.

§ 2.º. A deliberação do Conselho de Justificação é tomada por maioria de votos de seus membros.

§ 3.º. Quando houver voto vencido, é facultada sua justificação por escrito.

§ 4.º. Elaborado o relatório, com um termo de encerramento, o Conselho de Justificação remete o processo ao Ministro Militar respectivo, através da autoridade nomeante, se for o caso.

Art. 13. Recebidos os autos do processo do Conselho de Justificação, o Ministro Militar, dentro do prazo de 20 dias, aceitando, ou não, seu julgamento e, neste último caso, justificando os motivos de seu despacho, determina:

I — o arquivamento do processo, se considera procedente a justificação;

II — a aplicação de pena disciplinar, se considera contravenção ou transgressão disciplinar a razão pela qual o oficial foi julgado culpado;

III — na forma do Estatuto dos Militares, e conforme o caso, a transferência do acusado para a reserva remunerada ou os atos necessários à sua efetivação pelo Presidente da República, se o oficial foi considerado não habilitado para o acesso em caráter definitivo;

IV — a remessa do processo ao auditor competente, se considera crime a razão pela qual o oficial foi considerado culpado;

V — a remessa do processo ao Superior Tribunal Militar:

a) se a razão pela qual o oficial foi julgado culpado está prevista nos ns. I, III e V do art. 2.º; ou

b) se, pelo crime cometido, previsto no n. IV do art. 2.º, o oficial foi julgado incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade.

Parágrafo único. O despacho que julgou procedente a justificação deve ser publicado oficialmente e transcrito nos assentamentos do oficial, se este é da ativa.

Art. 14. É da competência do Superior Tribunal Militar julgar, em instância única, os processos oriundos de Conselhos de Justificação, a ele remetidos por Ministro Militar.

Art. 15. No Superior Tribunal Militar, distribuído o processo, é o mesmo relatado por um dos Ministros que, antes, deve abrir prazo de cinco dias, para a defesa se manifestar por escrito sobre a decisão do Conselho de Justificação.

Parágrafo único. Concluída esta fase, é o processo submetido a julgamento.

Art. 16. O Superior Tribunal Militar, caso julgue provado que o oficial é culpado de ato ou fato previsto nos ns. I, III e V do art. 2.º, ou que, pelo crime cometido, previsto no n. IV do art. 2.º, é incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade, deve, conforme o caso:

I — declará-lo indigno do oficialato ou com ele incompatível, determinando a perda de seu posto e patente; ou

II — determinar sua reforma.

§ 1.º. A reforma do oficial é efetuada no posto que possui na ativa, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 2.º. A reforma do oficial ou sua demissão *ex officio*, conseqüente da perda de posto e patente, conforme o caso, é efetuada pelo Ministro Militar respectivo ou encaminhada ao Presidente da República, tão logo seja publicado o acórdão do Superior Tribunal Militar.

Art. 17. Aplicam-se a esta Lei, subsidiariamente, as normas do Código do Processo Penal Militar.

Art. 18. Prescrevem em seis anos, computados da data em que foram praticados, os casos previstos nesta Lei.

Parágrafo único. Os casos também previstos no Código Penal Militar como crime prescrevem nos prazos hoje estabelecidos.

Art. 19. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogada a Lei n. 5.300, de 29.6.1967, e demais disposições em contrário.

Brasília, 5 de dezembro de 1972.

EMÍLIO G. MÉDICI

(Publicado no D.O. de 6.12.72)

DECRETO N. 71.500 — DE 5 DE DEZEMBRO DE 1972

Dispõe sobre o Conselho de Disciplina e dá outras providências.

O Presidente da República, usando das atribuições que lhe confere o art. 81, n. III, da Constituição, decreta:

Art. 1.º. O Conselho de Disciplina é destinado a julgar da incapacidade do Guarda-Marinha, do Aspirante-a-Oficial e das demais praças das Forças Armadas com estabilidade assegurada, para permanecerem na ativa, criando-lhes, ao mesmo tempo, condições para se defenderem.

Parágrafo único. O Conselho de Disciplina pode, também, ser aplicado ao Guarda-Marinha, ao Aspirante-a-Oficial e às demais praças das Forças Armadas, reformados ou na reserva remunerada, presumivelmente incapazes de permanecerem na situação de inatividade em que se encontram.

Art. 2.º. É submetida a Conselho de Disciplina, *ex officio*, a praça referida no art. 1.º e seu parágrafo único:

I — acusada oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter:

a) procedido incorretamente no desempenho do cargo;

b) tido conduta irregular; ou

c) praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou decore da classe;

II — afastada do cargo, na forma do Estatuto dos Militares, por se tornar incompatível com o mesmo ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares a ele inerentes, salvo se o afastamento é decorrência de fatos que motivem sua submissão a processo;

III — condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial concernente à segurança do Estado, em tribunal de liberdade individual até dois anos, tão logo transite em julgado a sentença; ou

IV — pertencente a partido político ou associação, suspensos ou dissolvidos por força de disposição legal ou decisão judicial, ou que exerçam atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional.

Parágrafo único. É considerada entre outros, para os efeitos deste decreto, pertencente a partido ou associação a que se refere este artigo, a praça das Forças Armadas que, ostensiva ou clandestinamente:

- a) estiver inscrita como seu membro;
- b) prestar serviços ou angariar valores em seu benefício;
- c) realizar propaganda de suas doutrinas; ou
- d) colaborar, por qualquer forma, mas sempre de modo inequívoco ou doloso, em suas atividades.

Art. 3.º. A praça da ativa das Forças Armadas, ao ser submetida a Conselho de Disciplina, é afastada do exercício de suas funções.

Art. 4.º. A nomeação do Conselho de Disciplina, por deliberação própria ou por ordem superior, é da competência:

I — do Oficial-General, em função de comando, direção ou chefia mais próxima, na linha de subordinação direta, ao Guarda-Marinha, Aspirante-a-Oficial, Suboficial ou Subtenente, da ativa, a ser julgado:

II — do Comandante de Distrito Naval, Região Militar ou Zona Aérea a que estiver vinculada a praça da reserva remunerada ou reformada, a ser julgada; ou

III — do Comandante, Diretor, Chefe ou autoridade com atribuições disciplinares equivalentes, no caso das demais praças com estabilidade assegurada.

Art. 5.º. O Conselho de Disciplina é composto de três oficiais da Força Armada da praça a ser julgada.

§ 1.º. O membro mais antigo do Conselho de Disciplina, no mínimo um oficial intermediário, é o presidente; o que lhe segue em antiguidade é o interrogante e relator, e o mais moderno, o escrivão.

§ 2.º. Não podem fazer parte do Conselho de Disciplina:

- a) o oficial que formulou a acusação;
- b) os oficiais que tenham entre si, com o acusador ou com o acusado, parentesco consanguíneo ou afim, na linha reta ou até 4.º grau de consanguinidade colateral ou de natureza civil; e
- c) os oficiais que tenham particular interesse na decisão do Conselho de Disciplina.

Art. 6.º. O Conselho de Disciplina funciona sempre com a totalidade de seus membros, em local onde a autoridade nomeante julgue melhor indicado para a apuração do fato.

Art. 7.º. Reunido o Conselho de Disciplina, convocado previamente por seu presidente, em local, dia e hora designados com antecedência, presente o acusado, o presidente manda proceder à leitura e à autuação dos documentos que constituíram o ato de nomeação do Conselho; em seguida, ordena a qualificação e o interrogatório do acusado, o que é reduzido a auto, assinado por todos os membros do Conselho e pelo acusado, fazendo-se a juntada de todos os documentos por este oferecidos.

Parágrafo único. Quando o acusado é praça da reserva remunerada ou reformada e não é localizado ou deixa de atender a intimação por escrito para comparecer perante o Conselho de Disciplina:

- a) a intimação é publicada em órgão de divulgação na área de domicílio do acusado; e

- b) o processo corre à revelia, se não atender à publicação.

Art. 8.º. Aos membros do Conselho de Disciplina é lícito reperguntar ao justificante e às testemunhas sobre o objeto da acusação e propor diligências para o esclarecimento dos fatos.

Art. 9.º. Ao acusado é assegurada ampla defesa, tendo ele, após o interrogatório, prazo de cinco dias para oferecer suas razões por escrito, devendo o Conselho de Disciplina fornecer-lhe o libelo acusatório, onde se contenham com minúcias o relato dos fatos e a descrição dos atos que lhe são imputados.

§ 1.º. O acusado deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Disciplina, exceto à sessão secreta de deliberação do relatório.

§ 2.º. Em sua defesa, pode o acusado requerer a produção, perante o Conselho de Disciplina, de todas as provas permitidas no Código de Processo Penal Militar.

§ 3.º. As provas a serem realizadas mediante carta precatória são efetuadas por intermédio da autoridade militar ou, na falta desta, da autoridade judiciária local.

§ 4.º. O processo é acompanhado por um oficial:

- a) indicado pelo acusado, quando este o desejar, para orientação de sua defesa; ou
- b) designado pela autoridade que nomeou o Conselho de Disciplina, nos casos de revelia.

Art. 10. O Conselho de Disciplina pode inquirir o acusador ou receber, por escrito, seus esclarecimentos, ouvindo, posteriormente, a respeito, o acusado.

Art. 11. O Conselho de Disciplina dispõe de um prazo de 30 dias, a contar da data de sua nomeação, para a conclusão de seus trabalhos, inclusive remessa do relatório.

Parágrafo único. A autoridade nomeante, por motivos excepcionais, pode prorrogar até 20 dias o prazo de conclusão dos trabalhos.

Art. 12. Realizadas todas as diligências, o Conselho de Disciplina passa a deliberar, em sessão secreta, sobre o relatório a ser redigido.

§ 1.º. O relatório, elaborado pelo escrivão e assinado por todos os membros do Conselho de Disciplina, deve decidir se a praça:

- a) é, ou não, culpada da acusação que lhe foi feita; ou
- b) no caso do n. III do art. 2.º, levados em consideração os preceitos de aplicação da pena prevista no Código Penal Militar, está, ou não, incapaz de permanecer na ativa ou na situação em que se encontra na inatividade.

§ 2.º. A decisão do Conselho de Disciplina é tomada por maioria de votos de seus membros.

§ 3.º. Quando houver voto vencido é facultada sua justificação por escrito.

§ 4.º. Elaborado o relatório, com novo termo de encerramento, o Conselho de Disciplina remete o processo à autoridade nomeante.

Art. 13. Recebidos os autos do processo do Conselho de Disciplina, a autoridade nomeante, dentro do prazo de 20 dias, aceitando, ou não, seu julgamento e, neste último caso, justificando os motivos de seu despacho, determina:

I — o arquivamento do processo, se não julga a praça culpada ou incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade;

II — a aplicação de pena disciplinar, se considera contravenção ou transgressão disciplinar a razão pela qual a praça foi julgada culpada;

III — a remessa do processo ao auditor competente, se considera crime a razão pela qual a praça foi julgada culpada; ou

IV — a remessa do processo ao Ministro Militar respectivo ou autoridade a quem tenha sido delegada competência para efetivar reforma ou exclusão a bem da disciplina, com a indicação de uma destas medidas, se considera que:

a) a razão pela qual a praça foi julgada culpada está prevista nos ns. I, II ou IV do art. 2.º; ou

b) se, pelo crime cometido, previsto no n. III do art. 2.º, a praça foi julgada incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade.

§ 1.º. O despacho que determinou o arquivamento do processo deve ser publicado oficialmente e transcrito nos assentamentos da praça, se esta é da ativa.

§ 2.º. A reforma da praça é efetuada no grau hierárquico que possui na ativa, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

Art. 14. O acusado ou, no caso de revelia, o oficial que acompanhou o processo podem interpor recurso da decisão do Conselho de Disciplina ou da solução posterior da autoridade nomeante.

Parágrafo único. O prazo para interposição de recurso é de 10 dias, contados da data na qual o acusado tem ciência da decisão do Conselho de Disciplina ou da publicação da solução da autoridade nomeante.

Art. 15. Cabe ao Ministro Militar respectivo, em última instância, no prazo de 20 dias, contados da data do recebimento do processo, julgar os recursos que forem interpostos aos processos oriundos dos Conselhos de Disciplina.

Art. 16. Aplicam-se a este decreto, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Penal Militar.

Art. 17. Prescrevem em seis anos, computados da data em que foram praticados, os casos previstos neste Decreto.

Parágrafo único. Os casos também previstos no Código Penal Militar como crime prescrevem nos prazos nele estabelecidos.

Art. 18. Os Ministros Militares, atendendo às peculiaridades de cada Força Armada, baixarão as respectivas instruções complementares necessárias à execução deste Decreto.

Art. 19. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogados os arts. 47 a 53 do Regulamento Disciplinar da Marinha, aprovado pelo Decreto n. 38.010, de 5.10.1955; 81 a 87 do Regulamento Disciplinar do Exército, aprovado pelo Decreto n. 8.835, de 23.2.1942; 76 a 83 do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, aprovado pelo Decreto n. 11.605, de 17.2.1943; e demais disposições em contrário.

Brasília, 5 de dezembro de 1972; 151.º da Independência e 84.º da República.

EMÍLIO G. MÊDICI

(Publicado no D.O. de 12.12.72).

LEI N. 5.941 — DE 22 DE NOVEMBRO DE 1973

Altera os arts. 408, 474, 594 e 596, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º. Os arts. 408, 474, 594 e 596, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

§ 1.º. Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura.

§ 2.º. Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso.

§ 3.º. Se o crime for afiançável, será, desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão.

§ 4.º. O juiz não ficará adstrito à classificação do crime, feita na queixa ou denúncia, embora fique o réu sujeito à pena mais grave, atendido se for o caso, o disposto no art. 410 e seu parágrafo.

§ 5.º. Se dos autos constarem elementos de culpabilidade de outros indivíduos não compreendidos na queixa ou na denúncia, o juiz, ao proferir a decisão de pronúncia ou impronúncia, ordenará que os autos voltem ao Ministério Público, para aditamento da peça inicial do processo e demais diligências do sumário.

Art. 474. O tempo destinado à acusação e à defesa será de duas horas para cada um, e de meia hora a réplica e outro tanto para a tréplica.

§ 1.º. Havendo mais de um acusador ou mais de um defensor, combinarão entre si a distribuição do tempo, que, na falta de entendimento, será marcado pelo Juiz, por forma que não sejam excedidos os prazos fixados neste artigo.

§ 2.º. Havendo mais de um réu, o tempo para a acusação e para a defesa será, em relação a todos, acrescido de uma hora e elevado ao dobro o da réplica e da tréplica, observado o disposto no parágrafo anterior.

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

Art. 596. A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade.

Parágrafo único. A apelação não suspenderá a execução da medida de segurança aplicada provisoriamente."

Art. 2.º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogados os artigos 9.º e 10, da Lei n. 263, de 23 de fevereiro de 1948, e as disposições em contrário.

Brasília, 22 de novembro de 1973; 152.º da Independência e 85.º da República.

EMÍLIO G. MÉDICI

Alfredo Buzaid

(Publicada no D.O. de 23.11.73).

LEI N. 5.970 — DE 11 DE DEZEMBRO DE 1973

Exclui da aplicação do disposto nos arts. 6.º inciso I, 64 e 169, do Código de Processo Penal, os casos de acidente de trânsito, e, dá outras providências.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º. Em caso de acidente de trânsito, a autoridade ou agente policial que primeiro tomar conhecimento do fato poderá autorizar, independentemente de exame do local, a imediata remoção das pessoas que tenham sofrido lesão, bem como dos veículos nele envolvidos, se estiverem no leito da via pública e prejudicarem o tráfego.

Parágrafo único. Para autorizar a remoção, a autoridade ou agente policial lavrará boletim da ocorrência, nele consignando o fato, as testemunhas que o presenciaram e todas as demais circunstâncias necessárias ao esclarecimento da verdade.

Art. 2.º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 11 de dezembro de 1973; 152.º da Independência e 85.º da República.

EMÍLIO G. MÉDICI

Alfredo Buzaid

(Publicada no D.O. de 13.12.73).

LEI N. 5.974 — DE 11 DE DEZEMBRO DE 1973

Dispõe sobre a competência criminal para o processo e julgamento dos membros do Ministério Público da União.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º. Compete, originariamente, ao Tribunal Federal de Recursos processar e julgar os membros do Ministério Público da União nas infrações penais comuns.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos crimes da competência da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral e do Tribunal do Júri.

Art. 2.º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 11 de dezembro de 1973; 152.º da Independência e 85.º da República.

EMÍLIO G. MÉDICI

Alfredo Buzaid

(Publicada no D.O. de 13.12.73).

DECRETO N. 73.288 — DE 11 DE DEZEMBRO DE 1973

Concede indulto a sentenciados primários e dá outras providências.

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 81, n. XXII, da Constituição da República Federativa do Brasil, e o art. 734, *in fine*, do Código de Processo Penal, e, ainda

Considerando que é da tradição comemorativa do Natal de Nosso Senhor Jesus Cristo conceder perdão aos condenados em condições de merecê-lo e proporcionar novas oportunidades aos que se mostrarem recuperados para o convívio social, decreta:

Art. 1.º. Consideram-se indultados os sentenciados primários definitivamente condenados a penas privativas de liberdade até três (3) anos e um (1) dia e que tenham efetivamente cumprido, com boa conduta prisional, até o dia vinte e cinco (25) de dezembro do corrente ano, no mínimo um terço da pena imposta.

§ 1.º. O benefício previsto neste artigo se estende à pena pecuniária, cumulativamente imposta na sentença, não abrangendo, contudo, as penas acessórias.

§ 2.º. Aplicada a medida de segurança, a concessão do indulto ficará subordinada à verificação da cessação da periculosidade.

Art. 2.º. São comutadas as penas privativas de liberdade definitivamente impostas aos sentenciados primários, que tenham cumprido até o dia vinte e

cinco (25) de dezembro do corrente ano, mais de um terço da condenação com boa conduta prisional na seguinte proporção:

I — um terço, aos condenados a mais de três (3) anos e um (1) dia e até seis anos;

II — em um quarto, aos condenados a mais de seis e até quinze anos;

III — em um quinto, aos condenados a mais de quinze anos.

Art. 3.º. Este decreto não abrange os condenados pela prática do crime:

I — contra a segurança nacional;

II — definido no art. 281 e seus parágrafos, do Código Penal, com a nova redação dada pelos arts. 22 e 23, da Lei n. 5.726, de 29 de outubro de 1971, quando referido na sentença a sua condição de traficante.

Art. 4.º. Caberá aos Conselhos Penitenciários, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, verificar quais são os sentenciados abrangidos por este decreto, emitindo desde logo parecer, de que trata o art. 736, do Código de Processo Penal, que será remetido ao Juiz da Execução, para os fins previstos no art. 738 do mesmo Código.

Parágrafo único. Os dirigentes dos estabelecimentos prisionais encaminharão aos Conselhos Penitenciários relação dos sentenciados abrangidos pelo presente decreto, prestando, desde logo, informações circunstanciadas sobre o comportamento de cada um.

Art. 5.º. Quando se tratar de condenados pela Justiça Militar, que não estejam cumprindo pena em estabelecimento penal civil, o parecer do Conselho Penitenciário será substituído pela informação da autoridade sob cuja custódia estiver o preso.

Art. 6.º. Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 11 de dezembro de 1973; 152.º da Independência e 85.º da República.

EMÍLIO G. MÉDICI

Alfredo Buzaid

(Publicado no D.O. de 12.12.73).

LEI N. 6.001 — DE 19 DE DEZEMBRO DE 1973

Dispõe sobre o Estatuto do Índio

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I

Dos princípios e Definições

Art. 1.º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.

Omissis

TÍTULO VI

Das Normas Penais

CAPÍTULO I

Dos Princípios

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial da semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado.

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Omissis

CAPÍTULO II

Dos Crimes Contra os Índios

Art. 58. Constituem crimes contra os índios e a cultura indígena:

I — escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendiá-los ou perturbar de qualquer modo, a sua prática.

Pena — detenção de um a três meses;

II — utilizar o índio ou comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição para fins lucrativos.

Pena — detenção de dois a seis meses;

III — propiciar, por qualquer meio, a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas, nos grupos tribais ou entre índios não integrados.

Pena — detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. As penas estatuídas neste artigo são agravadas de um terço, quando o crime for praticado por funcionário ou empregado do órgão de assistência ao índio.

Art. 59. No caso de crime contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que o ofendido seja índio não integrado ou comunidade indígena, a pena será agravada de um terço.

Omissis

Art. 68. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 19 de dezembro de 1973; 152.º da Independência e 85.º da República.

(Publicada no D.O. de 21.12.73).

DECRETO N. 73.332 — DE 19 DE DEZEMBRO DE 1973

Define a estrutura do Departamento de Polícia Federal e dá outras providências.

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 81, itens III e V, da Constituição, e tendo em vista o disposto no artigo 181, itens I, II e III, do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, e no Decreto n. 67.326, de 5 de outubro de 1970, decreta:

Art. 1.º. Ao Departamento de Polícia Federal (DPF), com sede no Distrito Federal, diretamente subordinado ao Ministério da Justiça e dirigido por um Diretor-Geral, nomeado em comissão e da livre escolha do Presidente da República, compete, em todo o território nacional:

I — executar os serviços de polícia marítima, aérea e de fronteiras;

II — exercer a censura de diversões públicas;

III — executar medidas assecuratórias da incolumidade física do Presidente da República, de diplomatas estrangeiros no território nacional e, quando necessário, dos demais representantes dos Poderes da República;

IV — prevenir e reprimir:

a) crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social;

b) crimes contra a organização do trabalho ou decorrentes de greves;

c) crimes de tráfico e entorpecentes e de drogas afins;

d) crimes nas condições previstas no art. 5.º do Código Penal, quando ocorrer interesse da União;

e) crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência militar;

f) crimes contra a vida, o patrimônio e a comunidade silvícola;

g) crimes contra servidores federais no exercício de suas funções;

h) infrações às normas de ingresso ou permanência de estrangeiros no País;

i) outras infrações penais em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, assim como aquelas cuja prática tenha repercussão interestadual e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

V — coordenar, interligar e centralizar os serviços de identificação datiloscópica criminal;

VI — selecionar, formar, treinar, especializar e aperfeiçoar o seu pessoal, mediante orientação técnica do Órgão Central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal;

VII — proceder a aquisição de material de seu exclusivo interesse;

VIII — prestar assistência técnica e científica, de natureza policial, aos Estados, Distrito Federal e Territórios, quando solicitada;

IX — proceder a investigação de qualquer outra natureza, quando determinada pelo Ministro da Justiça;

X — integrar os Sistemas Nacional de Informações e de Planejamento Federal.

Art. 2.º. O Departamento de Polícia Federal terá a seguinte estrutura:

I — Órgãos Centrais

A) De deliberação coletiva:

Conselho Superior de Polícia (CSP)

B) De Assessoramento:

1. Gabinete do Diretor-Geral;

2. Assessoria Geral de Planejamento (AGP);

a) Assessoria de Programação e Orçamento;

b) Assessoria de Organização e Métodos;

c) Assessoria de Segurança, Informações e Técnica Policial;

3. Assessoria de Assuntos Especiais;

4. Assessoria Jurídica (AJ).

C) De Direção, Coordenação e Controle:

1. Coordenação Central Policial (CCP);

2. Coordenação Central Judiciária (CCJ);

3. Coordenação Central Administrativa (CCA);

4. Centro de Informações (CI);

5. Divisão de Censura de Diversões Públicas (DCDP);

6. Divisão do Pessoal (DP);

D) De Apoio Técnico:

1. Instituto Nacional de Criminalística (INC);

2. Instituto Nacional de Identificação (INI);

3. Academia Nacional de Polícia (ANP);

4. Divisão de Telecomunicações (DITEL);

5. Divisão de Comunicação Social (DCS);
6. Centro de Processamento de Dados (CPD);

II — Órgãos Descentralizados

1. Superintendências Regionais;
2. Divisões de Polícia Federal.

Parágrafo único. Para desempenho de suas atribuições, os órgãos descentralizados, na área de suas respectivas jurisdições, contarão com unidades operacionais indivisíveis, denominadas Delegacias de Polícia Federal (DPF).

Art. 3.º. O Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, para atender aos encargos técnicos ou administrativos de seu Gabinete, bem como aos demais trabalhos de apoio daqueles, poderá ter Assessores, Assistentes, Secretários, Auxiliares e Ajudantes, na forma estabelecida no Regimento Interno.

§ 1.º. Excetuados o Conselho Superior de Polícia e as Divisões de Polícia Federal, os dirigentes dos Órgãos Centrais e Descentralizados, a que se refere o artigo 2.º deste Decreto, terão Assistentes, nomeados em Comissão pelo Presidente da República.

§ 2.º. Os dirigentes das Divisões de Polícia Federal terão Assistentes, designados pelo Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal.

Art. 4.º. As Superintendências Regionais e Divisões de Polícia Federal terão jurisdição e sede fixadas pelo Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal.

Art. 5.º. Os cargos em comissão de Direção e Assessoramento Intermediários e funções gratificadas são os constantes do Anexo a este Decreto.

Art. 6.º. O Serviço de Repressão a Tóxicos e Entorpecentes, órgãos da Coordenação Central Policial, passa a denominar-se Divisão de Repressão a Entorpecentes, contando com duas unidades:

I — Serviço de Planejamento;

II — Serviço de Coordenação e Controle.

Art. 7.º. As transformações de que trata este Decreto somente se efetivarão com a publicação dos respectivos atos de provimento, mantido, até então, o preenchimento das funções gratificadas relacionadas na situação anterior da tabela ora aprovada.

Art. 8.º. Os atos que dispuserem sobre a organização interna do Departamento de Polícia Federal, compreenderão:

I — estrutura e competência genérica das diferentes unidades;

II — descentralização e regionalização dos serviços;

III — atribuições específicas dos ocupantes de funções de direção, supervisão e chefia;

IV — fixação de efetivos operacionais de acordo com as reais necessidades de funcionamento de cada órgão regional efetivamente comprovadas, em consonância com os índices de incidência criminal.

Parágrafo único. O Regimento Interno poderá conferir competência às diversas chefias para proferirem despachos, o que não impedirá a autoridade superior de avocar, quando julgar conveniente e a seu exclusivo critério, a decisão de qualquer assunto.

Art. 9.º. A carteira de identidade policial, expedida pelo Instituto Nacional de Identificação do Departamento de Polícia Federal, confere ao seu portador livre porte de arma, franco acesso aos locais sob fiscalização da polícia e tem fé pública em todo o território nacional.

Art. 10. Aos integrantes do Departamento de Polícia Federal, quando em serviço, será assegurada prioridade em todos os tipos de transportes e comunicações, públicos ou privados, no território nacional.

Art. 11. O Departamento de Polícia Federal poderá, na forma do artigo 13, § 3.º da Constituição, celebrar, com as Unidades da Federação, os convênios considerados indispensáveis ao pleno cumprimento de suas finalidades específicas.

Art. 12. As despesas com a execução deste Decreto serão custeadas pelos recursos orçamentários próprios do Departamento de Polícia Federal.

Art. 13. O Ministro da Justiça baixará o Regimento Interno do Departamento de Polícia Federal, para execução deste Decreto.

Art. 14. Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogados os Decretos ns. 59.714, de 13 de dezembro de 1966, 65.259 de 1.º de outubro de 1969, e 70.665, de 2 de junho de 1972.

Brasília, 19 de dezembro de 1973; 152.º da Independência e 85.º da República.

EMÍLIO G. MÉDICI

Alfredo Buzaid

(Publicado no D.O. de 20.12.73).

A REFORMA DA LEGISLAÇÃO PENAL

Publicamos a seguir o projeto de lei n. 145-B/73 da Câmara dos Deputados, na forma em que foi enviado ao Senado Federal.

Altera dispositivos do Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, que instituiu o Código Penal

O Congresso Nacional Decreta:

Art. 1.º. Os seguintes artigos do Código Penal, baixados pelo Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, passam a ter a redação que se segue:

Lugar do crime

"Art. 6.º Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

Art. 8.º

I —

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

Legislação especial

Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

Art. 14.

Pena de tentativa

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

Crime doloso e crime culposo

Art. 17.

I —

II — Culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Atenuação de pena

Art. 26. Nos casos do artigo 23 e do artigo 24, letras *a* e *b*, se era possível resistir à coação, ou se a ordem era manifestamente ilegal; ou, no caso do artigo 25, se era razoavelmente exigível o sacrifício do direito ameaçado, o juiz, tendo em vista as condições pessoais do réu, pode atenuar a pena.

Menores

Art. 33. O menor de dezoito anos é inimputável.

Art. 34. Os menores de dezoito anos ficam sujeitos às medidas educativas, curativas ou disciplinares determinadas em leis especiais.

Art. 40. As penas de reclusão e de detenção podem ser cumpridas em estabelecimento penal aberto, sob regime de semiliberdade e confiança desde que o condenado não apresente periculosidade ou esta seja escassa, e a duração da pena imposta não ultrapasse a seis ou oito anos, segundo se trate, respectivamente, de reclusão ou detenção.

§ 2.º O estabelecimento penal aberto será instalado, de preferência, nas cercanias de centro urbano.

Prisão-albergue

§ 3.º Atendidas as condições previstas neste artigo e no § 1.º, poderá o juiz determinar que a pena privativa de liberdade seja cumprida sob o regime de prisão-albergue:

I — desde o início da execução, se não for superior a dois ou três anos, segundo se trate, respectivamente, de reclusão ou detenção;

II — após completado um terço da execução, se excedidos esses limites e ouvido o Conselho Penitenciário.

§ 4.º O condenado que fugir perde o direito ao livramento condicional sendo-lhe vedado o cumprimento do restante da pena em estabelecimento penal aberto ou sob o regime de prisão-albergue.

Multa

Art. 44. A pena de multa consiste no pagamento, ao Tesouro Nacional, de uma soma em dinheiro, que é fixada em dias-multa. Seu montante é, no mínimo, um dia-multa e, no máximo trezentos e sessenta dias-multa.

Fixação do dia-multa

§ 1.º O montante do dia-multa é fixado segundo o prudente arbítrio do juiz, mas não pode ser inferior ao valor de um trigésimo do salário mínimo, nem superior a um terço dele.

Salário mínimo

§ 2.º Para os efeitos penais, salário mínimo é o maior mensal, vigente no País, ao tempo do fato.

Pagamento com prestação de trabalho livre

Art. 48. Se o condenado é insolvente, mas possui capacidade laborativa, pode ser-lhe permitido, nas condições fixadas pelo juiz, o resgate da multa, mediante desconto da remuneração de trabalho livre em obras públicas, empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público.

Frações não computáveis

Art. 54. Desprezam-se, na pena privativa de liberdade, as frações de dia e, na multa, as frações de Cr\$ 1,00.

Art. 56.

II —

i) com violação do dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

j) contra criança, velho, enfermo ou outra pessoa com a capacidade de defesa de qualquer modo reduzida;

Criminoso habitual ou por tendência

Art. 64. Em se tratando de criminoso habitual ou por tendência, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado. O juiz fixará a pena correspondente ao crime cometido, que constituirá a duração mínima da pena privativa de liberdade, não podendo ser inferior à metade da soma do mínimo com o máximo cominados.

Limite da pena indeterminada

§ 1.º A duração da pena indeterminada não pode exceder a dez anos, após o cumprimento da pena fixada na sentença.

§ 2.º Considera-se criminoso habitual quem:

a) reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena.

b) embora sem condenação anterior, comete sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes da mesma natureza

e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para o crime.

§ 3.º Considera-se criminoso por tendência quem, pela sua periculosidade, motivos determinantes e meios ou modo de execução do crime, revela extraordinária torpeza, perversão ou malvadez.

Concurso de crimes

Art. 65. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, as penas privativas de liberdade aplicam-se cumulativamente.

§ 1.º Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes a que se cominam penas privativas de liberdade, impõe-se-lhe a mais grave, ou, se da mesma espécie, somente uma delas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto até a metade. Se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, as penas privativas de liberdade aplicam-se cumulativamente.

§ 2.º Na hipótese da primeira parte do parágrafo anterior, a pena não pode ultrapassar a que seria imposta se os crimes resultassem de mais de uma ação ou omissão.

Crime continuado

Art. 66. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, impõe-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

§ 1.º Não se reconhece a continuação quando se trata de crimes que, de qualquer modo, ofendam bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo se as ações ou omissões sucessivas são dirigidas contra a mesma vítima.

§ 2.º Não é igualmente reconhecida a continuação no caso da letra b, do § 2.º, do artigo 64.

Pena unificada

Art. 67. As penas privativas de liberdade aplicadas cumulativamente unificam-se na seguinte conformidade:

I — se são da mesma espécie, a pena única é a soma de todas;

II — se de espécies diferentes, a pena única é a de reclusão, aumentada da metade da pena de detenção, ou, se houver mais de uma, da metade da soma das penas de detenção.

Parágrafo único. A pena unificada, para fins de execução, não pode ultrapassar trinta anos, sendo de reclusão, ou quinze anos, sendo de detenção.

Concurso de crime e contravenção

Art. 69. No concurso de crime e contravenção, a pena de reclusão ou de detenção absorve sempre a de prisão, mas é aumentada à razão de um dia de reclusão ou detenção por três dias de prisão.

Pressupostos da suspensão

Art. 71. Pode ser suspensa por dois a seis anos a execução da pena de detenção não superior a dois anos ou, no caso de reclusão por igual prazo, se o réu era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos ou, ao tempo da sentença, maior de setenta, desde que:

Condenação de menor de 21 ou maior de 70 anos

Art. 75.

§ 2.º Se o condenado é primário e menor de vinte e um anos, ao tempo do fato, ou maior de setenta, ao tempo da sentença, o prazo de cumprimento da pena pode ser reduzido a um terço.

Art. 76.

§ 1.º O juiz fixará um período de prova, entre três e cinco anos.

Art. 84.

I — O condenado à pena privativa de liberdade por crime praticado com violação de dever inerente à função pública;

II — O condenado por outro crime à pena de reclusão por mais de dois anos, ou de detenção por mais de quatro anos.

Art. 86.

Suspensão do pátrio poder, tutela ou curatela

Parágrafo único. Ao condenado à pena privativa de liberdade por mais de dois anos, seja qual for o crime praticado, fica suspenso o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, enquanto durar a execução da pena ou da medida de segurança, imposta em substituição (artigo 94).

Imposição da pena acessória

Art. 88. Salvo os casos do artigo 84, n. II, e do artigo anterior, a imposição da pena acessória deve constar expressamente da sentença.

Art. 96.

§ 4.º A interdição de profissão, nos termos deste artigo e seus parágrafos, é aplicável ainda quando o autor do fato vem a ser absolvido por ausência de imputabilidade.

Cassação de licença para dirigir veículos

Art. 97. Ao condenado por crime cometido na direção ou relacionadamente à direção de veículos motorizados, deve ser cassada a licença para dirigir veículo,

pelo prazo mínimo de um ano, se as circunstâncias do caso e os antecedentes do condenado revelam a sua inaptidão para essa atividade e conseqüente perigo para a incolumidade alheia.

§ 1.º O prazo de interdição inicia-se na conformidade do disposto no § 1.º do artigo anterior.

Art. 111.

Superveniência de sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação

§ 1.º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos.

§ 2.º

c) nos crimes permanentes ou continuados, do dia em que cessou a permanência ou a continuação;

Art. 114. São reduzidos de metade os prazos da prescrição, quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um ou, ao tempo da sentença, maior de setenta anos.

Art. 117.

§ 2.º

a) em favor dos que foram reconhecidos perigosos, salvo prova de cessação de periculosidade;

b) em relação à inabilitação para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, se imposta por crime contra os costumes, cometido pelo condenado em detrimento de filho, tutelado ou curatelado.

Art. 121.

Minoração facultativa da pena

§ 1.º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena, de um sexto a um terço.

§ 4.º A pena pode ser agravada se o homicídio culposo resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima.

Aborto terapêutico

Art. 130. Não constitui crime o aborto praticado por médico, quando é o único recurso para evitar a morte da gestante.

Parágrafo único — No caso previsto neste artigo, deve preceder, sempre que possível, a confirmação ou concordância de outro médico.

Art. 132.

Minoração facultativa da pena

§ 4.º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima o juiz pode reduzir a pena, de um sexto a um terço.

Substituição de pena

§ 5.º No caso de lesões leves, se estas são recíprocas, ou quando ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo anterior, o juiz pode substituir a pena de detenção pela de pagamento de dois a cinco dias-multa, ou deixar de aplicar qualquer pena.

Art. 133.

Aumento de pena

Parágrafo único — A pena é aumentada de um terço se ocorre qualquer das hipóteses do § 4.º do artigo 121.

Art. 136.

Formas qualificadas pelo resultado

§ 1.º Se em consequência do abandono, resulta à vítima lesão grave:

Pena — reclusão, até cinco anos.

§ 2.º Se resulta morte:

Pena — reclusão, de quatro a doze anos.

Agravação da pena

§ 3.º As penas são agravadas:

I — Se o abandono ocorre em lugar ermo;

II — Se o agente é ascendente, descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima.

Omissão de socorro

Art. 138. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, a criança abandonada ou extraviada, ou a inválido ou ferido ao desamparo, ou a pessoa em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, desde possível e oportuno, o socorro da autoridade pública:

Pena — detenção, até seis meses, ou pagamento de dez a quarenta dias-multa.

Formas qualificadas

§ 1.º A pena é detenção, de seis meses a dois anos, se a natureza do socorro necessitado pela vítima corresponde às habilitações profissionais do omitente.

Aumento de pena

§ 2.º A pena é aumentada de metade se da omissão resulta lesão grave, e triplicada, se resulta morte.

Art. 139.

Parágrafo único. Se do fato resulta lesão grave, a pena é reclusão, de um a quatro anos; se resulta morte, reclusão, de dois a dez anos.

Art. 144.
Parágrafo único. O juiz pode deixar de aplicar a pena:
I — se o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;
II — no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

Exclusão de crime

Art. 149. Não constitui injúria ou difamação:

Art. 154.

Ação penal

Parágrafo único — Somente se procede mediante representação.

Art. 155.

§ 3.º

Pena — reclusão, de quatro a doze anos.

Proveito econômico de ajuste tendo por objeto pessoa humana

Art. 157. Tirar proveito econômico de ajuste que tenha por objeto pessoa humana.

Art. 158.

Forma qualificada

§ 1.º. Se o crime é cometido durante a noite ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou mediante arrombamento, ou por duas ou mais pessoas:

Pena — detenção, de seis a dois anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3.º

II — a qualquer hora do dia ou da noite em caso de crime ou desastre.

Violação de correspondência de empresa

Art. 160. Abusar da condição de diretor, membro de conselho, sócio ou empregado de estabelecimento comercial, industrial ou civil para, no todo ou em parte, desviar, sonegar, subtrair ou suprimir correspondência ou revelar a estranho o seu conteúdo:

Ação penal

Art. 164. Ressalvadas as hipóteses do artigo 162, nos casos desta Seção somente se procede mediante representação.

Art. 165.

Furto atenuado

§ 1.º Se o agente é primário e de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 4.º

Pena — reclusão, de dois a oito anos, e pagamento de vinte a oitenta dias-multa.

§ 5.º

IV —

Pena — reclusão, de três a dez anos, e pagamento de trinta e cem dias-multa.

§ 6.º A mesma pena do parágrafo anterior é cominada ao furto de reses deixadas em currais, campos ou retiros.

Art. 166.

Aumento de pena

§ 1.º As penas são aumentadas de metade, se a coisa usada é veículo motorizado, e de um terço, se é animal de sela ou de tiro.

Ação penal

§ 2.º Somente se procede mediante representação, salvo quando o crime é praticado contra entidade de direito público, empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público.

Art. 170.

Formas qualificadas

§ 1.º. Se o seqüestro dura mais de vinte e quatro horas, ou se o seqüestro é menor de dezoito anos, ou se o crime é cometido por mais de duas pessoas, a pena de reclusão é de oito a vinte anos.

Art. 173.

§ 1.º Nas mesmas penas incorre quem:

Usurpação de águas

I — desvia ou represa, em proveito próprio ou de outrem, águas alheias;

Esbulho possessório

II — invade terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório, com grave ameaça, violência a pessoa ou mediante concurso de outrem.

Aposição, supressão ou alteração de marca em animais

Art. 174. Apor, suprimir ou alterar, indevidamente, em gado ou rebanho alheio, marca ou sinal indicativo de propriedade:

Pena — detenção, de seis meses a três anos, e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

Art. 175.

Parágrafo único

III — contra o patrimônio da União, de Estado, de Território, de Município, do Distrito Federal, de empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público.

Art. 177.

Pena — detenção, de um a quatro anos, e pagamento de trinta a oitenta dias-multa.

Art. 180.

Agravação da pena

Parágrafo único. A pena é agravada se o agente recebeu a coisa:

Art. 182.

Ação penal

§ 1.º Somente se procede mediante representação.

Coisa fungível

§ 2.º Se a coisa indebitamente apropriada é fungível e não excede a cota a que tem direito o agente, fica este isento de pena.

Art. 184.

§ 1.º

Disposição de coisa alheia como própria

I — vende, promete vender, permuta, dá em pagamento ou em garantia, coisa alheia como própria.

Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria

II — vende, promete vender, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia, coisa própria inalienável, gravada de ônus, penhorada, arrestada, seqüestrada ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;

Fraude no pagamento por meio de cheque

VI — emite cheque sem suficiente provisão de fundo em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

§ 2.º As penas são agravadas se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público, de empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público.

Abuso de incapazes

Art. 186. Abusar, em proveito próprio ou alheio, da necessidade, paixão ou inexperiência de menor ou da doença ou deficiência mental de outrem,

induzindo qualquer deles à prática de ato que produza efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro:

Pena — reclusão, de dois a seis anos, e pagamento de cinco a dezesseis dias-multa.

Art. 188.

§ 1.º. Nas mesmas penas incorre quem fabrica ou tem em depósito, para ser vendida como verdadeira, perfeita ou autêntica, mercadoria falsificada, deteriorada ou substituída.

§ 2.º Entregar obra que lhe é encomenda, com defraudação de qualidade do metal empregado, ou substituindo, no mesmo caso, pedra verdadeira por falsa ou por outra de menor valor; vender pedra falsa por verdadeira; vender, como precioso, metal de outra qualidade:

Pena — reclusão, até cinco anos, e pagamento de dez a trinta dias-multa.

Estelionato atenuado

§ 3.º Aplica-se o disposto nos §§ 1.º e 2.º do artigo 165.

Usura pecuniária

Art. 195. Obter ou estipular, para si ou para outrem, no contrato de mútuo de dinheiro, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade do mutuário, juro que exceda a taxa permitida em lei, regulamento ou ato oficial:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, e pagamento de vinte a cem dias-multa.

Art. 196.

Receptação atenuada

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nos §§ 1.º e 2.º do artigo 165.

Receptação culposa

Art. 197. Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela manifesta desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir obtida por meio criminoso:

Pena — detenção, até um ano, ou pagamento de três a dez dias-multa.

Perdão judicial

Parágrafo único. Se o agente é primário e a coisa é de pequeno valor (artigo 165, § 1.º), ou, antes de instaurada a ação penal, é restituída ao seu dono ou se repara o dano causado, o juiz pode deixar de aplicar qualquer pena.

Art. 200.

II — de irmão, legítimo ou ilegítimo, afim em linha reta, ou de cunhado, durante o cunhadio;

Art. 202. Violar direito de autor ou direitos conexos previstos em lei.

Ação penal

Art. 204. Nos crimes previstos neste Capítulo, somente se procede mediante queixa, salvo quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público.

Ação penal

Art. 211. Nos crimes previstos neste Capítulo, somente se procede mediante queixa, salvo quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, empresa pública, autarquia ou sociedade de economia mista.

Art. 212.

§ 1.º Nas mesmas penas incorre quem vende, expõe à venda ou tem em depósito:

Ação penal

§ 2.º Somente se procede mediante queixa, salvo quando o crime é praticado em prejuízo de entidade de direito público, empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público.

Ação penal

Art. 215. Nos crimes previstos neste Capítulo, só se procede mediante queixa, salvo quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público.

Art. 218.

Ação penal

Parágrafo único. Somente se procede mediante queixa, salvo quando o crime é praticado em prejuízo de entidade de direito público, empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público.

Art. 250.

I —

II —

III — se o agente é casado.

Art. 258.

Parágrafo único

II — Realiza, em Lugar Público ou Acessível ao Público ou Pelo Rádio, ou Pela Televisão, Audição ou Recitação de Caráter Obsceno.

Incesto

Art. 259. Ter conjunção carnal com descendente ou ascendente, com irmã ou irmão, se o fato não constitui crime definido no Título anterior:

Pena — reclusão, até três anos.

Agravação de pena

Parágrafo único. A pena é agravada, se o crime for praticado em relação a menor de dezoito anos.

Adulterio

Art. 265. Cometer adultério:

Pena — detenção, até seis meses.

Falso registro, parto suposto, ocultação ou substituição de recém-nascido

Art. 267. Registrar como seu o filho de outrem; dar parto alheio como próprio; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena — reclusão, até seis anos.

Diminuição de pena ou perdão judicial

Parágrafo único. Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena — detenção, de três meses a um ano, ou pagamento de cinco a vinte dias-multa, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

Inseminação artificial

Art. 268. Permitir à mulher casada a própria fecundação por meio artificial com sêmen de outro homem, sem que o consinta o marido:

Pena — detenção, até dois anos.

Ação penal

Parágrafo único. Só se procede mediante queixa.

Abandono de mulher que tornou grávida

Art. 271. Abandonar na indigência, ou sem assistência, a mulher que tornou grávida e se acha na impossibilidade de prover a própria subsistência, em razão da gravidez ou do parto:

Pena — detenção, até seis meses, e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

Entrega de filho menor a pessoa inidônea

Art. 272. Entregar filho menor de dezoito anos a pessoa com a qual saiba ou deva saber que fica moral ou materialmente em perigo:

Pena — detenção, até seis meses.

Abandono moral

Art. 274. Permitir que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:

Induzimento à fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes

Art. 276. Induzir menor de dezoito anos, ou interdito, a fugir do lugar onde se acha por determinação de quem sobre ele exerce autoridade, em virtude de lei ou de ordem judicial, confiar a outrem, sem ordem do pai, tutor ou curador, menor de dezoito anos, ou interdito, ou deixar, sem justa causa, de entregá-lo a quem legitimamente o reclame:

Pena — detenção, até um ano, ou pagamento de cinco a quinze dias-multa.

Subtração de incapazes

Art. 277. Subtrair menor de dezoito anos, ou interdito, ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:

Pena — detenção de dois meses a dois anos.

Fabrico, fornecimento, posse ou transporte de explosivo

Art. 282. Fabricar, fornecer, possuir ou transportar substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou substância radioativa, expondo ao perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, e pagamento de cinco a dez dias-multa.

Art. 283.

Modalidade culposa

§ 1.º Se o crime é culposos:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos.

Perigo de inundação

§ 2.º Remover, destruir ou inutilizar, em prédio próprio ou alheio, expondo ao perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação:

Pena — reclusão, até três anos, e pagamento de cinco a dez dias-multa.

Exercício ilegal da engenharia ou arquitetura

Art. 284. Exercer, sem estar legalmente habilitado, a profissão de engenheiro ou arquiteto:

Pena — detenção, até dois anos.

Art. 287. No crime doloso de perigo comum, se em consequência do fato querido pelo agente resulta lesão grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposos, aumentada de um terço.

Formas qualificadas pelo resultado

Art. 295. Se de qualquer dos crimes previstos nos artigos 292 a 294, no caso de desastre ou sinistro resulta lesão grave ou morte, aplica-se o disposto no artigo 287.

Interrupção ou perturbação de serviço de telecomunicações

Art. 298. Interromper ou perturbar serviço de telecomunicações, impedir ou dificultar sua instalação:

Pena — detenção de um a três anos, e pagamento de cinco a dez dias-multa.

Art. 299.

§ 1.º Se do fato resulta lesão grave, a pena é aumentada de um terço; se resulta morte, a pena é aplicada em dobro.

Envenenamento com perigo extensivo

Art. 302. Envenenar água potável ou substância alimentícia ou medicinal, expondo ao perigo a saúde de número indeterminado de pessoas:

Pena, reclusão, de dois a dez anos, e pagamento de vinte a cinquenta dias-multa.

Caso assimilado

§ 1.º Está sujeito às mesmas penas quem entrega a consumo ou tem em depósito, para o fim de ser distribuída, água ou substância envenenada.

Forma qualificada

§ 2.º Se resulta lesão grave para alguém:

Pena — reclusão, de cinco a quinze anos.

Forma qualificada

§ 3.º Se resulta morte de alguém:

Pena — reclusão, de quinze a trinta anos.

Modalidade culposa

§ 4.º Se o crime é culposos:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos.

Poluição de fluidos

Art. 303. Poluir lago, curso de água, o mar, ou, nos lugares habitados, as praias e a atmosfera, infringindo prescrições de lei federal:

Pena — reclusão, até três anos, e pagamento de cinco a vinte e cinco dias-multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposos, a pena é detenção, de dois meses a um ano.

Corrupção ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal

Art. 305. Corromper ou falsificar substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo tornando-a nociva à saúde:

Pena — reclusão, de dois a seis anos, e pagamento de dez a trinta dias-multa.

§ 1.º Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, entrega a consumo a substância corrompida ou falsificada.

Art. 312.

Pena — detenção, de seis meses a dois anos. ou pagamento de quinze a trinta dias-multa.

Comércio, posse ou uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica

Art. 314. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo, substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena — reclusão, de um a seis anos, e multa de cinquenta a cem vezes o maior salário mínimo vigente no País.

§ 1.º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica

I — importa ou exporta, vende ou expõe à venda ou oferece, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito, ou sob sua guarda, matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica:

Cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica

II — faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica;

Porte de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica

III — traz consigo para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

Aquisição de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica

IV — adquire substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Prescrição indevida de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica

§ 2.º Prescrever o médico ou o dentista indevidamente substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, ou em dose evidentemente maior que a necessária ou com infração do preceito legal ou regulamentar.

Pena — detenção, de um a cinco anos, e multa de dez a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

§ 3.º Incorre nas penas de um a seis anos de reclusão e multa de trinta a sessenta vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País, quem:

Induzimento ao uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica

I — instiga ou induz alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica:

Local destinado ao uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica

II — utiliza o local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ilegal de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica;

Incentivo ou difusão do uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica

III — contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

Forma qualificada

§ 4.º As penas aumentam-se de 1/3 (um terço) se a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica é vendida, ministrada, fornecida ou prescrita a menor de vinte e um anos ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação a mesma exasperação da pena se dará quando essas pessoas forem visadas pela instigação ou induzimento de que trata o n. I do § 3.º.

Associação

§ 5.º Associarem-se duas ou mais pessoas, para o fim de cometer qualquer dos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos:

Pena — reclusão, de dois a seis anos, e multa de vinte a cinquenta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Forma qualificada

§ 6.º Nos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos, salvo os referidos nos §§ 1.º, n.º III, e 2.º, a pena, se o agente é médico, dentista, farmacêutico, veterinário ou enfermeiro, será aumentada de 1/3 (um terço).

§ 7.º Nos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos as penas aumentam-se de 1/3 (um terço) se qualquer de suas fases de execução ocorrer nas imediações ou no interior de estabelecimento de ensino, sanatório, unidade hospitalar, sede de sociedade ou associação esportiva, cultural, estadual, beneficente ou de recinto onde se realizem espetáculos ou diversões públicas, sem prejuízo da interdição do estabelecimento ou local, na forma da lei penal.

Art. 320.

Pena — detenção, de três a seis meses, ou pagamento de cinco a quinze dias-multa.

Moeda falsa

Art. 322. Falsificar, fabricando ou adulterando, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no País ou no estrangeiro:

Pena — reclusão, de três a doze anos, e pagamento de quinze a cinquenta dias-multa.

Art. 327.

VI — bilhete, passe ou conhecimento de empresa de transporte administrada por entidade de direito público, empresa pública, autarquia ou sociedade de economia mista.

Falsificação de documento público

Art. 330. Falsificar, no todo ou em parte, fabricando ou adulterando, documento público, com o propósito de obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita ou de prejudicar direito ou interesse alheio:

Pena — reclusão, de dois a seis anos, e pagamento de quinze a trinta dias-multa.

Parágrafo único. Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público os emanados de entidade de direito público, de empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de empresa industrial ou sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.

Falsificação de documento particular

Art. 331. Falsificar, no todo ou em parte, fabricando ou adulterando, documento particular, com o propósito de obter vantagem ilícita, para si ou para outrem, ou de prejudicar direito ou interesse alheio:

Pena — reclusão, até cinco anos, e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

Agravação de pena

Art. 334. Se o agente da falsidade documental é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação é de assentamento de registro civil, a pena é agravada.

Art. 338.

Falsidade material de atestado ou certidão

§ 1.º Falsificar, no todo ou em parte, fabricando ou adulterando, atestado ou certidão, para prova de fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem:

Pena — detenção, até três anos.

§ 2.º Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se, também, a pena de pagamento de cinco a dez dias-multa.

Falsidade de atestado médico

Art. 339. Dar o médico, no exercício de sua profissão, atestado falso:

Pena — detenção, até um ano, ou pagamento de cinco a quinze dias-multa.

Uso de documento falso

Art. 340. Fazer uso de qualquer dos documentos a que se refere o presente Capítulo, falsificados por outrem:

Pena — a cominada à falsidade.

Falsificação de sinal oficial no contraste de metal nobre ou na fiscalização aduaneira, ou para outros fins

Art. 342. Falsificar, fabricando ou adulterando, marca ou sinal empregado pelo poder público no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou usar marca ou sinal dessa natureza, falsificado por outrem:

Pena — reclusão, de dois a seis anos, e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

Falsidade como meio de outro crime

Art. 347. Se o crime contra a fé pública constituir meio para a prática de outro crime, aplica-se a regra do § 1.º do artigo 65.

Art. 362.

Forma qualificada

Parágrafo único. Se o interesse é ilegítimo:

Pena — detenção, de três meses a um ano, além da multa.

Violação de sigilo de licitação

Art. 366. Devassar o sigilo de licitação, ou proporcionar a terceiro o ensejo de fazê-lo:

Pena — detenção, de três meses a um ano, e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

Conceito de funcionário público

Art. 367. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

Funcionário público por equiparação

Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público.

Reingresso de estrangeiro expulso

Art. 368. Reingressar no território nacional o estrangeiro que dele foi expulso:

Pena — reclusão, até quatro anos, sem prejuízo de nova expulsão, após o cumprimento da pena.

Impedimento, perturbação ou fraude de licitação ou hasta pública

Art. 377. Impedir, perturbar ou fraudar licitação ou venda em hasta pública, promovida pela administração pública ou entidade de direito público, empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, ou pagamento de dez a trinta dias-multa.

Coação indireta no curso do processo

Art. 386. Fazer pela imprensa, rádio ou televisão, antes da intercorrência de decisão definitiva em processo penal, comentários com o fim de exercer pressão relativamente a declarações de testemunhas ou decisão judicial:

Pena — detenção, até seis meses, ou pagamento de vinte a sessenta dias-multa.

Fraude à execução

Art. 387. Fraudar execução, alienando, desviando ou danificando bens, ou simulando dívidas:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, ou pagamento de dez a vinte dias-multa.

Ação penal

Parágrafo único. Somente se procede mediante queixa, salvo se o crime for praticado contra entidade de direito público, empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público.

Art. 389.

Pena — detenção, até um mês, ou pagamento de cinco a dez dias-multa, sem prejuízo da correspondente à violência acaso empregada.

Art. 392.

§ 1.º

Pena — detenção, até três meses, e pagamento de três a dez dias-multa.

Art. 395.

§ 1.º Se o crime é praticado à mão armada, ou por mais de duas pessoas, ou mediante arrombamento a pena é reclusão, de dois a seis anos.

§ 3.º A pena é reclusão, até quatro anos, se o crime é praticado por pessoa sob cuja guarda ou custódia está o preso ou internado.

Modalidade culposa

§ 4.º No caso de culpa do funcionário incumbido da guarda ou custódia, aplica-se a pena de detenção, de três meses a um ano, ou pagamento de cinco a quinze dias-multa.

Desobediência à sentença

Art. 403. Deixar o funcionário público de cumprir sentença ou retardar-lhe o cumprimento:

Pena — detenção, de três meses a um ano, e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

Art. 406. Ressalvada a legislação sobre os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, os de falência de imprensa os relacionados à telecomunicação, os de greve ou *lockout*, de responsabilidade, de abuso de poder, os crimes militares, os de fraude fiscal, e o de utilização indevida do produto da cobrança do imposto, definido no artigo 2.º do Decreto-lei n. 326, de 8 de maio de 1967, bem como os previstos em outras leis e não incorporados a este Código, revogam-se as disposições em contrário.

Art. 407. Este Código entrará em vigor no dia 1.º de janeiro de 1974."

Art. 2.º O Art. 359 passa a constituir o Art. 403; o Art. 403 passa a constituir o Art. 368, como primeiro artigo do Capítulo II do Título XI, da Parte Especial.

Parágrafo único. Em consequência, os Arts. 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367 e 368 passam a ter, respectivamente, a seguinte numeração: 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366 e 367.

Art. 3.º Ficam suprimidos os Arts. 45, 68, 275, 291, 335, 376 e a pena que se segue ao parágrafo único do Art. 128.

Art. 4.º As remissões contidas em leis especiais a artigo do Código Penal baixado pelo Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passam a referir-se aos artigos compatíveis e correspondentes do Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, com as modificações constantes desta lei.

Art. 5.º Esta lei entrará em vigor no dia 1.º de janeiro de 1974, observada nova numeração do texto do Código Penal, instituído pelo Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, revogadas as disposições em contrário.

(Publicado no DCN (Seção II) de 9.10.73).



Composto e impresso em 1974, nas oficinas da
EMPRESA GRÁFICA DA REVISTA DOS TRIBUNAIS S.A.
R. Conde de Sarzedas, 38, fone 33-4181, São Paulo, S.P., Brasil