

REVISTA DE DIREITO PENAL

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

Diretor: Prof. HELENO C. FRAGOSO

**Ns. 11/12
JULHO-DEZEMBRO/73**

**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	
Claus Roxin — A culpabilidade como critério limitativo da pena	7
Enrique Cury — Contribuição ao estudo da pena	21
Heleno Cláudio Fragoso — Provocação ou auxílio ao suicídio .	35
COMENTARIOS E COMUNICAÇÕES	
Antônio Acir Breda — Notas sobre o anteprojeto de Código de Processo Penal	49
NOTAS E INFORMAÇÕES	
Prof. Giacomo Delitala	75
II Congresso Nacional do Ministério Público	75
XI Congresso Internacional de Direito Penal	76
Prof. Fabio Dean	78
Novo CP em El Salvador	78
Instituto de Ciências Penais	78
RESENHA BIBLIOGRÁFICA	79
JURISPRUDÊNCIA	
Apelação criminal. Razões fora do prazo	97
Citação por edital. Falta de afixação do edital. Irrelevância ..	97
Delito de circulação. Colisão com veículo que trafega à frente .	97
Desacato a auditor. Crime comum	98
Entorpecente. Não mais subsiste o recurso de ofício	98
Estelionato e furto com emprego de fraude. Distinção. Desclassificação. Reabertura de prazos	100
Furto. Abuso de confiança	100
Homicídio qualificado. Meios e modos de execução	101
Homicídio. Vítima adormecida. Traição ou emprego de recurso que impossibilita a defesa da vítima?	104

Júri. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos ..	109
Justificação judicial. É de apelação o recurso contra decisão que a indefere	110
Perigo para a vida ou a saúde de outrem. Exige perigo concreto	111
Prisão civil. Alienação fiduciária	111
Prova. A do inquérito policial não basta para condenar	113
Queixa. Mulher casada. Autorização do marido	113
Sonegação fiscal. Indispensável a decisão definitiva no processo administrativo	114

LEIS E PROJETOS

<i>Lei n. 5.941, de 22 de novembro de 1973</i> — Altera os artigos 408, 474, 594 e 596, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal	115
<i>Lei n. 5.970, de 11 de dezembro de 1973</i> — Exclui da aplicação do disposto nos arts. 6.º, n. I, 64 e 169, do Código de Processo Penal, os casos de acidente de trânsito, e dá outras providências	116
<i>Lei n. 5.974, de 11 de dezembro de 1973</i> — Dispõe sobre a competência criminal para o processo e julgamento dos membros do Ministério Público da União	117
<i>Decreto n. 73.332, de 19 de dezembro de 1973</i> — Define a estrutura do Departamento de Polícia Federal e dá outras providências	117
<i>Exposição de motivos ministerial ao projeto de emendas ao Código Penal</i>	120
<i>Decreto n. 74.383, de 20 de junho de 1973</i> — Promulga a Convenção para a Repressão aos Atos Ilícitos Contra a Segurança da Aviação Civil	151

EDITORIAL

A questão da pena, de seus fundamentos e limites, que hoje se situa, sem dúvida, no primeiro plano, nas inquietações de todos os estudiosos do Direito Penal, dedicamos neste número destaque especial, com dois trabalhos originais da maior importância e significação. O primeiro é do Prof. CLAUS ROXIN, sobre a culpabilidade como critério limitativo da pena, na qual o excelente mestre da Universidade de Munique desenvolve as idéias básicas que, na matéria, inspiraram aos autores do Projeto Alternativo de CP alemão. O segundo é do Prof. ENRIQUE CURY, da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Chile, de quem já divulgamos outros trabalhos, no qual se revela a sua fina sensibilidade de jurista no exame do grave problema. Esses trabalhos foram apresentados no encontro promovido pelo Instituto de Ciências Penais, de Santiago do Chile, em abril de 1973, para debate do tema.

A parte de doutrina se encerra com um estudo do diretor desta revista sobre provocação ou auxílio ao suicídio, reexaminando e atualizando a matéria, na perspectiva do CP de 1969 que não se sabe quando entrará em vigor.

Na seção de Comentários e Comunicações apresentamos análise feita pelo Prof. ANTÔNIO ACIR BREDÁ, da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, sobre o anteprojeto do CPP. Esse trabalho foi feito em nome da OAB, seção do Paraná e do Instituto dos Advogados do Paraná, merecendo a atenção especial dos encarregados da revisão do anteprojeto.

Chamamos a atenção do leitor para a extensa resenha bibliográfica que neste número estampamos. Trata-se de seção que se ampliará consideravelmente em nossos próximos números, já que constitui importante tarefa de uma publicação científica a exata informação e crítica da nova literatura especializada.

Na parte de jurisprudência estão notícias e comentários sobre algumas decisões importantes, destacando-se a nota sobre "homicídio qualificado, meios e modos de execução" (onde se faz completo levantamento doutrinário e jurisprudencial da matéria) e a nota (do Prof. NILO BATISTA) sobre o homicídio praticado contra pessoa adormecida, onde se faz exaustivo exame da qualificação do crime em tal caso.

Ao final publicamos o texto de novas leis e decretos em matéria penal, bem como a Convenção para a Repressão aos atos ilícitos praticados contra a segurança da aviação civil, e o respectivo decreto que a manda executar e cumprir. Trata-se da Convenção de Montréal (1971). Publicamos também a Exposição de Motivos e o projeto ministerial de emenda ao CP de 1969, encaminhados ao Congresso pelo governo. Essa publicação é parte de nosso plano relativo à divulgação de todos os trabalhos preparatórios do novo CP, materiais de grande importância para seu estudo e interpretação.

A partir de seu próximo número, como anunciamos, esta revista retomará o curso de sua publicação trimestral.

H.C.F.

DOCTRINA

A CULPABILIDADE COMO CRITÉRIO LIMITATIVO DA PENA *

CLAUS ROXIN

I. O problema de se a pena estatal pode ser justificada pela “culpabilidade” do agente, é, na atualidade, extremamente discutido pela ciência penal alemã e internacional. A teoria mais radical, que quer prescindir totalmente do conceito da pena, argumenta de forma que parece irrefutável: A culpabilidade humana pressupõe que o agente poderia haver atuado de maneira diversa. Uma “liberdade de vontade” deste tipo, não existe, ou pelo menos — o que é discutido — não se pode cientificamente provar. Mesmo se ela existisse em abstrato, de qualquer forma não seria possível determinar-se com segurança se um agente em concreto, no momento do cometimento do delito, poderia ter agido de outra maneira. Assim sendo, se a possibilidade de culpabilidade humana não pode ser verificada e se de pressupostos que não podem ser provados, nenhuma consequência científica deve ser deduzida, é impossível trabalhar com o conceito de culpabilidade. Se a pena é uma resposta a uma conduta culpável, com a renúncia ao pressuposto da culpabilidade, deve-se, *ipso facto*, prescindir-se também da pena. A proteção contra os abusos de alguns que perturbam a paz social deve ser garantida, não pela pena, mas por um sistema de medidas de segurança.

II. A esta dedução, que privaria de base nosso tema, não é possível contrapor-se, na forma como procurou fazê-lo o Projeto de Reforma alemã ocidental de 1962 (o chamado Projeto 1962). Em sua fundamentação (pág. 96) diz-se: “Um Direito Penal de Culpabilidade pressupõe que existe a culpabilidade humana, que pode ser estabelecida e ponderada. O Projeto reconhece esses pressupostos. O conceito de culpabilidade está vivo no povo... A ciência tampouco pode privar de fundamento a convicção de que há culpabilidade na

* Comunicação apresentada ao Colóquio realizado em abril de 1973, em Santiago do Chile, pelo Instituto de Ciências Penais. Tradução de Fernando Fragoso.

conduta do homem. Novas investigações assim o admitem." Estas expressões deixam transparecer somente que o pressuposto da culpabilidade é possível, sendo, porém, indemonstrável, e que a falta de prova é suprida por uma profissão de fé. Mas o legislador não está autorizado a isto, se entendermos a indagação da culpabilidade como um problema de conhecimento. O legislador pode emitir decisões valorativas, mas não tem a possibilidade de dispor que alguém poderia agir de forma diversa; problemas do ser escapam à sua competência.

III. Desta comprovação devemos concluir que o conceito de culpabilidade está superado cientificamente e que o Direito Penal deve ser substituído por um sistema de medidas de segurança? Não creio que isso fosse desejável do ponto-de-vista de política criminal. Se afastarmos, por um instante, o problema da fundamentação teórica do Direito Penal da Culpa, constataremos que o conceito de culpabilidade cumpriu, até o presente, no Direito Penal com duas funções práticas diferentes, que devem ser estritamente separadas e apreciadas de forma absolutamente distinta. Sua primeira tarefa foi a de lhe dar justificação ao fim retributivo da pena. Uma retribuição no sentido de infligir um mal compensatório da culpabilidade pressupõe logicamente uma culpabilidade que pode ser compensada ("saldada", "expiada"). Neste sentido traduz-se então a culpabilidade como desvantagem para o acusado, pois legitima o mal que se lhe inflige. A segunda função do conceito de culpabilidade é de índole contrária: Consiste em que limita a pena, ou seja, põe uma barreira à faculdade de intervenção estatal, pois a medida de culpabilidade indica o limite superior da pena. Esta segunda função do conceito de culpabilidade, que constitui um dos temas de nosso congresso e que constitui o título de minha contribuição, não prejudica o delinquente, mas o protege. Impede uma ingerência mais severa em sua liberdade pessoal, por razões preventivas, que o limite a que corresponda a sua culpabilidade. Minha tese, que é, também, a que serve de base ao Projeto Alternativo alemão ocidental e que a seguir desejo fundamentar com mais detalhe, consiste em que o conceito da culpabilidade como fundamento da retribuição não é idôneo e deveria ser abandonado, enquanto que o conceito de culpabilidade como princípio limitativo da pena deve manter-se, e que nesta função é possível fundamentá-lo teoricamente.

IV. Começo com a teoria da retribuição. Cientificamente é insustentável e do ponto-de-vista da política criminal, danosa. O cientificamente insustentável desta teoria não emana exclusivamente da circunstância anteriormente anotada, a saber, que no pressuposto, empiricamente duvidoso, de ter podido atuar de outra maneira não se deveriam fundar conseqüências gravosas para o agente (o mal

da pena). A teoria da retribuição tampouco é aceitável, porque sua premissa, de que o injusto cometido pelo agente é compensado e saldado pela pena retributiva, é irracional e incompatível com os fundamentos teórico-estatais da Democracia. Ou seja, que um mal (o fato punível) possa ser anulado pelo fato de que agregue um segundo mal (a pena), é uma suposição metafísica que somente pode-se fazer plausível por um ato de fé. Na medida em que se derive o poder do Estado da autoridade divina, pode-se ser conseqüente contemplando o juiz como um executor terreno do juízo penal divino, outorgando-se à sua decisão a força para redimir a culpabilidade humana e para a reimplantação da Justiça. Todavia, já que nos regimes democráticos todo o poder estatal (e assim também o poder judiciário) emana do povo, não tem a decisão judicial uma legitimação metafísico-teológica, mas sim exclusivamente um fundamento racional na vontade dos cidadãos. Esta vontade pode ser orientada para fins de prevenção especial ou geral, mas não para a compensação da culpabilidade, a qual escapa ao poder humano.

A teoria da retribuição é ademais danosa do ponto-de-vista da política criminal. Pois, uma teoria da pena que considera como essência da mesma o "irrogar um mal", não conduz a nenhum caminho para uma execução moderna da pena que sirva a uma efetiva prevenção do delito. A execução da pena só pode ter êxito enquanto procure corrigir as atitudes sociais deficientes que levaram o condenado ao delito; ou seja, quando está estruturada como uma execução ressocializadora preventiva especial. Para isso, a idéia de retribuição não oferece, em troca, nenhum ponto de apoio teórico.

Por todas estas razões, a missão do Direito Penal não pode consistir na retribuição da culpabilidade, mas sim na ressocialização e nas exigências iniludíveis da prevenção geral. Por este motivo, na elaboração do Projeto Alternativo da Alemanha Ocidental, para o qual contribuí, prescindimos totalmente da idéia de compensação da culpabilidade, e somente consideramos a prevenção especial e a geral como fins da pena. Veremos mais adiante como isto repercute na determinação da pena e no sistema de sanções. Em todo caso, a idéia da culpabilidade como base de uma retribuição, no sentido a que assinálamos, não tem cabimento no Direito Penal.

V. Diverso é o caso quando tratamos da culpabilidade como critério limitativo da pena. O princípio de que a pena em sua gravidade e em sua duração temporal não deve superar o grau de culpabilidade, não procede, como o princípio da retribuição da culpabilidade, de fontes metafísicas. É, mais propriamente, um produto do liberalismo iluminista e serve ao fim de limitar o poder de intervenção do Estado. Dele pode derivar uma série de conseqüências que pertencem às mais efetivas garantias do Estado de Direito e que, portanto, de maneira alguma deveria delas prescindir. Por exemplo,

o princípio fundamental *nullum crimen, nulla poena sine lege* formulado pelo grande penalista alemão FEUERBACH (1775-1833), que foi incorporado à legislação da maioria dos países, está vinculado estreitamente à função limitativa da pena do princípio da culpabilidade: Quem antes do fato não podia ler numa lei escrita que sua conduta lhe acarretaria uma pena, não podia ter conhecido a proibição e, por conseguinte, não podia fazer-se culpado por sua contravenção. O princípio da culpabilidade exige, portanto, determinação do tipo, a proibição estrita de leis retroativas e a proibição de toda analogia em prejuízo do agente. Deste modo liga o poder estatal à *lex scripta* e impede uma justiça arbitrária. Mas também limita o máximo de pena permitido em caso de clara violação da lei escrita. Quando alguém causa um acidente de trânsito por um ligeiro descuido, aplicar uma pena severa pode ser muito adequado por razões de prevenção geral. Todavia, o princípio da culpabilidade obriga a imposição de uma pena exígua para uma ligeira negligência e, deste modo, impede que a liberdade do indivíduo seja sacrificada pelo interesse da intimidação geral. O mesmo vale para uma extensão extrema da prevenção especial. Se alguém furta uma bicicleta, este delito relativamente inofensivo pode ser, não obstante, o sintoma de profunda alteração da personalidade. Se, sob o ponto-de-vista de uma teoria da pena orientada unilateralmente para a prevenção especial, se mantivesse e se submetesse um criminoso a adequado tratamento em estabelecimento próprio até que pudesse ser posto em liberdade restabelecido, em condição de adaptado social, isto poderia eventualmente durar muitos anos. Neste caso, o princípio da culpabilidade também força a limitar a duração do tratamento — independentemente de seu êxito — conforme à insignificância do delito. Preserva-se assim a autonomia do indivíduo quanto a intromissões desmedidas do Estado.

VI. Esta função limitativa da pena do princípio da culpabilidade é digna de ser mantida. A liberdade individual não é algo tão evidente, mesmo no mundo moderno, que se possa prescindir de assegurá-la por meio da lei. Não é sequer necessário para isso pensar num regime de terror que menospreze o ser humano, como o que viveu a Alemanha sob a ditadura fascista nos anos de 1933 a 1945; contra este tipo de detentores do poder, em qualquer caso, é pouco o que se pode conseguir através de leis. A imposição de penas intimidativas, que em sua medida vão além da magnitude da falta individual, pode produzir-se em qualquer sociedade, caso não tenham sido adotadas medidas legais de garantia. Deveria ela ser evitada, pois atenta — de acordo com a concepção imperante na Alemanha, por certo, correta — contra a dignidade humana, se se priva alguém da liberdade, mais além do grau de sua responsabilidade, em razão de outrem, isto é, somente para evitar que outros cometam atos

delituosos. Igualmente, pode ser muito duvidoso um exaltado zelo pela prevenção especial, mesmo que seja feito com a maior boa vontade. Existem sempre, como se sabe, reformadores radicais, que, com base em mero direito de medidas de segurança, desejam prescindir totalmente de tipos determinados e, por conseguinte de um Direito Penal do fato, e fazer da perigosidade social o motivo exclusivo para o tratamento estatal. Estas concepções devem ser rechaçadas, pois a possibilidade de conformar-se a uma coerção social ilimitada, estreitaria o campo do livre desenvolvimento da personalidade, que pertence aos pressupostos de uma feliz convivência humana. A satisfação humana requer também a liberdade para uma conduta não conformista, e — enquanto não se vincule a isso danos graves para outrem — para um determinado grau de inadequação. Tudo isso o garante, contra pretensões totalitárias de caráter especial — preventivo, o princípio da culpabilidade.

VII. O curso do meu pensamento se orienta então a desligar o conceito de culpabilidade do conceito da retribuição, geralmente considerados unidos indissolavelmente, e a utilizá-lo somente na medida em que sirva para restringir o poder punitivo do Estado. Mediante essa redução do conceito de culpabilidade a *uma* só de suas funções tradicionais, não fica ele sujeito, a meu ver, a qualquer objeção fundada.

1. A consideração de que em Direito Penal não se deve partir de uma suposição tão pouco provada como a da existência de uma liberdade de vontade e da possibilidade de culpabilidade humana que se deriva dela, é conveniente somente na medida em que o criminoso é prejudicado por ela. Enquanto o princípio de culpabilidade tenha uma função limitadora da pena, obrará exclusivamente a favor do acusado. Não se pode objetar que a total abolição da pena, que seria a consequência de prescindir-se do princípio da culpabilidade, seria ainda mais favorável ao criminoso, pois sua conduta não permaneceria impune, mas apenas estaria sujeita às medidas de segurança estatais, que carecem das garantias liberais do princípio da culpabilidade. O fato de que o princípio da culpabilidade favorece o agente não pode ser discutido nem criticado de pontos-de-vista lógico-jurídicos. Presunções em favor do indivíduo constituem meio muito usual da técnica jurídica e, em absoluto, não cabem reparos sob o ponto-de-vista de um Estado de Direito. Nem sequer é necessário admitir que o legislador, ao empregar a medida da culpabilidade para limitar a faculdade de intervenção estatal, estaria pronunciando um juízo que não lhe compete sobre a liberdade da vontade humana. Não se trata, neste caso, de uma afirmação sobre o ser, mas que de um postulado de política criminal dirigido ao juiz: "Vocês devem tratar o cidadão por sua inclinação à liberdade indi-

vidual como um homem capaz de uma decisão autônoma e responsável, enquanto a motivação normal de seu fazer não esteja excluída por perturbações espirituais.” Regras do jogo sociais deste tipo, que são favoráveis a um ordenamento satisfatório da convivência humana (que ademais determinam a vida social total do homem, também fora do Direito) não devem ser consideradas como uma comprovação pseudocientífica no mundo do ser. São princípios reguladores normativos, que não devem ser ajuizados conforme os critérios de “verdadeiro” ou “falso”, mas de acordo com sua fecundidade social ou o prejuízo que causam. Que o princípio da culpabilidade, em sua função limitadora da pena, deve ser considerado como proveitoso do ponto-de-vista da política criminal, creio tê-lo evidenciado.

2. Uma segunda objeção contra o princípio da culpabilidade, no sentido de que não possibilita uma limitação da pena porque não pode calcular-se que a pena corresponde a uma culpabilidade, tampouco me parece convincente. É certo, evidentemente, que não é possível uma exata quantificação da culpabilidade, de tal modo que para um fato determinado lhe corresponda uma pena matemática e univocamente calculável... Mas isto tampouco é necessário. Já que a função político-criminal do princípio da culpabilidade consiste, sobretudo, como vimos, em impedir abusos da pena, de caráter geral ou especial preventivos, e estes abusos (nos quais a pena está fora de relação com respeito à culpabilidade do agente) podem ser reconhecidos perfeitamente. Ademais, deve-se ter em conta que a “Teoria da Determinação da Pena”, que na Alemanha somente nos últimos anos vem se desenvolvendo como uma ciência independente, pode perfeitamente determinar e sistematizar, com base em critérios racionais, os fatores gravosos ou de escusa de um acontecimento (ou seja, os fatores agravantes ou atenuantes da culpabilidade). Quando os tribunais, na atualidade, estão sujeitos amiúde a flutuações consideráveis, isso não se deve à impossibilidade fundamental, mas sim à desatenção e à falta de desenvolvimento científico, até o presente, de uma teoria racional de determinação da pena, que trabalhe com o princípio da culpabilidade. No fundo, trata-se apenas de respeitar o princípio do tratamento igual para o igual e o do tratamento desigual para o desigual, estabelecendo-se que o limite máximo da pena seja respeitado. Isto pode ser algumas vezes difícil na prática, porém não modifica em absoluto a possibilidade teórica, devendo ser uma das máximas do juiz uma aproximação tanto quanto possível a este ideal.

3. Uma última objeção ao princípio da culpabilidade em sua função limitadora da pena se encaminha a sustentar ser ele supérfluo. Na Alemanha Ocidental surgiu a opinião de que, também as medidas de segurança e correção, que coexistem junto à pena, não são admissíveis

ilimitadamente, pelo que devem ser restringidas pelo princípio da proporcionalidade. Assim sendo, também as medidas de segurança só se justificam na medida em que são necessárias por um “interesse público preponderante”. De parte dos partidários de um sistema exclusivo de medidas de segurança se faz valer algumas vezes que de nenhum modo necessitariam do princípio da culpabilidade, e com isso, da manutenção da pena, por razões de um Estado de Direito, pois as medidas também estariam sujeitas a uma limitação que praticamente produziria o mesmo resultado. Esta tese não é acertada. Pois entre a limitação da pena pela medida da culpabilidade e a restrição da medida aos casos de interesse público preponderante, existe uma diferença fundamental: A medida limitativa da “culpabilidade” se desprende da conduta e dos motivos do agente; o limite para a admissão da medida provém exclusivamente do interesse público. Já que o princípio da culpabilidade tem precisamente a tarefa de defender a liberdade individual contra o interesse demasiado poderoso do Estado, não pode ser substituído, de modo algum, pela cláusula limitativa vigente para as medidas.

VIII. O curso das idéias acima desenvolvidas em relação ao significado do princípio da culpabilidade no Direito Penal encontrou expressão codificada no Projeto Alternativo da Alemanha Ocidental, que corresponde finalmente analisar de forma sumária.

1. O § 2.º do Projeto Alternativo (AE), sob a epígrafe “Fins e limites da pena e das medidas”, tem o seguinte teor:

Inciso 1.º: As penas e as medidas servem à proteção dos bens jurídicos e à reintegração do agente à comunidade jurídica.

Inciso 2.º: A pena não deve exceder o grau de culpabilidade pelo ato; as medidas só devem ser impostas em caso de interesse público preponderante.

O primeiro inciso estabelece os objetivos da pena. São, como o das medidas, de caráter geral ou especial-preventivo. A “proteção dos bens jurídicos” assinala a função do Direito Penal, de proteger o indivíduo e a comunidade de abusos socialmente danosos de terceiros, ao passo que a “reintegração do agente” expressa o objetivo da ressocialização. O pensamento da “retribuição”, “da compensação da culpabilidade”, da “expição” — ou como se queira chamar a esta função tradicional da pena — não foi conscientemente mencionado, pelas razões expostas anteriormente.

O inciso segundo, ao contrário, caracteriza os limites de cada sanção. Na pena é a “culpabilidade do ato”. Com esta expressão faz-se referência à culpabilidade que se expressa no ato individual. O conceito de “culpabilidade de caráter”, usado ocasionalmente pela ciência alemã, mas pouco claro e pouco adequado a um Estado de

Direito, por sua afinidade com o Direito Penal do ânimo, foi excluído deliberadamente. Nas medidas empregou-se como fórmula limitativa o "interesse preponderante", tal como o descrevemos anteriormente.

2. O § 2.º do AE é complementado por uma fórmula sobre a determinação da pena, estabelecida no § 59 inciso 2.º AE. A disposição reza: "O grau determinado pela culpabilidade do ato deverá ser abarcado em sua totalidade, somente enquanto seja necessário para a reintegração do agente à comunidade jurídica ou à proteção dos bens jurídicos."

Esta disposição assinala novamente de forma bastante clara que, de acordo com a concepção do Projeto Alternativo, a culpabilidade não deve servir como fundamento a uma retribuição, mas sempre somente como limite superior da pena. Expressa-se que o juiz, ao estabelecer a pena, não deve nunca ultrapassar o grau de culpabilidade, mas certamente pode ficar abaixo dele. Se, por exemplo, o grau de culpabilidade correspondesse à pena privativa de liberdade de um ano, o juiz pode, não obstante, prescindir totalmente de uma pena privativa da liberdade, se isso for adequado por razões de prevenção especial, não se opondo necessidades de prevenção geral. A culpabilidade, então, não exige nunca uma pena de determinada magnitude. Só determina qual é o limite que a pena não deve ultrapassar, determinada quanto ao mais, de acordo com critérios de prevenção especial e geral.

Outro fator deve ser considerado na interpretação da regra de determinação da pena. Ao contrário do § 2.º AE, no § 59, inciso 2.º AE a "reintegração do agente" está mencionada antes da "proteção da comunidade jurídica". Com isto quer-se expressar que, na determinação da pena, deve-se ter em conta, no que for possível, preferentemente a prevenção especial, antes da geral. Assim: o máximo de ressocialização possível; o máximo de prevenção geral necessário, porém ambos aquém do grau de culpabilidade do fato delituoso em que se insere o caso individual.

Esta concepção de política criminal, que encontra expressão nos §§ 2 e 59, inciso 2.º AE, desenvolvido nesta minha contribuição sobre o significado limitativo da pena pelo princípio da culpabilidade, conduz naturalmente a importantes conseqüências na estruturação do sistema de penas e de medidas. Delas cuidarei sumariamente, a seguir.

B. Tendências modernas no sistema das penas e das medidas de segurança.

I. Um sistema de sanções em que o grau de culpabilidade assinala o limite superior da pena, deve ser de duplo binário, isto é, deve contemplar, junto à pena, medidas de correção e segurança, independentes da culpabilidade. Pois a pena tão-somente, não basta, em casos

graves, para atender às necessidades de segurança da sociedade e às exigências de uma ação terapêutica. Isto não requer maiores explicações: tanto mais diminuída esteja a culpabilidade do agente por defeitos espirituais ou anímicos, tanto maior pode ser sua periculosidade, e em menor grau pode-se prescindir de medidas de segurança, por outro lado, tanto mais grave seja uma perturbação da personalidade que desencadeia um delito, tanto mais branda será sua culpabilidade e a pena, porém mais recomendados são também os esforços curativos de longa duração. O Projeto Alternativo da Alemanha Ocidental manteve, por estas razões, o sistema do duplo binário. As vezes, ouvimos a objeção de que com isso o significado do princípio da culpabilidade, próprio de um Estado de Direito, torna-se ilusório. De que serve a limitação da pena, se em caso de necessidade se pode recorrer, de todos os modos, às medidas de segurança, não limitadas pelo princípio da culpabilidade? Seria preferível passar imediatamente para um sistema exclusivo de medidas de segurança! Todavia, isto não é exato. As medidas de segurança não são admissíveis em todos os casos (ou tampouco na maioria deles), mas apenas sob pressupostos bastantes restritos, como *ultima ratio* da possibilidade de reação estatal. A regra geral, em casos de pequena e média criminalidade, continua sendo a de que a pena constitui a única sanção privativa da liberdade, de modo que aqui o princípio de culpabilidade pode cumprir plenamente sua função liberal de limitação. Somente em casos de alta periculosidade do agente impõem-se medidas de segurança, de modo que nestes casos o "interesse público preponderante" prevalece em relação à proteção individual. Todavia, isso constitui exceção, que em nada compromete o significado da regra geral.

A manutenção do sistema do duplo binário no Projeto Alternativo, no entanto, não nos deve enganar, eis que se trata de um duplo binário muito restrito. Dado que, de acordo com o § 2.º do Projeto Alternativo, tanto a pena como as medidas de segurança se destinam igualmente "à proteção dos bens jurídicos e à reintegração do criminoso à comunidade jurídica" não há absolutamente qualquer diferença nos fins de ambas as sanções, de forma que, sob o ponto-de-vista dos fins da sanção, representa, em verdade, uma concepção unitária. As diferenças entre as penas e as medidas de segurança se encontram unicamente em sua limitação, que num caso se verifica através do princípio da culpabilidade e, no outro, através do interesse público preponderante. A concepção do Projeto Alternativo é, por conseguinte, unitária com respeito aos objetivos da sanção e dualista, ou de duplo binário, com respeito aos limites da sanção. Isto significa uma grande aproximação ao sistema unitário.

Acho que esta evolução é acertada sob o ponto-de-vista de política criminal, pois permite assimilar completamente a execução da pena privativa de liberdade à medida terapêutica.

II. As modernas tendências do sistema de sanções do Projeto Alternativo não pertence unicamente a eliminação do pensamento da retribuição, mas também, e sobretudo, a acentuação preeminente dos pontos-de-vista da prevenção especial. Por certo, não se pode prescindir de sanções motivadas por critérios de prevenção geral. Um homicídio deverá sempre ser castigado, mesmo que não exista nenhum perigo de que o agente o volte a repetir, já que, de outra forma, qualquer pessoa poderia matar seu desafeto sem qualquer risco, oferecendo a segurança de que não mais cometerá tal crime. Mas, na pequena e média criminalidade atende-se de melhor maneira à luta contra a criminalidade se as sanções estiverem estruturadas de tal modo que possam produzir um efeito ressocializador ou que pelo menos possam evitar conseqüências contraproducentes a esta ressocialização. Também nos casos de criminalidade crônica deveria fazer-se muito mais do que até hoje tem sido feito para ganhar novamente o condenado para a sociedade.

1. A pena unitária.

O Código Penal alemão (que data de 15.5.1871) conhecia até o ano de 1970 quatro formas diferentes de penas privativas de liberdade, escalonadas de acordo com sua gravidade: presídio, reclusão, clausura (detenção em fortaleza) e prisão. O Projeto de Reforma do Governo Federal do ano de 1962 (P. 1962) havia mantido a distinção entre presídio e reclusão, e havia pretendido introduzir o arresto como uma terceira forma de pena privativa de liberdade. O Projeto Alternativo de 1966, em contraposição a ele e, pela primeira vez na história da reforma do Direito Penal alemão, prescindiu totalmente da diferenciação entre diversas penas privativas de liberdade e o legislador da Alemanha Ocidental, após muitas vacilações, aderiu a ele. Desde a primeira Lei de Reforma do Direito Penal de 25.6.1969 não mais existe presídio ou reclusão, mas tão-somente uma "pena unitária privativa de liberdade" (chamada também "pena unitária"). A abolição da pena de presídio, certamente a mais importante das reformas na Alemanha Ocidental, significa um triunfo do pensamento da ressocialização. Pois o presídio, que se impunha aos delitos mais graves, só se diferenciava da reclusão (e da pena mais leve de prisão) por uma execução mais severa e pelas conseqüências desonrosas adicionais (como a perda dos direitos civis). Tais efeitos eram conseqüentes como a imposição de um mal no exato sentido da teoria da retribuição ou de um ponto-de-vista de um Direito Penal de intimidação, mas tinha que produzir no agente, humilhado de tal forma, obstinação e revolta, reduzindo as chances de sua ressocialização. Acrescentava-se, ademais, a estigmatização social da pena de presídio, que geralmente, por si só, impedia que o liberto pudesse tomar pé ou consolidar-se na sociedade. Quem queria dar trabalho a um "presidiário"? Deste modo, a condenação a presídio conduzia os conde-

nados que mais urgentemente necessitavam de uma ressocialização, na maioria dos casos, definitivamente ao estado de associalidade. O apelo a uma necessidade preponderante de prevenção geral não convence, pois a intimidação não provém tanto da gravidade da pena cominada, mas da intensidade da perseguição visando a imposição da pena. A circunstância de que nem mesmo a pena de morte intimidada foi fator essencial para sua abolição na Alemanha Ocidental (no ano de 1949). Assim sendo, a introdução da pena unitária é passo importante, que deve ser saudado com louvor, na trilha do moderno Direito Penal de ressocialização.

2. A restrição de penas privativas de liberdade inferiores a seis meses.

Desde algum tempo concluiu-se que as penas privativas de liberdade de curta duração (entendemos como tal as inferiores a seis meses) ocasionavam, em muitos casos, muito mais dano que benefício. O curto tempo de estada num estabelecimento carcerário é insuficiente para uma execução ressocializadora da pena, de que se possa esperar êxito. É suficientemente longa, no entanto, para levar àquele que cometeu seu primeiro deslize, definitivamente, pelo mau caminho, em razão dos contatos com criminosos perigosos condenados a tempo mais longo. Aliado a isso, arrancá-lo do trabalho e da família, que soem ser o último freio e apoio para o condenado, produz igualmente na maioria dos casos um efeito bastante danoso. Se o condenado perde seu trabalho e sua esposa dele se divorcia por estar recluso em estabelecimento carcerário, as chances de que não volte à prisão após o cumprimento da pena são menores que antes, máxime quando o estigma social "de haver estado preso" lhe dificulta a vida na sociedade. Por tal razão, quase não é exagero dizer que a pena privativa de liberdade de curto prazo, em vez de prevenir novos delitos, os promove.

O Projeto Alternativo, por isso, propôs, pela primeira vez na história dos movimentos de reforma alemães, abolir a pena privativa de liberdade de curta duração como primeira pena, substituindo-a pela imposição de penas pecuniárias que produzam um efeito sensível. Para os que não possam pagar, ou não o queiram fazer, o Projeto Alternativo contempla a possibilidade de cumprir a pena com um trabalho de utilidade comum (em especial em hospitais, estabelecimentos educacionais, asilos para velhos ou estabelecimentos similares). Somente quando o condenado recusa tanto o pagamento da pena pecuniária como um trabalho de utilidade comum, é que terá de cumprir uma "pena privativa de liberdade em substituição" de curta duração, mas, então, em certa medida, em razão de sua própria decisão e por sua culpa. Estes casos, no entanto, serão muito pouco freqüentes. Nos delitos de circulação, que conduziavam freqüentemente à imposição de penas privativas de liberdade de curta duração, o

Projeto Alternativo implantou, em seu lugar, a proibição de conduzir veículos, como pena independente.

Enquanto o Projeto de 1962 mantinha em toda a sua extensão a pena privativa de curto prazo, o legislador da Alemanha Ocidental, na reforma de 1969, não se fechou aos argumentos apresentados contra sua imposição. Não se atreveu a aboli-la, mas procurou encontrar uma solução de compromisso, que se expressou na seguinte disposição do § 14 inciso 1.º do Código Penal vigente: "O Tribunal imporá uma pena privativa de liberdade inferior a seis meses, somente se circunstâncias especiais, relativas ao fato criminoso ou à personalidade do acusado, tornem indispensável a imposição de uma pena privativa da liberdade, para influir no acusado ou proteger a ordem jurídica." A Lei, então, instrui o Juiz a fazer uso da pena privativa de liberdade de curta duração só por exceção (como *ultima ratio*); fala-se, por isso, de uma "cláusula de *ultima ratio*" no § 14 inciso 1.º. A necessidade de um "influir sobre o agente significa que o efeito de choque de um encarceramento de curto tempo pode atuar em forma de prevenção especial, afastando o delinquente da prática de novos atos puníveis. "Proteger a ordem jurídica", ao contrário, estabelece uma reserva de caráter geral-preventivo; a pena privativa de liberdade de curta duração, que fundamentalmente deve ser evitada, apesar disso, deve ser imposta no caso concreto se a renúncia a ela for incompreendida pela população, podendo, em consequência, trazer uma comoção na consciência jurídica comum. Está claro que a efetividade do novo § 14 inciso 1.º dependerá essencialmente da frequência com que os tribunais considerem necessária a imposição de uma pena para "proteger o ordenamento jurídico"; se se fizer uso muito frequente desta possibilidade, poderia facilmente frustrar-se o objetivo do legislador de restringir a aplicação da pena privativa de liberdade de curto prazo. Até agora a jurisprudência tem dado notícia da imposição de penas privativas de liberdade inferiores a seis meses em muito poucos casos excepcionais. Isto merece elogio, não só porque tal sanção é duvidosa em si mesma, mas também porque antes da promulgação da Primeira Lei da Reforma Penal a imposição frequente de tais penas levava a congestionamento nossos estabelecimentos carcerários, que tornava quase impossível toda preocupação séria, por razões técnico-administrativas, com os criminosos graves condenados a penas de maior duração.

3. O estabelecimento de terapêutica social.

A mais importante das inovações introduzidas pela reforma penal, o estabelecimento de terapêutica social, destina-se também exclusivamente à ressocialização. No caso de estabelecimento, que deverá entrar em função na Alemanha Ocidental em 1974, trata-se

de instituição que o legislador tomou do Projeto Alternativo. Seu modelo foi o famoso estabelecimento dirigido pelo Doutor STÜRUP em Herstedvester, em Copenhague, no qual os delinquentes, não suscetíveis de ser corrigidos, nem por moderna execução ressocializadora da pena, são submetidos a uma terapia individual ou de grupo por métodos especiais sócio-psiquiátricos. Esses criminosos, que até o presente eram considerados "incuráveis", são destinados atualmente na Alemanha, depois do cumprimento de sua pena, ao internamento de segurança, em razão de sua persistente periculosidade, e nele, como o próprio nome indica, são internados exclusivamente, por fins de segurança. A internação de segurança constitui um enclausuramento de duração indeterminada. Sua imposição significa, praticamente, que o criminoso permanece definitivamente separado da sociedade; lá fica ele por largos anos (às vezes pelo resto de sua vida) privado da liberdade, sem que se faça o que quer que seja para voltar a ganhá-lo para a sociedade. O pensamento fundamental do Projeto Alternativo a respeito dessa situação é que não se justifica um isolamento que elimina frequentemente para sempre o condenado do meio social enquanto não se esgotem todos os recursos médicos e psiquiátricos disponíveis, face aos últimos avanços da ciência, para transformar este homem num membro útil da sociedade. A medida determinada para esta última "tentativa de cura" deve ser, segundo o Projeto Alternativo, o estabelecimento de terapêutica social. A ele se destinam, de conformidade com os pressupostos detalhados mais precisamente no § 69 do Projeto, aqueles acusados cujo fato punível se vincula a uma enfermidade anímica ou a um transtorno profundo da personalidade ou, ainda, aqueles que por reiterada reincidência tenham-se revelado insuscetíveis de ressocialização através da execução normal da pena. Como prevê o § 40 inciso 6.º do Projeto Alternativo, no estabelecimento de terapêutica social deve-se desenvolver nos internos, mediante especial ajuda psiquiátrica, psicológica e pedagógica, a vontade e a capacidade para, no futuro, levar uma vida livre de penas. Para isso, põe-se especial ênfase na participação ativa do interno. Estes estabelecimentos estão sob a direção médica. O tratamento tem duração mínima de dois e máxima de quatro anos, em sua primeira vez e no caso de impor-se novamente, um máximo de oito anos. Essa medida obrigatoriamente tem que preceder à internação de segurança. De acordo com o § 70 do Projeto só deve ser destinado à internação de segurança um criminoso várias vezes reincidente e socialmente perigoso em larga medida, se esteve internado antes em estabelecimento de terapêutica social, pelo menos, por quatro anos, e uma nova internação pareça sem esperanças.

A segunda Lei de Reforma do Direito Penal adotou finalmente o estabelecimento de terapêutica social, que primitivamente não estava considerado no rol de suas medidas de segurança, conforme

o modelo do Projeto Alternativo, mas seu campo de aplicação foi essencialmente restringido. Está contemplada, segundo dispõe o § 65 do futuro Código Penal, para delinquentes de personalidade gravemente perturbada, para delinquentes perigosos por tendência e para delinquentes propensos por tendência em caminho a desenvolver-se como tais, menores de 27 anos. A só reincidência repetida, isto é, a falta de ressocialização em estabelecimentos penitenciários, não conduz, de acordo com o dispositivo citado, à internação no estabelecimento de terapêutica social; assim, não é ela necessariamente prévia à internação de segurança. Isto é lamentável, porque, todavia, haverá homens que assistirão seu ocaso na internação de segurança, os quais poderiam ter sido salvos, quicá, em um estabelecimento de terapêutica social, ou seja, a respeito dos quais a sociedade não utilizou tudo o que estava a seu alcance para salvá-los. A razão concreta desta reticência do legislador está no fato de que o estabelecimento de terapêutica social representa uma experiência que em grande parte ainda não foi comprovada e que exige enormes recursos financeiros. Até 1974 não só devem ser construídos os estabelecimentos, como também preparados os psiquiatras, médicos, psicólogos e pedagogos apropriados, se não se pretende que esta tentativa esteja condenada ao fracasso, desde o início. Levando em conta estas circunstâncias, o legislador quis começar de maneira mais discreta. Se o estabelecimento de terapêutica social vingar e se mostrar eficiente, deveria no futuro ampliar seu campo de aplicação aos limites que deseja outorgar-lhe o Projeto Alternativo. No sistema de sanções do futuro poderia constituir uma Instituição guia.

III. Outras inovações no sistema de sanções do Projeto Alternativo — como a ampla possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pena pecuniária e a extensão da suspensão condicional da pena a penas privativas de liberdade até dois anos — não as trataremos em particular. Elas confirmam a tendência do Projeto de substituir as penas privativas de liberdade de curto prazo, no que for possível, por outras sanções adequadas. Com isto não só se evitam suas reconhecidas conseqüências danosas, como também se torna possível, mediante o descongestionamento dos estabelecimentos carcerários, dar aos criminosos crônicos sempre reincidentes, uma execução da pena que represente um efetivo *training* social, e que possa combater, com maior êxito do que até o presente, as causas da criminalidade. Toda concepção de política criminal tem na execução da pena a sua mais severa prova de eficácia. Os redatores do Projeto Alternativo decidiram, por esta razão, elaborar também uma Lei de Execuções Penais. Referir-me a ela excederia os limites de meu tema. O Projeto, no entanto, deverá estar terminado ainda este ano e o enviaremos sem demora aos nossos colegas e amigos do Chile.

CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DA PENA *

ENRIQUE CURY

"...diseases desperate grown
By desperate appliance are relieved,
Or not at all"

SHAKESPEARE

I

Neste trabalho não se pode discutir, detalhadamente, o fundamento e as finalidades da pena, porque seu propósito é outro. Todavia, toda aproximação aos problemas da sanção penal pressupõe uma decisão sobre tais pontos, pois eles condicionam não só a coerência teórica da reflexão como também seus resultados práticos.¹ Portanto, ainda que brevemente, é indispensável abordar o tema.

Os juristas americanos só mediatamente viveram as vicissitudes da luta de escolas e, por isto, talvez, se encontrem melhor preparados que seus colegas europeus para aperfeiçoar uma *teoria sincrética*. Da distância, tem-se maior perspectiva para ver que a história do Direito Penal transcorre oscilando, alternativamente, entre o domínio temporal, ora das teorias absolutas, ora das relativas, sem que jamais uma delas tenha obtido a vitória definitiva sobre sua adversária,² e daí se deduz que ambos os grupos de concepções têm como contribuir para uma luta justa e eficaz contra o delito.

A *teoria sincrética*, porém, não é uma simples mistura de opiniões antagônicas. As miscelâneas, sendo teoricamente inaceitáveis,

* Trad. de Sônia Sarmento Meneghetti.

1. Assim também CLAUS ROXIN, *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativentwurf der Strafrechtslehrer*, ed. por J. Baumann, Hamburgo, 1968, pág. 75 e segs., trad. inglesa, *The purpose of Punishment and the Reform of Penal Law* em *Law and State*, Tübingen, 1970, vol. 2, págs. 66, 69 e 78.

2. THOMAS WURTENBERGER, *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat. Ausgewählt Aufsätze und Vorträge* (1948-1969), trad. inglesa de G. Kallner, *Humanity as an Element in Penal Law* em *Law and State*, Tübingen, 1971, vol. 4, pág. 110.

resultam praticamente inúteis para delinear uma política criminal efetiva.³ Assim, pois, é preciso fazer uma síntese, mas nela será necessário outorgar prioridade a certo critério e a certos objetivos que tracem também, o limite para o emprego dos restantes.

A escolha da prioridade depende, inevitavelmente, de considerações abstratas. São abstratas, igualmente, as considerações daqueles que dão preferência a fundamentos de Justiça, e as daqueles que se inclinam antes a selecionar um critério utilitário, pois não existe uma base empírica que incorpore as vantagens de uma ou de outra solução. Atrás das primeiras decisões se ocultam sempre convicções metajurídicas respeitáveis, mas que não admitem ser submetidas à prova experimental. Por outro lado, os objetivos práticos que persegue uma ou outra tendência podem ser igualmente valiosos, ainda que diferentes e, em alguns casos, antinômicos.⁴

Desse modo, o problema proposto à teoria sincrética consiste em *formular o critério prioritário, de maneira que admita, sem renúncia a seus pressupostos, alcançar a maior parte dos fins propostos pelas outras teorias; ao mesmo tempo, é preciso elaborar os recursos punitivos, para que, enquanto seja realizado o ponto-de-vista predominante, seja estabelecida também uma abertura, a mais larga possível, para atingir esses objetivos adicionais.* A presente contribuição se propõe a encontrar algumas bases para o desenvolvimento desse programa, sempre aberto à perspectiva de novos progressos.

II

Por *teoria retributiva* entendo aquela para a qual a pena consiste em um *mal proporcionado à culpabilidade do delinquente*.⁵ Se é assim, dir-se-á que os fundamentos dessa concepção subjazem, total ou parcialmente, atrás da fachada de todas as outras, exceto, é lógico, de algumas, exageradamente puristas, como o positivismo italiano.

3. Uma crítica enérgica às tentativas de conciliação desordenada de tendências distintas, em ROXIN, *op. cit.*, pág. 69 e segs.

4. MEZGER, *Derecho Penal. Libro de Estudio*, trad. da 6.^a ed. alemã (1955) por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, 1958, § 105, pág. 378, enfatizou o que denomina "a antinomia dos fins da pena": "nem sempre a expiação de uma pena justa corrige aquele que a sofre. Nem sempre se harmonizam mutuamente retribuição e prevenção especial. E às vezes a necessidade de dar um exemplo pode levar além do que exige uma retribuição justa; e daí, também a retribuição e a prevenção geral podem entrar mutuamente em conflito." Entretanto, já CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, 1957, t. II, especialmente no § 645, pág. 83 e segs., havia destacado eloquentemente o valor dos diferentes fins que é possível atribuir à pena, pondo assim em relevo o dramatismo da antinomia.

5. Cf., ERNST BELING, *Esquema de Derecho Penal*, trad. do alemão por SEBASTIAN SOLER, Buenos Aires, 1944, § 2, págs. 7 e 8; REINHART MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, trad. e notas de direito espanhol por Juan Córdoba Roda, Barcelona, 1962, t. I, § 7, pág. 79; MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, trad. da segunda ed. alemã (1933) e notas de direito espanhol por JOSÉ ARTURO

A culpabilidade como medida da pena é, com efeito, um postulado que se aceita quase de forma unânime para o direito penal de adultos.⁶ Os autores do projeto alternativo alemão, por exemplo, ainda que por uma explicável reação contra o exagerado retribucionismo, que caracterizou os juristas do pós-guerra, deram as costas a essa teoria, aceitando também a culpabilidade como limite superior da sanção penal, cuja magnitude não deve ultrapassá-la.⁷ É certo que, por outro lado, lhe negam eficácia para determinar, além disso, o limite inferior.⁸ Mas, em todo caso — ainda prescindindo de que a legitimidade deste critério me parece duvidosa⁹ — a importância da função que lhe é atribuída, assim como os argumentos metajurídicos em que se apóia tal atribuição, bastam para acreditar no que acima se consignou.

Do mesmo modo, a pena é concebida como um *mal* também por aqueles que são adversários da retribuição,¹⁰ o que se justifica por si mesmo nos partidários da prevenção geral, mas se torna infundado nos que se inclinam, prioritariamente, pela ressocialização e pela emenda. A verdade é que, de acordo com sua natureza, a pena, enquanto pena, é sempre um mal. Não é inconcebível que, em outra etapa cultural mais avançada, a luta contra o delito possa alcançar mais êxito recorrendo a uma correção benévola; mas então, já não se trataria de uma pena, e sim de uma instituição diferente, que a substituiria. Em todo o caso, a realidade atual nos veda o otimismo de supor que essa solução possa cumprir-se imediatamente. Hoje, como ontem, "a necessidade do direito penal constitui uma realidade que nos oferece o conhecimento empírico",¹¹ "indispensável para a

RODRIGUEZ MUÑOZ, Madrid, 1957, t. II, § 72, pág. 397; HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11.^a ed., trad. do alemão por JUAN BUSTOS e SERGIO YÁÑEZ, Santiago, 1970, § 32, pág. 326. Em sentido contrário, EDUARDO NOVOA, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Santiago, 1966, t. II, §§ 505 e 506, pág. 307 e segs., parece relacionar a magnitude do mal com a entidade do ilícito, o que situa sua concepção mais próxima do talião do que da retribuição. Uma pena proporcionada unicamente ao injusto, não poderia ser adequada, em cada caso, à gravidade real do *fato concreto*. Inclusive JEAN PINATEL, *La société criminogène*, Paris, 1971, pág. 267, que, como a maior parte dos cultores da "Nova Defesa Social", costuma ter idéias muito imprecisas a este respeito, reconhece uma vaga exigência de "culpabilidade material" e a inconveniência de submeter ao tratamento próprio de um delinquente desajustado a quem não satisfaça a este requisito.

6. O princípio é diferente para o direito penal de jovens, do qual neste trabalho não se cogita por razões de extensão. Para um ordenamento que se destina a ser aplicado a indivíduos em desenvolvimento, a exigência de *educação* prepondera sobre todas as outras.

7. Cf., ROXIN, *op. cit.*, págs. 67 e 77.

8. Ibidem.

9. A respeito, infra, pág. 6.

10. Por exemplo, FRANZ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, trad. da 20.^a ed. alemã por LUÍS JIMÉNEZ DE ASÚA, Madrid, 1929, t. III, § 58, pág. 197; CARRARA, *op. cit.*, t. II, § 640, pág. 81, com muita ênfase.

11. MAURACH, *op. cit.*, t. I, § 6, pág. 63.

conservação da sociedade juridicamente ordenada".¹² Será necessário um largo processo de reorganização social — cuja forma e sentido não se vislumbram, e talvez, nem sequer seja possível obter — antes que a humanidade possa prescindir do indesejável mas necessário recurso penal.

Tendo que ser um mal, é também indispensável que a pena seja adequada à culpabilidade, pois só assim será justa e permanecerá dentro de limites razoáveis. Por outro lado, isto exige outorgar prioridade à retribuição, já que nenhuma outra concepção está em situação de assegurar o cumprimento cumulativo de ambas as exigências. Assim, um utilitarismo que acentua os fins de proteção social tenderá a destacar o caráter da pena como mal, descuidando as limitações impostas pela magnitude da culpabilidade, entretanto, para quem enfatiza o propósito da ressocialização, a irrogação de um mal costuma ser inútil, e, por isso mesmo inexplicável e infundado.¹³

Portanto, a teoria retributiva deve constituir o ponto de partida na concepção da pena. Mas o perigo da retribuição consiste em que, como a maior parte das abstrações, não só tende a dar conta de sua coerência com a idéia que a orienta, como também de sua utilidade e eficácia. Isto é um erro. A verdade é que uma retribuição adequada pode obter-se por diversos meios — isto é, recorrendo a variadas formas de pena — os quais são todos justos, mas só alguns são hábeis para alcançar, efetivamente, finalidades práticas. Se isto é esquecido, e, à maneira hegeliana, se se pretende que qualquer pena justa é, ao mesmo tempo, satisfatória, a vacuidade conceitual se apodera do sistema punitivo, e o esteriliza, desvinculando-o, também, da realidade histórica e cultural. É concebível, por exemplo, que para um delito sejam igualmente proporcionadas as penas de privação da liberdade por três meses, multa de cinco mil escudos, suspensão da autorização para conduzir por um ano ou a execução de trabalho dominical remunerado por dezoito meses; mas não é difícil compreender que cada uma dessas sanções origina conseqüências práticas diferentes, não só para o delinqüente como também para a sociedade. Sem dúvida, a teoria retributiva absoluta não dispõe de um critério para escolher esta ou aquela solução. Até a própria idéia da alternativa deveria, a rigor, ser-lhe alheia! Por isto, termina por tornar-se ahistórica, socialmente anti-econômica, repugnante para a ciência em desenvolvimento e politicamente intolerável. Ninguém quer a injustiça, mas a ninguém satisfaz uma justiça torpe, inábil para

12. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, § 75, pág. 443.

13. A opinião contrária de MAURACH, *op. cit.*, t. II, § 57, pág. 490, para que a medida de segurança importe, a exemplo da pena, numa "perda de direitos", deriva, em parte, do fato de atribuir a essas medidas funções de prevenção geral e, em parte, de que em sua opinião — a meu ver, equivocada — a persecução de tais fins requer quase sempre uma privação de liberdade. Cf. *op. cit.*, t. I, § 7, pág. 82 e t. II, § 65, pág. 572.

aproveitar as possibilidades práticas que lhe proporciona a sua época. Os juristas devem também aprender a conduzir-se como "filhos das trevas".

A teoria sincrética, conseqüentemente, tem que buscar critérios, conforme os quais possa escolher, dentre várias penas justas, aquela cuja forma e sentido lhe permita alcançar com maior perfeição, mais objetivos úteis a um custo social mais baixo.

Com isto se põe, em primeiro lugar, junto à prioridade, um limite: só uma pena justa, quer dizer, adequadamente retributiva, pode servir de ponto de partida. Por outro lado, deve ser descartada aquela sanção que não cumpra tal condição, ainda que se suponha ou, inclusive, tenha tido realmente considerável eficácia preventiva.

Por esta razão divirjo dos autores do Projeto Alternativo Alemão, que se socorrem do critério retributivo para estabelecer o limite superior da pena, mas o descartam como fronteira inferior. Contra o que pensa ROXIN,¹⁴ creio que há razões suficientes para exigir que se o respeite em ambos os extremos. Desde logo, o efeito desalentador que tem sobre a sociedade a sensação de que o mal imposto ao delinqüente está abaixo da medida de sua culpabilidade;¹⁵ bem como, a criação de um precedente que permite a possibilidade de sacrificar a opção justa à útil e que, tarde ou cedo, conduziria também a quebrar o limite máximo imposto pela retribuição. Todavia, a exigência de uma sanção adequada à culpabilidade não significa reclamar uma pena privativa de liberdade. Neste ponto, são acertadas as observações dos autores do Projeto Alternativo Alemão,¹⁶ pois o castigo justo pode adotar formas práticas muito melhores que a supressão da liberdade de ir e vir.

Ao mesmo tempo, a concepção que postulamos põe, dentro de um marco justo, um requisito utilitário e, com isso, estabelece a base da relação entre pena e medidas de segurança.

Em condições ideais, a sanção punitiva deveria ser hábil para atender à ressocialização total do acusado. Isso, em realidade, não é possível. A pena não é sempre capaz de suprir, nem sequer se socorrendo dos recursos mais enérgicos, o que uma educação satisfatória, medidas terapêuticas oportunas ou, simplesmente, uma organização social mais justa, teria, muitas vezes, evitado. Por isso, é preciso

14. ROXIN, *op. cit.*, pág. 76.

15. A respeito, veja-se a singela mas convincente exposição de EDUARD DREHER, Introdução a *The German Draft Penal Code. E. 1962*, trad. de Neville Ross, em *The American Series of Foreign Penal Codes*, n. 11, N. J. e Londres, 1966, págs. 6 e 7.

16. Cf., JURGEN BAUMANN, *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativentwurf der Strafrechtslehrer*, 1968, págs., 128 e segs., trad. inglesa *The alternative Draft prepared by the Criminal Law Teachers to the Code of Criminal Law and Execution of Punishment*, em *Law and State*, Tübingen, 1970, vol. I, pág. 59; ROXIN, *op. cit.*, pág. 76. Sobre isto, veja-se também infra, pág. 8 e segs.

recorrer a outras medidas, procedentes do âmbito extrapenal,¹⁷ que têm por principal objeto alcançar esses objetivos.

Convém evitar, se possível, a incorporação destas medidas ao elenco de recursos manejados pelo ordenamento punitivo, abrindo assim, as portas de sua aplicação coercitiva a um campo de casos muito vasto. E isto é indesejável, em primeiro lugar, porque algumas dessas medidas importam uma manipulação da pessoa que só deve ser aceita em casos desesperados;¹⁸ e também porque seu emprego não está submetido a garantias processuais ou substantivas e assim, sob a “etiqueta” de educação, terapia ou ressocialização em geral, pode deslizar-se para uma duplicação inaceitável e antieconômica da sanção penal.¹⁹ Por isso, é aconselhável, em princípio, que a pena e sua execução adotem formas adequadas para satisfazer, na medida do possível, a finalidade ressocializadora, comprometendo, isso sim, as instituições extrapenais, com o objetivo de que apoiem o acusado quando a pena se revele insuficiente para solucionar seus problemas e este aceite o auxílio *voluntariamente*. As exceções devem reservar-se para indivíduos com profundas perturbações da personalidade e, por isto, *definitivamente* doentes ou *certamente* incorrigíveis.

Agora que o velho otimismo sobre a eficácia das medidas preventivas²⁰ perdeu, por obra da realidade, grande parte de seus fundamentos, a pretensão de substituir a pena pode considerar-se esquecida. O direito penal tem que aceitar, portanto, um duplo sistema de reações. Ainda assim, tem que prescindir da medida de segurança, tanto quanto seja possível. Na situação presente, o monismo é irrealizável, mas a pena deve assumir, sempre que se apresente a oportunidade, o conjunto das funções que o “dualismo” tradicional atribui, em forma esquematicamente diferenciada, a cada uma das duas séries de recursos.²¹

Sobre estas bases discorrem as reflexões seguintes.

17. O fato de que a medida de segurança carece, basicamente, de caráter penal, é acertadamente destacado por MAURACH, *op. cit.*, § 5, pág. 58 e segs.

18. WURTENBERGER, *op. cit.*, pág. 112.

19. No mesmo sentido se orientam as dúvidas de uma grande parte da literatura, a partir de KÖHLSRAUCH. Precisamente, como no texto, ROXIN, *op. cit.*, págs. 77 e 78.

20. Embora possuam, a rigor, significados distintos, as expressões “medida de segurança” e “medida preventiva” são empregadas no texto como sinônimas. 21. Este esquematismo, que avoluma a função das medidas preventivas, com prejuízo das da pena, é característico das teorias retributivas mais modernas. Assim, por exemplo, em WELZEL, *op. cit.*, § 1, pág. 20: “A pena retributiva, determinada segundo o grau de culpabilidade, não afeta a periculosidade do autor. Esta há de ser combatida através de outra classe de medidas, de caráter assecurativo que, juntamente com a pena, permitem garantir de forma total a proteção dos bens jurídicos” (os grifos são meus). Perguntamo-nos como se pode praticar esta divisão cortante, e a que obedecerá o afã, não já de negar-se a explorar, senão de desperdiçar as possibilidades acessórias da pena. Naturalmente, sob essa atitude existem motivações provocadas por uma conjuntura histórico-política que nos é alheia.

III

Se a pena tem que ser um *mal* proporcionado à *culpabilidade*, ambos os extremos do conceito deveriam ter sido investigados com a mesma intensidade. Mas não foi assim. Tem-se progredido consideravelmente no exame da *culpabilidade* e dos fatores que determinam sua magnitude. Ao revés, a natureza e a forma do *mal* em que consiste a pena, tem sido apenas discutido.

Isto, em grande parte, se deve a que a atenção da ciência penal se concentrou, durante muito tempo, na luta destinada a acabar com a arbitrariedade na irrogação das penas, própria da “justiça de gabinete” que imperou amplamente até fins do século XVIII, e a abolir reações punitivas desumanas. Dessa maneira, entronizou-se o dogma de que um sistema penal seria tanto melhor quanto mais reduzido fosse o catálogo de penas a que recorria;²² coisa louvável, sob certos pontos-de-vista, mas que, aplicada com simplismo, conduz a soluções esquemáticas nada satisfatórias.

Naturalmente, uma diversificação de penas é repudiável se se identifica com a instauração de engenhosos expedientes agravatórios; e mesmo sem essa conotação, traz consigo alguns inconvenientes práticos. Por outro lado, seria de um otimismo infundado supor que a luta contra a desumanidade das penas tenha terminado e triunfado. Nem sequer a pena de morte deixou de ter partidários!²³ Mas de tudo isto não se pode deduzir simplesmente, que a solução ideal é reduzir drasticamente o catálogo, até restarem tão-só uma ou duas formas de pena. Prova disso é que o dogma da redução tem produzido,

22. Exemplos desta tendência são o Projeto de Código Penal alemão de 1962, que contemplava três formas de pena *privativa de liberdade* e a de *multa*, além das acessórias de *perda da capacidade para ocupar certos cargos e ser eleito e do direito a votar*, e a *proibição de conduzir*; o Projeto Alternativo do Código Penal alemão, preparado pelos professores de Direito Penal, que reduz ainda mais a lista, contentando-se com uma *pena privativa de liberdade*, a *multa* — suscetível de substituição pelo *trabalho voluntário* — e a *proibição de conduzir*, e prescindindo das acessórias; o Projeto japonês de 1962, que relaciona a pena de *morte*, três formas das *privativas de liberdade* e a *multa*, com uma proposição alternativa ainda mais reduzida, na qual se suprime uma das penas privativas da liberdade; o Projeto de Código Penal Tipo para a América Latina de 1970, que chega ao extremo de contemplar, unicamente, as penas principais de *prisão* e *multa* e a acessória — que em certos casos pode ser imposta como principal — de *inabilitação*; o Projeto de Código Penal Modelo para os Estados Unidos da América do Norte, de 1962, que se reduz, também, às penas de *morte*, *prisão* e *multa*, além de algumas penas especificamente destinadas às pessoas jurídicas e o Projeto de Código Criminal Federal para os Estados Unidos da América do Norte, de 1970, que aboliu, também, a pena de *morte*.

23. No Chile, alegações recentes em favor de uma aplicação limitada da pena de morte pode encontrar-se em NOVOA, *op. cit.*, t. II, § 519, pág. 335 e segs. Em conjunto, ali estão reproduzidos os argumentos invocados por MEZGER, em *Tratado de Derecho Penal*, t. II, § 73, pág. 404, e abandonados em *Derecho Penal. Libro de Estudio*, t. I, § 102, pág. 356.

como efeito de vasos comunicantes, uma proliferação de medidas preventivas privativas de liberdade, cuja verdadeira natureza está submetida à discussão;²⁴ a necessidade prática de diversificar buscou a única via que permaneceu aberta e por aí se abre caminho.

Para que a pena justa possa, ao mesmo tempo, assumir uma parte cada vez maior dos fins práticos que é desejável que cumpra, é preciso diversificar suas formas e sua execução. Certamente, essa diversificação tem que encaminhar-se de preferência, a satisfazer objetivos de prevenção especial e, em consequência, devem ser adotadas precauções para que não se abuse dela com outros fins.

IV

No que se refere às formas que pode adotar o mal em que consiste a pena,²⁵ a situação atual é ainda mais desalentadora. Dir-se-ia que os juristas carecemos de imaginação criadora.

O certo é que, depois da fatigante luta para nos desembaraçarmos das penas corporais, nosso elenco de sanções ficou reduzido, quase que exclusivamente, às privativas de liberdade e — mas em menor escala — às pecuniárias. Nisto, todavia, respondemos a estímulos que procedem do âmbito extrapenal. O crescente prestígio da privação e restrição da liberdade coincide com uma supervalorização desta como bem individual, da mesma forma, o entusiasmo contemporâneo pela pena pecuniária reflete a hipervaloração do econômico que é própria do nosso tempo. Tudo isso fala com eloquência de uma tendência sombria a pôr mais atenção na intensidade do dano causado que em sua capacidade para obter resultados acessórios social e individualmente úteis.

Se nos ocupamos mais deste último, adverte-se desde logo, — como já se fez²⁶ que a *privação de liberdade* não é o único nem o mais educativo dos males que se pode impor ao delinqüente. Entre suas desvantagens, cabe mencionar, sem descer a pormenores, seu elevado custo, as dificuldades que a segregação opõe à ressocialização do delinqüente (separação do meio normal, influência desmoralizadora

24. O caso mais conhecido — embora, e talvez por isso, não o mais significativo — é a “colocação em casa de trabalho”, que era contemplado pelo Código Penal alemão, e ora se encontra suprimida. A propósito, MEZGER, *Derecho Penal, Libro de Estudio*, t. I, § 111, pág. 401, a toma por autêntica pena; MAURACH, *op. cit.*, t. II, § 66, pág. 580, considera-a medida de segurança; ROXIN, *op. cit.*, págs. 77 e 78 concorda com MEZGER, criticando-a energicamente, e WELZEL, que antes guardava silêncio, em *op. cit.*, § 35, pág. 363, limita-se a constatar sua supressão.

25. Ainda que a execução seja, possivelmente, um dos aspectos mais significativos do problema, não posso dela tratar no presente artigo, porquanto excede o âmbito do tema proposto.

26. Consulte-se, com mais detalhes, BAUMANN, *op. cit.*, pág. 59.

da comunidade penitenciária, formação de uma psicologia de recluso, etc.) e seus indesejáveis efeitos colaterais (abandono do grupo familiar, quando o condenado é seu chefe, desperdício de capacidade de trabalho, etc.). Em qualquer caso, as penas curtas privativas de liberdade são desaconselhadas por completo, precisamente porque a todos esses defeitos se soma o de que sua duração é insuficiente para tentar um tratamento ressocializador.²⁷ Em determinadas circunstâncias, a pena privativa de liberdade não só será um desperdício de possibilidades acessórias, como também incapaz de servir, inclusive, à função retributiva, porque o sujeito com “psicologia de recluso” a buscará como meta, sem considerá-la, de nenhuma forma, um mal.

Mas tampouco a *pena pecuniária* é um recurso tão feliz a ponto de pormos nela “todas as nossas complacências”. WELZEL tem razão quando duvida de seu valor retributivo²⁸ porque, em muitos casos, não constitui um mal apreciável para o delinqüente. Os corretivos tais como o sistema de “dia-multa” — cujas vantagens é preciso reconhecer²⁹ se estabeleceram pensando, sobretudo, nos excessos a que pode dar lugar a aplicação de uma multa onerosa a um indivíduo de poucos recursos; entretanto, não resolvem os problemas que derivam da aplicação de uma sanção desta índole a quem disponha de grande fortuna ou outros recursos substitutivos. Como evitar que a multa aplicada a um bandoleiro seja cancelada pela quadrilha de que ele participa, ou que aquela a que se condenou o membro de uma família abastada, seja satisfeita por seus parentes? De que magnitude deve ser a multa que se impõe ao delinqüente de *white collar*, possuidor de valiosos bens? Neste caso, a regra proposta pelos autores do Projeto Alternativo Alemão — “a multa... deve reduzir o nível de vida do delinqüente, subtraindo-lhe uma parte considerável de seu ingresso”³⁰ é impraticável, pois para alcançar este objetivo, seria mister subtrair-lhe quantidades siderais, e a sanção pecuniária chegaria a transformar-se, como temiam FRANK e V. LISZT, em “uma forma encoberta de confisco de bens, fundamentalmente repelida”.³¹

27. BAUMANN, *op. cit.*, pág. 55; ROXIN, *op. cit.*, págs. 71 e 74. Os autores do Projeto de Código Penal Alemão de 1962, por outro lado, acreditaram encontrar razões para conservá-las no caso de certos delinqüentes, como os “infratores de trânsito que, não tendo tendência ao delito, e tendo cumprido sua pena, regressam a um meio estável, os quais podem ser influenciados efetivamente por um tratamento de *choque* rápido que adota a forma de prisão”. DREHER, *op. cit.*, pág. 11. Porém, não existirá alguma forma de *choque* rápido diferente da privação de liberdade, que permita tratar a estes delinqüentes tão ou mais eficazmente, como expô-los aos perigos da contaminação penitenciária, cuja influência devastadora pode alcançar também a quem não tem — ou não parece ter — tendência ao delito, e regressará, cumprida a pena, a um meio estável? DREHER parecia supor o contrário, mas isso é muito discutível.

28. WELZEL, *op. cit.*, § 33, pág. 343.

29. A respeito, pormenorizadamente, BAUMANN, *op. cit.*, pág. 57.

30. *Ibidem*.

31. Cf. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, § 73, pág. 411, nota 10.

Por outro lado, a capacidade ressocializadora das penas pecuniárias é bem mais limitada, porque têm caráter eminentemente negativo, esgotando-se com o cumprimento do dever de privar-se de uma certa quantidade de dinheiro que não implica a realização paralela de atos educativos, terapêuticos ou recondicionadores em geral. Só o materialismo mais grosseiro poderia ver nisto uma ótima forma de recuperar o indivíduo para a convivência em sociedade! Como não é assim, a multa tem que ser acompanhada por uma série de medidas paralelas que hipertrofiem o sistema do “duplo binário”, com as desvantagens consequentes.³²

Apesar disso, é indubitável que a pena pecuniária, bem administrada e executada, é um valioso recurso substitutivo da sanção privativa de liberdade. O Projeto Alternativo dos professores alemães consagra um sistema de “dias-multa” que se cancelam com uma periodicidade determinada; na hipótese de cumprimento adequado às possibilidades do acusado, admite-se seja relevado o último terço. As frações devem rebaixar de forma substancial o nível de vida do condenado. A substituição da multa por uma pena privativa de liberdade só se autoriza, como *ultima ratio*, quando o delinquente tenha se recusado a executar *trabalhos voluntários*.³³ O Projeto Alemão de 1962 parte de pressupostos semelhantes, porém sua regulamentação é mais imperfeita (§§ 51 a 55). As fórmulas do Projeto do Código Penal Tipo para a América Latina (arts. 44 a 47) se apóiam também no “dia-multa”, mas são inferiores a esses textos, sobretudo por causa da maneira apressada em que se aceita a substituição por uma pena privativa de liberdade (art. 47); o Projeto japonês de 1962 é mais tradicional (arts. 38 e 41 a 46), e os dois Projetos para os Estados Unidos são inaceitáveis, pois ambos consagram a regra de que “não se deve condenar só a uma multa quando outro gênero de pena é autorizado pela lei, salvo quando considerando-se a natureza e circunstâncias do delito e a história e caráter do culpado (o Tribunal) estime que a multa bastará para prover a proteção do público” (*Model Penal Code, Section 7.02 (1)*; *Federal Criminal Code*, parágrafo 3.302) (2). Embora a ciência penal norte-americana ainda esteja nos cueiros, era de esperar que seus criminólogos, melhor preparados, ajudassem a construir algo mais consistente que esta confusão incrível de critérios talionais com prevenção geral, intimidação exasperada e sanção pelo caráter!

A suspensão da *permissão para dirigir* é a aproximação mais interessante com um critério novo, que procura adequar a pena tanto à medida da culpabilidade como à satisfação de outras finalidades. Ser privado da autorização, significa, realmente, um mal real, suscetível de proporcionar-se à reprovabilidade pessoal e, ainda à natu-

32. Supra, págs. 7 e 8.

33. Cf. BAUMANN, *op. cit.*, pág. 57.

reza do injusto.³⁴ Por outro lado, essa pena realiza eficazmente a proteção social (prevenção geral). Enfim, importa para o delinquente uma repreensão enérgica que, se se combina, além disso, com um sistema como o do Projeto Alternativo alemão, que perdoa o último terço da pena a quem cumpriu satisfatoriamente a proibição e as instruções complementares,³⁵ pode resultar singularmente educativo, colaborando para o desenvolvimento das capacidades de autocontrole no condenado. Entretanto, as conseqüências colaterais indesejáveis são, até onde se pode prever, insignificantes.³⁶

Contudo, se os delitos de trânsito, bem como aqueles que se cometem pelo emprego abusivo de veículos motorizados, um problema candente para o direito penal contemporâneo, não são o único, e, por isto, a suspensão da permissão para dirigir constitui só um ensaio parcial na exploração de soluções penais melhores.

Aqui, vale a pena discutir certas formas de *trabalho obrigatório*, com as quais se pode obter excelentes resultados. BAUMANN³⁷ pensa que ainda não é tempo de tocar o tema em toda a sua extensão, porque sugere reminiscências ingratas de um regime político odioso. Mas nós dos países ibero-americanos pelo menos o Chile — não temos esse problema. A época do trabalho forçado está distante, e não sofremos a experiência nacional-socialista com seus campos de trabalho obrigatório. O próprio BAUMANN reconhece que sua reserva é temporal, e exige não “fechar as portas” à idéia.

Naturalmente, é preciso estabelecer um sistema que garanta o indivíduo contra abusos. Desde logo, emparelhar a pena privativa de liberdade e o trabalho obrigatório é inaceitável: ou um ou outro; a simbiose nos devolveria ao trabalho forçado e às galeras e, certamente, não é este o propósito perseguido. Por outro lado, a coação para o trabalho deve limitar-se a uma substituição da pena por outra das contempladas no catálogo legal,³⁸ é necessário descartar completamente as pressões corporais. Por último, o trabalho exigido deve

34. Por isso parece-me ilegítimo que BAUMANN, *op. cit.*, pág. 56, impute à teoria retributiva o afã de manter a suspensão da permissão com pena acessória, segundo o disposto no Projeto alemão de 1962. É possível que os autores desse projeto situem a retribuição numa dependência excessiva das penas privativas de liberdade. Mas isto está longe de ser um axioma. A teoria retributiva não está vinculada, em princípio, a um gênero determinado de reações.

35. Cf. BAUMANN, *op. cit.*, págs. 56 e 57.

36. Apesar de tudo isso, o Projeto de Código Penal Tipo para a América Latina não contempla a pena nem sequer como acessória e até se lhe sente a falta no frondoso elenco de medidas de segurança que o art. 52 desse texto contempla.

37. BAUMANN, *op. cit.*, pág. 57.

38. Neste sentido, o trabalho “voluntário” contemplado no projeto alternativo dos professores alemães, é também, *obrigatório*, porque se o culpado não aceita executá-lo a pena se converte em privativa da liberdade.

ser remunerado e, sobretudo, adequado à personalidade do sujeito, cuja capacidade de readaptação social tem que ser fortalecida.

As formas que pode tomar o trabalho obrigatório são muito variadas e, em minha opinião, nisto está uma de suas vantagens principais, pois permite adaptar a pena a distintos tipos de delitos cujos autores devem ser tratados de diferente maneira. Assim, por exemplo, uma *prolongação da jornada ordinária* pode aconselhar-se para delitos de pequena e média gravidade, cometidos por funcionários públicos no exercício de seus cargos, especialmente quando se trate de ações ou omissões cuja execução esteja sancionada porque revelam negligência no cumprimento de obrigações. *Trabalho em fins-de-semana* deveria ser imposto a um número considerável de atentados motivados, geralmente, por uma tendência à ociosidade ou ao emprego indevido do tempo livre (proxenetismo, prostituição, mendicância, jogos de azar, furto de uso de veículos motorizados, chantagem, certas formas habituais de corrupção de menores, difusão de material pornográfico, incesto, algumas infrações contra a tranqüilidade pública, etc.). Por último, a *execução controlada mas independente de certas tarefas em um tempo determinado*, poderia aconselhar-se para reprimir algumas formas leves e médias de delinquência *white collar* (violação de segredos profissionais, falsidades documentais, pequenos estelionatos, infrações cambiais e aduaneiras em escala reduzida, etc.). Aqui, certamente, é impossível efetuar uma enumeração exaustiva, mas os exemplos citados serviriam para ilustrar meu pensamento.

O trabalho sobretudo se se realiza quando os outros descansam, significa um mal considerável e, por isso mesmo, cumpre com a exigência de retribuição. A adequação à culpabilidade depende do período mais ou menos prolongado durante o qual deva cumprir-se a condenação. A prevenção geral estará servida porque o indivíduo é subtraído, mediante a obrigação de acudir ao trabalho, a boa parte das ocasiões de estar incorrendo em delito; a prevenção especial, pelo valor ressocializador de um trabalho escolhido, executado com assistência adequada, cuja realização prepara melhor o sujeito para as vicissitudes da vida em comunidade e contribui para retificar tendências indesejáveis de sua personalidade.

Para que estes resultados sejam obtidos é necessário, quando possível, evitar a segregação. O maior defeito das penas privativas de liberdade consiste em que o condenado é subtraído ao meio normal e incorporado a uma sociedade fechada, com normas, pressões e problemas próprios, que geralmente contrastam — sobretudo se se trata de um delinquente primário com as do mundo de que procede e ao qual há de regressar. Existe o perigo de que o trabalho obrigatório reproduza esta situação, pelo menos parcialmente, se é executado em tarefas *ad hoc*, nas quais só participam outros condenados. Por isto, a realização de um programa como este exige comprometer

o concurso de instituições públicas estranhas ao direito penal, nas quais se procederia à execução da sanção.³⁹ Disto resultarão também efeitos benéficos, pelo apoio caracterológico que significa para o sujeito sua aceitação imediata num ambiente de trabalho normal.

Em todo caso, a quota de trabalho, exigido tem que ser suficiente para gravar penosamente o culpado, fazendo-lhe experimentar a consciência de sua culpa e reduzindo significativamente o tempo livre de que habitualmente dispõe. Isto, combinado com a imposição de certas obrigações de assistência familiar, asseguraria os efeitos da prevenção geral, diminuindo as ocasiões de reincidência. Sempre se terá presente que “a demanda para o reconhecimento da humanidade não deve identificar-se com uma exigência de suavizar arbitrariamente a lei penal. Frequentemente o maior rigor é o que implica autêntica humanidade”.⁴⁰ Mas um rigor bem entendido!

A estas novas formas de pena, a investigação posterior pode, seguramente, agregar outras. Além delas subsistirão, ao menos por longo tempo, as sanções privativas de liberdade. Tudo a que podemos aspirar, por hora — e, inclusive, só parcialmente — é suprimir as de curta duração. Todavia, se trabalharmos com fé e dedicação, pode talvez chegar o dia em que se encontrem, como ocorre hoje com a pena de morte, reduzidas a uma aplicação quase excepcional, aguardando a hora de sua abolição definitiva.

V

Um programa que se desenvolva sobre bases como as propostas neste trabalho, tem que tropeçar, necessariamente com objeções relativas a sua *praticabilidade*.

Desde logo se lhe opõe o problema dos recursos materiais. Um sistema de penas concebido desta forma pressupõe gastos consideráveis, porque sua execução requer pessoal de apoio numeroso e especializado. Possivelmente, uma parte das exigências poderia ser atendida com fundos liberados pela redução de gastos nos estabelecimentos penitenciários. Infelizmente, não dispomos de informação estatística que nos habilite a calcular, mesmo de forma aproximada, o montante dessas economias. Há, todavia, motivos para suspeitar que não chegariam a satisfazer as novas exigências. Mas isto se deve, em grande parte, a que nosso regime de reclusão está abaixo das condições mínimas que poderiam ser exigidas, de sorte que, se tivermos o propósito de atender ao problema, teremos que efetuar grandes inversões, ainda mantendo o sistema de sanções privativas de liberdade con-

39. A necessidade deste compromisso se destaca também, ainda que para outros efeitos, em BAUMANN, *op. cit.*, pág. 59.

40. WURTENBERGER, *op. cit.*, pág. 111.

templado na lei. Creio que, neste nível, o esforço seria idêntico, e pois cambiável.

Contudo, a dificuldade maior está nas convicções culturais predominantes, segundo as quais a idéia da pena continua identificando-se com reações de vingança. O homem da rua não percebe certas relações complicadas que aconselham modificar o sistema em vigor. No que se refere à luta contra o delito — comentava certa vez MAURACH — o adágio segundo o qual *vox populi, vox Dei*, é falso. E para o jurista é uma tarefa angustiante fazer-se ouvir entre as vozes da multidão. Mas temos que fazê-lo, despojando-nos de preconceitos e caminhando, se possível na vanguarda da vanguarda. Há que pregar no deserto, educar, vencer os obstáculos opostos, mais que pela tradição, pelos instintos. Para a sociedade sobretudo para a contemporânea! — o delito é uma doença desesperada; e “males desesperados exigem remédios desesperados... ou não os têm”.

PROVOCAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO

O novo Código Penal introduziu em nossa legislação algumas alterações importantes, no que se refere ao crime de provocar ou auxiliar o suicídio de outrem, sendo oportuno, pois, retomar o exame da matéria, seja em sua perspectiva histórica e criminológica, seja no aspecto dogmático-jurídico.

Antecedentes e generalidades — Divergem os autores quanto às disposições do direito romano relacionadas com o suicídio, tendo em vista uma passagem obscura de MARCIANO, inserta no *Digesto* (D. 48, 21, 3 § 6.^o). Parece-nos que o melhor entendimento é o dos que limitam a punibilidade aos casos de pessoas que se matavam por serem acusadas de crimes que envolviam o confisco de bens, procurando, através da morte, preservar o patrimônio da família. Em tais hipóteses, ocorria o confisco, ressalvado aos herdeiros o direito de provar a inocência do suicida. Excluíam-se as sanções nos casos de *taedio vitae* e *impatientia alicuius doloris*. Os soldados que atentavam contra a vida eram punidos com pena capital, salvo se tivessem agido *impatientia doloris, aut taedio vitae, aut morbo, aut furore, aut pudore*, casos em que eram desligados com ignomínia (D. 49, 16, 6 § 7 e 48, 19, 38 § 12).¹

Afirmam os historiadores que houve grande freqüência de suicídios nos últimos tempos da república e ao início do império, o que se atribui à ausência de sentimentos religiosos e à influência da filosofia grega.

O direito canônico equiparou o suicídio ao homicídio (*reus homicidii est qui, se interficiendo, innocentem hominem interfecerit*). No

1. A imposição de pena para a tentativa de suicídio praticada por militares, esteve em vigor na Prússia até 1796. Cf. AMELUNXEN, *Der Selbstmord*, 1962, 32.

Concílio de Arles (452) declarou-se o suicídio um ato inspirado pela possessão diabólica. Um século após, declarou-se que o corpo do suicida não deveria ter sepultura cristã. Aliás, entre os povos antigos existiu o costume de negar sepultura aos cadáveres dos suicidas (CARRARA, *Programma*, § 1.152). O Concílio de Toledo (693) decretou a excomunhão dos que voluntariamente se matavam.²

Na Idade Média, por influência do direito canônico, o suicídio era considerado grave pecado contra Deus e equiparado ao homicídio. A pena aplicada era a suspensão do cadáver à forca e a privação de sepultura eclesiástica, além do confisco. A tentativa de suicídio era considerada como tentativa de homicídio, embora fosse aplicada neste caso pena arbitrária (a critério do juiz). Vários praxistas, porém, seguindo a tradição romanística, davam relevância a certos motivos determinantes do suicídio, para excluir o crime ou atenuar a pena. Entre os mais importantes estava o *taedium vitae*. Excluía-se também o crime se o suicídio fosse praticado em consequência de grave sofrimento físico (*impatientia doloris*) ou por vergonha (*si qui pudore moti manus in se inferunt non puniantur*).

Com o Iluminismo e o movimento humanista do século XVIII, o suicídio deixou de ser considerado crime na legislação continental, cessando a aplicação de penas macabras e iníquas, que atingiam o cadáver ou terceiros inocentes. BECCARIA escreveu, a propósito, páginas eloqüentes.³

No direito anglo-americano, no entanto, a incriminação do suicídio e da tentativa de suicídio subsistiram por longo tempo, considerados *felonia de se*. Em certa época, os suicidas eram enterrados nas estradas, com o corpo perfurado por uma peça de madeira, sendo os seus bens confiscados. A partir de 1824, a inumação perdeu o ritual cruel, passando a ser feita entre 21 e 24 horas, sem qualquer serviço religioso. Desde 1882, no entanto, foram as penas limitadas à privação de cerimônias religiosas.⁴ Com o *suicide act*, de 1961, o suicídio deixou de ser punível no direito inglês. Presentemente, o direito canônico ainda nega sepultura eclesiástica ao suicida (*qui se occiderint deliberato concilio*) (can. 1.240 § 1.º).

Não sendo incriminada a ação de matar-se ou a tentativa de suicídio, a participação em tais atos não poderia ser punível: não há participação punível senão em fato delituoso. Todavia, as legislações penais modernas, atendendo ao valor excepcional da vida humana, passaram a prever uma figura de delito *sui generis*, com a participação dolosa no suicídio que alguém pratique. A matéria não foi

2. DONATO PALAZZO, *Il Suicidio*, 1953, n. 19. Sobre o direito canônico nesta matéria, cf. JOÃO MESTIERI, *Curso de Direito Criminal*, 1970, n. 141.

3. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § 35.

4. KENNY'S, *Outlines of Criminal Law*, 17.^a ed., preparada por TURNER, 1958, n. 165. As regras da *common law* na matéria, tornam incerta a legislação sobre suicídio em vários Estados da América. Cf. PERKINS, *Criminal Law*, 1957, n. 66.

prevista nem pela legislação francesa, nem pela alemã. O projeto do CP elaborado por LIVINGSTON, para a Louisiana, em 1822, foi dos primeiros a incluir um título especial de auxílio ao suicídio (art. 548). Esse projeto, como se sabe, teve grande influência sobre o código criminal brasileiro de 1830, que, em seu art. 196, punia o auxílio ao suicídio, com a pena de prisão, por dois a seis anos ("Ajudar alguém a suicidar-se ou fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa"). Nosso CP imperial, inspirou o código espanhol de 1848⁵ e o código toscano, de 1853,⁶ os quais, por seu turno, influíram em numerosas codificações penais. Nossas Ordenações do Reino não previam a incriminação do suicídio ou da tentativa de suicídio (cf. L. II, tit. XXVI).

O CP de 1890 já incluía da definição do delito a forma de induzir: "induzir ou ajudar alguém a suicidar-se, ou para esse fim fornecer-lhe meios, com conhecimento de causa" (art. 299). A pena era a de prisão celular, por dois a quatro anos. Não havia o crime sem a superveniência do resultado morte.

Na configuração do delito, o legislador brasileiro do CP de 1940 (art. 122) inspirou-se no CP italiano, de 1930 (art. 580), adotando, porém, técnica superior. Desprezou o modelo do CP suíço (art. 115), segundo o qual o auxílio ou induzimento ao suicídio só é punível se a ação for praticada por motivo egoístico. Nossa lei fez de tal razão de agir apenas uma agravante.

O CP de 1969, mantendo basicamente as disposições de nossa lei anterior, introduziu, como crime menos grave, a *provocação indireta ao suicídio*, que se configura quando o agente, desumana e reiteradamente, inflige maus tratos a alguém, sob sua autoridade ou dependência, levando-o, em razão disso, à prática do suicídio (art. 122 § 2.º).

Entende-se por *suicídio* a supressão voluntária e consciente da própria vida. Constitui estranho fenômeno de patologia social, que em vários de seus aspectos tem desafiado os observadores. Há variações consideráveis de um país para o outro, que parecem depender do gênio de cada povo ou de seu caráter nacional.⁷ Algumas correlações e aspectos gerais, no entanto, têm sido fixados pelos estudiosos. Parece claro que os países altamente industrializados e prósperos tendem a apresentar taxas de suicídio comparativamente mais elevadas.⁸ O suicídio é fato raro nos selvagens e nas classes infe-

5. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, 1962, I, n. 337.

6. CARRARA, *Programma*, § 1.156.

7. Compare-se, por exemplo, as elevadíssimas taxas de suicídio da Dinamarca e da Suécia, com as baixíssimas taxas que apresenta a Noruega. Cf. HERBERT HENDIN, *El suicidio en Escandinávia*, trad. Barcelona, 1965.

8. J. CHORON, *Suicide*, Nova York, 1972, pág. 76 e segs., onde se pode comparar as taxas de suicídio de vários países; ERWIN STENGEL, *Suicide and Attempted Suicide*, Londres, 1966, n. 20.

riores: sobe de frequência nas classes mais elevadas, como nos povos mais cultos.⁹ Suas vítimas estão principalmente entre os membros das profissões liberais (notadamente médicos e dentistas), militares e funcionários públicos. Os operários ocupam o último posto nas estatísticas.¹⁰

Alguns estudiosos têm observado que os que cometem suicídio constituem, em relação aos que tentam apenas, grupos diversos de pessoas. Mais homens consomem o suicídio do que as mulheres, porém, as mulheres ultrapassam os homens nas estatísticas relativas à tentativa de suicídio.¹¹ O suicídio é fenômeno dos grandes centros urbanos, sendo consideravelmente inferiores as taxas que apresentam as comunidades rurais.

FERRI via no suicídio um substitutivo do homicídio estabelecendo interessantes correlações entre um e outro desses fatos.¹² A Psicanálise favorece essa conclusão, pois vê no suicídio ataque contra a pessoa amada, com a qual o suicida se identifica, de modo que a autodestruição é, pelo menos em parte, um ato de homicídio, ou seja, ação dirigida contra outra pessoa.¹³ DURKHEIM, em obra clássica, realizou penetrante estudo sobre a matéria, sustentando que o suicídio é resultado de distúrbio entre o indivíduo e a sociedade. A taxa de suicídio tende a manter-se constante enquanto não muda o caráter da sociedade.¹⁴ Tanto mais fortemente esteja o indivíduo integrado num grupo social, menor será a probabilidade de suicídio.¹⁵

No ano de 1969 ocorreram no Brasil 3.105 suicídios consumados e 4.524 tentativas de suicídio, o que situa o nosso país muito abaixo daqueles que apresentam os mais elevados índices, sempre acima de 20 pessoas por cada 100.000 habitantes (Dinamarca, Suécia, Áustria, Japão, Finlândia, Hungria, Alemanha Oriental). No Brasil, o índice seria de 3,3 pessoas por cada 100.000 habitantes.

Os Estados que apresentam maiores índices de suicídio consumado são os do Rio Grande do Sul e São Paulo, mas as tentativas

9. AFRÂNIO PEIXOTO, *Medicina Legal*, 1938, n. 252.

10. STENGEL, *ob. cit.*, n. 8, AFRÂNIO PEIXOTO, *ob. cit.*, n. 254.

11. O fato parece constituir observação universal em todos os tempos. Nos suicídios consumados a idade média das vítimas é mais elevada do que nas tentativas. Cf. PORTA-BRUSA, *Suicídio e tentativa de suicídio*, in *Feniatría*, 1964, IV, n. 898, *apud Quaderni di Criminologia clinica*, 1965, n. 361. As estatísticas de 1864 a 1907, indicavam para o Rio de Janeiro, 78% de homens e 22% de mulheres, como autores de suicídios consumados. No suicídio tentado, a prevalência de mulheres era fato notável. Cf. AFRÂNIO PEIXOTO, *ob. cit.*, n. 253. Observava o autor que, no Rio de Janeiro, as mulheres pardas e pretas, em maioria, matabam-se ateando fogo às vestes.

12. FERRI, *Omicídio-suicídio*, 1925.

13. STENGEL, *ob. cit.*, n. 49.

14. Essa observação de DURKHEIM é confirmada por numerosas estatísticas recentes.

15. ÉMILE DURKHEIM, *Le suicide*, 1967. A obra foi originalmente publicada em 1897.

de suicídio preponderam, por larga margem, em São Paulo. 71% dos suicídios consumados foram praticados por homens, contra 29% praticados por mulheres, mas das tentativas de suicídio, 65% foram praticadas por mulheres e 35% por homens. Nos suicídios consumados, a maioria é de pessoas de 25 a 44 anos (39%), mas nas tentativas de suicídio, a grande maioria é de pessoas de 15 a 24 anos (51,3%).

Os suicídios consumados foram praticados por arma de fogo (33%), enforcamento (23%), veneno (22%) e arma branca (3,5%), entre outros meios, mas as tentativas ocorreram, em sua maioria, com o emprego de veneno (58%), arma branca (13%) e arma de fogo (10,8%), entre outros meios.

Nas capitais ocorreram apenas 27,3% dos suicídios consumados, mas nelas foram praticadas quase todas as tentativas (73%).¹⁶

Objetividade jurídica — O fundamento da punibilidade da participação no suicídio alheio não é, como pensava CARRARA, § 49 *nota*, a inalienabilidade do direito à vida. Como bem observou ARTURO ROCCO (*L'Objetto del Reato*, 1932, 16), não existe um direito sobre a própria vida, ou seja, um direito de dispor da própria vida, consentindo validamente na própria ocisão. Não há direitos e deveres jurídicos perante si mesmo. A participação no suicídio alheio é fato punível porque constitui participação em ato juridicamente ilícito, tendo-se em vista a importância do interesse relativo à preservação da vida humana, que é objeto da tutela jurídica.

O fato de não ser considerado crime não significa que o suicídio seja indiferente para o direito. Ofende ele interesses morais e demográficos do Estado, somente não sendo punível pela absoluta inutilidade e injustiça da pena, mesmo na forma tentada. O suicídio é fato ilícito, o que se demonstra com o próprio dispositivo legal em exame, tanto assim que a coação exercida para impedi-lo não constitui constrangimento ilegal (art. 151 § 3.º, II CP).

Sujeito ativo e sujeito passivo — Sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa.

Sujeito passivo pode ser igualmente qualquer pessoa. Exige-se, no entanto, que se trate de pessoa determinada, não bastando o mero induzimento genérico *in incertam-personam*.¹⁷

Suicídio é a supressão voluntária e consciente da própria vida, e, por isso, é indispensável que a vítima tenha capacidade de discernimento para entender o ato que pratica. Se tal capacidade falta ao sujeito passivo, ou se ele age por erro quanto à ação que empreende, ou coagido, ou se trata de alienado, o crime será sempre o de

16. IBGE, *Anuário Estatístico do Brasil*, 1972, págs. 677 e segs.

17. A doutrina é, nesse sentido, entre nós, uniforme. Cf. HUNGRIA, V, n. 235. Contra: MANZINI, VIII, n. 103.

homicídio. Tais situações configuram claramente *autoria mediata*.¹⁸ Exige-se, para configurar o crime previsto no art. 122 CP, que a vítima seja capaz de praticar o suicídio com vontade livre, não viciada.

I — Provocação direta ou auxílio ao suicídio

Conduta punível — A ação típica consiste em instigar ou induzir alguém a suicidar-se ou prestar auxílio para que o faça. São três, pois, as modalidades do fato: instigação, induzimento ou auxílio. Trata-se de *tipo misto alternativo* e por isso mesmo a prática de mais de uma dessas ações pelo mesmo agente (ex.: instigar e, depois, auxiliar) não implica em pluralidade de crimes, embora deva ser considerada na aplicação judicial da pena, como indício de maior intensidade do dolo (art. 52 CP).

A provocação do suicídio faz-se, portanto, através de participação moral (*induzimento* ou *instigação*). O *auxílio* representa, em regra participação material, mas não se exclui que possa ocorrer através de informações e esclarecimentos.

Induzir ou *instigar* significam persuadir, estimular, incitar ou aconselhar alguém. O induzimento, como nota NÉLSON HUNGRIA, V, n. 222, pressupõe a iniciativa na formação da vontade de outrem, ao passo que a instigação pode ser acessória, representando um estímulo à idéia preexistente do suicídio. Instigação, como provocação psicológica, é excitar, animar, estimular, um propósito já formado (RF, 178/375).

Diversamente do que ocorre com o CP italiano, que emprega fórmula ampla,¹⁹ nossa lei expressamente refere condutas determinadas, cuja identificação exige rigor. QUINTANO RIPOLLÉS, I, n. 339, referindo-se ao *induzimento*, adverte contra o perigo de incluir-se indevidamente no tipo meras sugestões intranscendentes. O induzimento, como a instigação, pode ser realizado através de qualquer meio idôneo, ou seja, potencialmente capaz de influir moralmente sobre a vítima, levando-a ao suicídio. Assim, por exemplo, os conselhos, as exortações, a representação falsa, exagerada ou tendenciosa de males ou perigos;²⁰ a persuasão e, inclusive, a dissuasão aparente, com argumentos destinados a criar a decisão suicida.²¹

18. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1972, § 211, 19; QUINTANO RIPOLLÉS, I, n. 340.

19. *Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione* (art. 580).

20. MANZINI, *Trattato di Dir. Pen. It.*, 1952, VIII, n. 99.

21. OLESA MUÑOZ, *Inducción y auxilio al suicidio*, Barcelona, 1958, n. 52: Quem, aparentando dissuadir ao que lhe expõe seu desejo de suicidar-se, manifesta-lhe que não o deve fazer pois o suicídio é ato reprovável, que só se justifica em determinados casos, citando como circunstâncias que justificam, e, inclusive, tornam aconselhável o suicídio, aquelas em que sabe encontrar-se o interlocutor, comete autêntico induzimento.

Um simples rompimento de namoro, no entanto, não é induzimento (RF, 235/323).

Há provocação *direta* ao suicídio também nos casos de coação, física ou moral, resistível, e quando o agente inflige à vítima maus tratos e sofrimento, para o fim de levá-la, em desespero, ao suicídio.²² Essa hipótese se distingue da provocação *indireta* (art. 122 § 2.º CP), porque nesta não há dolo em relação ao suicídio, que é causado culposamente. Havendo dolo, mesmo eventual, há provocação direta. Comete o crime de induzimento ao suicídio quem, ciente dos propósitos da vítima, em virtude de maus tratos, continua, não obstante, a lhe infligir sofrimentos físicos e morais, aceitando, assim, o risco de que a vítima se suicide (RF, 161/414). A recusa em prestar ajuda ou favor, exigidos sob ameaça de suicídio, não configuram o delito (ex.: “suicido-me, se não me concederes o que te peço”). Em tal situação não há induzimento (MANZINI, VIII, n. 109).

Evidentemente não se configura o crime que examinamos, e, sim, o de homicídio, se o agente constrange a vítima a suicidar-se, através de violência ou ameaça. Como ensina SOLER, III, n. 94, o que induz ou instiga quer *determinar* a outrem e não propriamente *fazer por meio* de outrem. O que se quer é que o outro *se resolva* a fazer. Por isso mesmo, também haverá homicídio se a vítima age por erro provocado pelo agente (ex.: Tício entrega a Caio arma de fogo carregada, convencendo-o de que é inofensiva e levando-o a dispará-la contra si mesmo).

Há *auxílio* ao suicídio quando o agente presta à vítima ajuda material para que se mate, seja com o fornecimento dos meios (sempre com conhecimento de causa), seja facilitando de outro modo a execução ou, ainda, impedindo o socorro. O auxílio deve ser sempre atividade secundária ou acessória, não participando o agente de qualquer ato de execução ou consumação da morte, pois nesse caso praticaria o crime de homicídio (ex.: segurar o punhal para o abraço do suicida; puxar a corda, no enforcamento; ministrar o veneno, etc.). Por seu caráter secundário, o auxílio, é menos grave do que a instigação e o induzimento.

É indispensável que a atividade do agente, participando do suicídio alheio, tenha representado um contingente causal na formação ou desenvolvimento do seu propósito de matar-se, ou na execução do suicídio. A opinião em contrário de MANZINI, VIII, n. 98, é inadmissível. Como diz ANTOLISEI, se a ação do sujeito não teve qualquer influência, nem física, nem psíquica, sobre o fato, ele não pode ser chamado a responder pelo crime, qualquer que tenha sido o seu propósito.²³ O auxílio tem de ter sido efetivo. Se a vítima, por

22. Entendendo que a determinação ao suicídio só pode ser praticada com dolo direto e que a hipótese seria de dolo eventual, MAGGIORE, II, n. 763, afirma que nela haveria homicídio culposo. Cf. a proposta ANTONIO GRIECO, *Suicidio inseguito a maltrattamenti*, *Giustizia Penale*, 1953, II, col. 836.

23. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, I, n. 56.

exemplo, não usou o veneno que lhe foi entregue, matando-se por outro meio, não se configura o delito. Não basta a mera sucessão de ações. É claro que, com isso, surgem situações em que a prova do nexo causal (que incumbe à acusação), é particularmente difícil, resolvendo-se porém, como sempre, a dúvida, em favor do réu.²⁴

Não se exige, igualmente, que ocorra determinado lapso de tempo entre a provocação ou o auxílio e o suicídio. Basta estabelecer, com segurança, o nexo causal.²⁵

Consuma-se o crime com a superveniência do suicídio (ou, pelo menos, de lesão corporal grave), que é elemento da conduta típica e não *condição objetiva de punibilidade*, como supõem alguns autores.²⁶ A dúvida que a matéria suscita se deve à difícil controvérsia sobre a natureza e o significado das condições objetivas de punibilidade, que a nosso ver são condições da ilicitude penal, exteriores ao tipo.²⁷ O que caracteriza as condições objetivas de punibilidade é o fato de que elas não precisam ser cobertas pelo dolo (embora eventualmente o sejam), e não precisam situar-se no desdobramento causal da ação (embora isso possa ocorrer).

No caso da provocação ao suicídio, o resultado morte (ou lesão corporal de natureza grave, na hipótese atenuada), deve estar necessariamente coberto pelo dolo, sob pena de não configurar-se o delito. Com isso se exclui a possibilidade de que tal resultado seja *condição objetiva de punibilidade*.

A *tentativa* é inadmissível, porque a lei subordina a incriminação do fato à superveniência do suicídio ou da lesão corporal grave. Ou sobrevém um de tais resultados, e o crime se consuma, ou temos mera conduta penalmente irrelevante. O *tempo* e o *lugar* do crime referem-se ao momento consumativo.

Em relação ao *suicídio a dois*, isto é, ao pacto de morte feito entre duas pessoas que se matam, resolvem-se da seguinte forma os casos em que há sobrevivência de uma delas ou de ambas: se o sobrevivente praticou atos de execução da morte do outro (propinar veneno, etc.), responderá pelo crime de homicídio. Se apenas auxiliou ou instigou, responderá pelo crime do art. 122 CP. Se

24. A *Exposição de Motivos* do projeto alemão de 1962 aponta como um dos fatores que desaconselham a incriminação do fato, a dificuldade em demonstrar o nexo causal. *E. 1962. Begründung*, n. 270.

25. O CP de Costa Rica (art. 189) estabelece determinado intervalo de tempo (*imediatamente despues*).

26. HUNGRIA, *Comentários*, V, n. 235; ANÍBAL BRUNO, *Dir. Pen.*, IV, n. 134. No sentido do texto: MAGALHÃES NORONHA, *Dir. Pen.*, II, n. 37; FREDERICO MARQUES, *Tratado*, IV, n. 124; E. CUSTÓDIO DA SILVEIRA, *Direito Penal*, 1959, n. 99; MAGGIORE, *Diritto Penale*, II, n. 760.

27. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Pressupostos do Crime e Condições Objetivas de Punibilidade, Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, 1962, n. 158 e segs.

ambos praticaram atos de execução, um em relação ao outro, e ambos sobrevivem, responderão os dois por tentativa de homicídio. Se se auxiliarem mutuamente e ambos sobreviverem, responderão pelo crime do art. 122 CP, caso tenham resultado lesões graves. Se um praticou atos de execução da morte de ambos, tendo sido por sua vez instigado ao suicídio, e se nenhum vier a morrer, o primeiro responderá por tentativa de homicídio e o segundo pelo crime do art. 122 CP, caso o executor tenha sofrido, em consequência da tentativa, lesões graves. É bem de ver que o mero *acordo* para o suicídio comum não é nem induzimento, nem instigação.

No chamado *duelo à americana* (em que há a escolha, ao azar, da arma, pelos contendores, que devem disparar sobre o próprio peito, estando uma das armas descarregada), só se pode falar em induzimento em relação ao sobrevivente, se foi o provocador. Quem foi provocado ao duelo, *não induziu* o provocador vitimado. Se a vítima, por erro, atinge mortalmente outra pessoa, praticará o crime de homicídio culposo. Quem a induziu, instigou ou auxiliou, comete o crime do art. 122 CP, aplicando-se ao caso, por analogia, os princípios da *aberratio ictus* (art. 22 CP) (VANNINI).

Conduta omissiva — Não há provocação nem auxílio ao suicídio por omissão (como no voluntário não impedimento do resultado ou na omissão de socorro). A matéria está longe de ser pacífica. Entre nós, há os que admitem a possibilidade da prestação do auxílio por omissão, quando o agente tem o dever jurídico de impedir o resultado,²⁸ e os que negam tal possibilidade, em qualquer hipótese.²⁹

De auxílio por omissão só se poderia cogitar naqueles casos em que o agente tem o dever jurídico de impedir o resultado como em todo crime comissivo por omissão (cf. n. 32, supra). A inexistência de um tal dever conduziria à pacífica configuração do crime de omissão de socorro (art. 136 CP).

Também não pode haver dúvida no caso em que o agente tem o dever jurídico de impedir o resultado, e a vítima é menor de pouca idade ou mentalmente enfermo (em tais hipóteses não há verdadeiramente suicídio, que pressupõe vontade livre e consciente da própria morte). Se houver omissão, o crime, em tal caso, é de homicídio, doloso ou culposo, conforme haja dolo ou culpa quanto ao resultado.

Parece-nos indiscutível que *prestar auxílio* pressupõe necessariamente um comportamento positivo. Não cremos possa haver dúvida de que não *presta auxílio* ao suicídio o pai que deixa, propositadamente, que o filho menor, acusado de fato desonroso, ponha termo à vida; ou o carcereiro que nada faz para impedir a morte do

28. HUNGRIA, V, n. 223; ANÍBAL BRUNO, IV, n. 137; MAGALHÃES NORONHA, II, n. 35.

29. FREDERICO MARQUES, IV, n. 130; E. CUSTÓDIO DA SILVEIRA, *ob. cit.*, n. 95, entre outros.

preso em greve de fome, ou, ainda, o enfermeiro que, percebendo o desespero do doente e seu propósito de suicídio, não lhe toma a arma ofensiva de que está munido e com que vem, realmente, a matar-se.³⁰ Falta, em tais situações tipicidade.

De notar, porém, que não há omissão, e, sim, ação, quando o agente impede o socorro.

Aspectos subjetivos do crime — O crime só é punível a título de dolo, que é a vontade livre e consciente de instigar ou induzir, ou prestar auxílio a alguém para que se suicide.

É também indispensável que tais ações sejam praticadas para o fim de levar a vítima a matar-se (dolo específico).³¹

Como ensina SOLER, III, n. 92, para a existência do delito exige-se no autor vontade de instigar, vontade do fato; vontade de causá-lo não já mediante a ação própria, senão, através da psique do outro.

Não nos parece seja indispensável, para o induzimento e a instigação, o *dolo direto*, como entendem alguns autores.³²

Ao dolo do agente deve corresponder, por parte da vítima a séria intenção de matar-se (inexistente em muitas "tentativas de suicídio"). Não há crime se a vítima queria apenas simular um suicídio, mesmo se, por erro, vem a falecer (MANZINI, VIII, n. 103). Solução diferente teria de ser dada se a morte fosse condição objetiva de punibilidade, pressuposta a idoneidade da ação, em que muitos julgam estar o momento consumativo. Esse entendimento, como já deixamos consignado, é insustentável.

A provocação *culposa* do suicídio é, em geral, considerada pelos autores como *homicídio culposo*, solução de que não compartimos. Como bem observa VANNINI (*Delitti contro la vita e la incolumità individuale*, 1958, n. 84), se a cooperação voluntária à morte do suicida não constitui homicídio doloso, como poderá constituir homicídio culposo a cooperação imprudente ao suicídio? Se o mesmo ato não constitui homicídio quando se comete com dolo, como pode sê-lo quando se comete por culpa?

30. Exemplos de HUNGRIA, V, n. 232. POLITOFF-GRISÓLIA-BUSTOS, *Derecho Penal chileno*, 1971, n. 330, entendem que havendo o dever jurídico de atuar e a possibilidade real de evitar a morte, o crime seria sempre o de *homicídio*. Essa solução é adotada invariavelmente pela jurisprudência e pela doutrina na Alemanha, mas nesse país não é prevista a provocação e o auxílio ao suicídio como fato punível. Cf. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, bes. Teil*, § 1, II; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Vorbem.* § 211, n. 17; *E. 1962. Bedrängung*, n. 270. O não impedimento da morte do suicida é expressamente punido no CP de El Salvador, de 1904 (art. 362) e no Código de Contravenções de Costa Rica, de 1941 (art. 71).

31. Quanto à existência de dolo específico, cf. RT, 167/521.

32. SOLER, III, n. 92; MAGGIORE, II, n. 762.

33. NUVOLONE, *Linee Fondamentali di una problematica giuridica del suicidio*, *Tren'Anni di Diritto e Procedura Penale*, 1969, II, n. 1.010.

Perante o ordenamento jurídico são fatos distintos, submetidos a diversa valoração a causação direta do homicídio e os atos tendentes a levar alguém ao suicídio.³³

Em consequência, não há homicídio culposo quando o agente, por culpa, faz com que alguém se suicide. Por isso mesmo, nos exemplos acima citados, ou haveria omissão de socorro ou não haveria crime algum, tendo em vista que a lei não pune a provocação culposa ao suicídio.³⁴

Comete o crime de homicídio quem dolosamente impede o socorro, se o suicida se arrepende (VANNINI).

Pena e agravantes — A pena cominada à provocação direta ou auxílio ao suicídio é de dois a seis anos de reclusão, se ocorre a morte.

Tais penas serão agravadas:

1. Se o crime é praticado por motivo egoístico;
2. Se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer motivo, a capacidade de resistência moral.

O *motivo egoístico*, é aquele que se relaciona com qualquer vantagem pessoal para o agente, seja ou não de ordem material (recebimento de herança, satisfação de ódio ou vingança, etc.) (LOGOZ, *Commentaire*, I, n. 22).

Nossa lei não indica qual é a menoridade a que se refere, diversamente do que ocorre com o CP italiano (art. 580), que a fixa nos 18 anos.

Essa segunda agravante refere-se ao induzimento ou à instigação e se funda na menor capacidade de resistência da vítima, seja em virtude da menoridade ou de qualquer outra causa. Menor aqui será aquele que, em virtude da imaturidade da mente, apresenta menor resistência moral. Cogita-se apenas dos menores de 18 anos, como é óbvio, mas é possível que um menor de 18 anos, por suas condições de desenvolvimento e maturidade, não justifique a agravação quando vítima deste crime.

Cuidado também merecerá a hipótese de completa supressão da capacidade de resistência em face da menoridade, que o CP italiano reconhece quando a vítima for menor de 14 anos e que dará lugar à configuração do homicídio. Não nos parece que se deva adotar presunção que o legislador deliberadamente afastou. O limite de idade que a lei estabelece para a presunção de violência nos crimes contra os costumes (art. 246, I CP), hoje a exigir, aliás, urgente revisão crítica, tem significado restrito a tal categoria de delitos. Haverá

34. Nesse sentido, cf. LOGOZ, *Commentaire*, I, n. 23; HAFTER, *Schweizerisches Strafrecht, bes. Teil*, 1937, n. 27.

homicídio quando a vítima não tenha, em virtude da imaturidade da mente, qualquer capacidade de resistência moral, o que deverá identificar-se em pessoa de idade bem reduzida, a menos que a menoridade se alie qualquer anomalia mental.

A pena será também agravada quando a vítima, qualquer que seja a sua idade, tiver diminuída, por qualquer motivo, a sua capacidade de resistência. Em geral, serão os casos de enfermidade, doença mental ou senilidade.

A lei não indica o quantum da agravação, que será de um quinto a um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime (art. 59 CP).

Se o suicídio for apenas tentado, e se da tentativa resultarem lesões corporais graves, a pena será reduzida de um a dois terços.

II — *Provocação indireta ao suicídio*

Introduziu o novo CP figura de delito que nossa legislação anterior desconhecia: a provocação indireta ao suicídio, que se configura quando o agente “desumana e reiteradamente inflige maus tratos a alguém, sob sua autoridade ou dependência, levando-o, em razão disso, à prática do suicídio”.

Incriminação desse tipo encontramos no CP iugoslavo, de 1951 (art. 139, n. 4), e no CP soviético, de 1960 (art. 107).

Trata-se de *crime próprio* (cf. n. 15, supra). Só pode ser sujeito ativo quem tenha com a vítima relação de autoridade ou dependência. Constitui *maus tratos* toda espécie do sofrimento físico (cf. art. 137 CP). Não bastarão para configurar a provocação indireta, os maus tratos de ordem moral (ofensas, constrangimento psicológico, etc.).

Como se trata de provocação *indireta*, é necessário que os maus tratos sejam conduta reiterada, capaz de levar a vítima, por desespero, ao suicídio.

O dolo consiste na vontade livre e consciente de infligir maus tratos, não querendo o agente a morte da vítima pelo suicídio, nem assumindo o risco de produzi-la, hipótese que configuraria o induzimento (provocação direta). Trata-se de crime preterintencional. Não se exclui que o agente imagine a possibilidade de a vítima suicidar-se, desde que essa representação não ultrapasse os limites da culpa consciente.

A pena cominada é de um a três anos de *detenção*. A provocação *indireta* ao suicídio, só será punível como tal, se a vítima consuma o suicídio. Se o suicídio for apenas tentado, o único crime a identificar-se será o de maus tratos (art. 137 CP). A pena prevista para

a provocação indireta ao suicídio, no entanto, será também agravada, se o crime for praticado por motivo egoístico, ou se a vítima for menor ou tiver diminuída, por qualquer motivo, a capacidade de resistência moral.

Se o motorista, querendo praticar com a passageira ato libidinoso, e a leva a saltar do veículo em movimento, falecendo, não pratica o crime de provocação indireta ao suicídio, porque não houve maus tratos. Também não se configura a provocação direta, pela inexistência de dolo e do propósito de suicidar-se, por parte da vítima. O crime será o de homicídio culposo, eventualmente em concurso com o crime contra os costumes acaso praticado (cf. QUINTANO RIPOLLÉS, I, n. 341).

No que tange à prova do crime, já se decidiu, entre nós, que “cartas, documentos ou bilhetes deixados pelo suicida, antes do suicídio, nenhuma prova representam quando isolados, pois são feitos em plena tormenta psicológica” (RF, 161/375). Nessa matéria, no entanto, não existem regras gerais, embora se saiba que os suicidas, em grande número, sofrem de neuroses, psicoses ou outros graves distúrbios da personalidade.

NOTAS SOBRE O ANTEPROJETO DE
CÓDIGO DO PROCESSO PENAL

ANTÔNIO ACIR BREDÁ

I — *Nota explicativa*

O Anteprojeto, não há dúvida, empresta maior dignidade científica ao Direito Processual Penal, o que deve ser creditado ao eminente processualista JOSÉ FREDERICO MARQUES.

Em nossas sugestões, procuramos contribuir para uma melhor depuração do Anteprojeto, no aspecto pertinente às distinções conceituais e terminológicas. "Importantes não somente na perspectiva da ciência pura: também pelo alcance prático que sempre assumem. Dar a cada coisa o seu nome, e apenas este, não é preocupação formalística de quem pusesse acima de tudo o amor pela boa arrumação e pelo impecável polimento do mobiliário dogmático; é esforço que se inspira principalmente, na compreensão da utilidade que daí se tira para melhor aplicação do Direito e, portanto, para uma realização menos imperfeita da Justiça entre os homens" (J. C. BARBOSA MOREIRA, *Direito Processual Civil — Ensaaios e Pareceres*, Borsoi, 1971, pág. 73).

Pensamos, seriamente, em sugerir um procedimento típico, com a eliminação do inquérito policial, para os chamados delitos de "massa". O fenômeno da

delinquência, nas regiões altamente desenvolvidas e de grande densidade populacional, como ocorre com os crimes do automóvel, assume, cada dia mais, aspectos alarmantes. O mesmo acontece com outros pequenos delitos, que, via de regra, ficam impunes, em consequência de um sistema processual inadequado à realidade social dos grandes centros urbanos. Esse problema, da maior gravidade, não é enfrentado convenientemente pelo Anteprojeto.

Mas, a questão envolve uma completa reformulação do Poder Judiciário, com a criação dos juizes de instrução, nos grandes centros urbanos, onde o inquérito policial representa uma preciosa inutilidade, para certos tipos de delitos.

A respeito, porém, uma Comissão Especial da Ordem dos Advogados do Brasil, integrada por eminentes juristas, apresentou notável contribuição, que está a merecer a devida consideração pela Comissão Revisora (cf. *Revista de Direito Penal*, ns. 7/8, pág. 7 e segs.). O Anteprojeto apresentado, para os ilícitos penais do trânsito, poderá ser aproveitado, em linhas gerais, como modelo para outros delitos menores.

Uma reforma desse quilate exigiria, contudo, a concordância do próprio

Governo Federal, pelas conseqüências no campo econômico.

O inquérito policial continuaria existindo para os delitos mais graves, sendo indispensável nas regiões onde a criação dos juizes de instrução seria ineqüívvel.

O Anteprojeto, como se salientou, não enfrenta decididamente esse cruaante problema.

Com essas ressalvas, tomamos a liberdade de, em nome da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, e do Instituto dos Advogados do Paraná, apresentar as sugestões que se seguem.

II — Distribuição da matéria

1. O Anteprojeto está dividido em nove livros. O livro primeiro se ocupa com as disposições introdutórias; o segundo, da justiça penal; o terceiro, dos atos processuais; o quarto, do processo de conhecimento; o quinto, do procedimento sumário; o sexto, dos procedimentos especiais; o sétimo, da reparação do dano causado pelo crime; o oitavo, das relações jurisdicionais com autoridades estrangeiras e o nono, do processo executório penal.

Não resta dúvida que a distribuição da matéria, em cotejo com o código em vigor, representa um avanço, flagrante no Anteprojeto um tratamento mais condizente com a dignidade do Direito Processual Penal.

Do mesmo modo, é melhor o tratamento, dado pelo Anteprojeto, ao separar a *parte geral*, deixando de incluí-la, como fez o Código de Processo Civil, no processo de conhecimento.

Mas, alguns reparos devem ser feitos.

2. O Anteprojeto cuida no Livro I, Título II, da *ação penal*. Merece elogios ao não admitir o procedimento criminal *ex officio* (art. 7.º), que melhor

seria se denominado “de ofício”, bem como a ação penal privada subsidiária e a ação penal popular.

Inclui, porém, no Livro IV (art. 236), o que denomina “condições de procedibilidade”, cuidando, no art. 237, da representação do ofendido e da requisição do Ministro da Justiça, ligando-as à legitimidade, o que nos parece incorreto. Se fosse o caso de se enumerarem as condições da ação, ou procedibilidade, o local apropriado seria o Título II, do Livro I, que trata da ação penal.

3. Ao tratar do “julgamento conforme o estado do processo”, enumeram-se casos de cabimento do recurso de apelação, o que não é de melhor técnica. Com efeito, dispõe o art. 304, do Anteprojeto, que caberá o recurso de apelação, sem efeito suspensivo, da sentença que julgar antecipadamente a lide (art. 300) ou que declarar encerrado o processo, sem julgamento de mérito (art. 301).

A matéria do art. 304, evidentemente, deverá ser deslocada para o capítulo dos recursos. O enunciado do artigo é, por outro lado, supérfluo, posto que, na sistemática do Anteprojeto, das decisões que encerram o processo, com ou sem julgamento de mérito, caberá sempre o recurso de apelação.

4. O Anteprojeto (art. 233), ao cuidar das nulidades, enumera casos de cabimento de *habeas corpus*, para imediata anulação da sentença condenatória que: (a) tiver sido proferida em processo onde ocorreu alguma das nulidades previstas no art. 230; (b) decidir além da imputação; (c) for proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; (d) houver sido proferida com violação do art. 558.

Parece que melhor seria deslocar a matéria para o local adequado, o instituto do *habeas corpus*.

III — Terminologia

A terminologia do Anteprojeto é, seguramente, superior à do atual Código do Processo Penal, notoriamente deficiente neste aspecto.

Mas, alguns reparos devem ser feitos.

1. Ao tratar da competência funcional, no art. 38, o Anteprojeto diz ser da competência originária do Tribunal de Justiça processar e julgar os “conflitos de jurisdição” entre juizes locais (inciso II). Trata-se, ao que tudo indica, de equívoco na revisão, uma vez que o art. 63 define esse mesmo conflito como de *competência*. Deve, assim, o lapso ser corrigido. O conflito entre juizes locais será sempre de *competência*.

O § 2.º, do art. 38, define como conflito de jurisdição a hipótese que envolve tribunais de alçada, ou entre quaisquer destes e o próprio tribunal. Parece-nos que melhor seria ainda aqui falar-se em conflito de *competência*, uma vez que não há, a rigor, conflito de jurisdição entre tribunais de um mesmo Estado.

É o que se depreende da leitura do art. 1.º. Se a jurisdição penal é exercida pelos juizes em todo o território nacional, qualquer conflito, entre tribunais de um mesmo Estado, será de *competência* e não de *jurisdição*.

Sugere-se a substituição da expressão “conflito de jurisdição”, por *conflito de competência*, no art. 38, inciso II e no § 2.º, do mesmo artigo.

2. O art. 127 dispõe que “em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa”.

A locução “língua portuguesa” deve ser substituída pelo substantivo “vernáculo”, consoante está no art. 156, do Código de Processo Civil.

Aliás, o Anteprojeto de Código de Processo Civil também empregara a

expressão “língua portuguesa”, depois substituída no Projeto enviado ao Congresso Nacional “seja em razão do adjetivo portuguesa, seja em razão das diferenças idiomáticas que, cada dia mais, separam Brasil e Portugal”.¹

3. O Anteprojeto se utiliza da expressão “justa causa” em dois sentidos, completamente diversos, o que é desconselhável em boa técnica processual.

Inicialmente, ao tratar da ação penal, dispõe, no art. 10, que “não será proposta ação penal pública ou privada, sem justa causa”. O parágrafo único, do mesmo artigo, conceitua justa causa: “A acusação que não tiver fundamento razoável nem revelar legítimo interesse será rejeitada por ausência de justa causa.”

Depois, o art. 152, § 1.º, ao tratar dos prazos processuais, dá à mesma expressão conceito diverso: “Reputa-se *justa causa* o evento imprevisto, alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.”

Se este último conceito é válido para o processo civil, não o é em relação ao processo penal. O dispositivo é transcrição literal do art. 183, § 1.º, do Código de Processo Civil, como de resto todo o capítulo pertinente aos prazos processuais.

A expressão “justa causa”, constante do art. 152, §§ 1.º e 2.º, deve ser substituída. Sugerimos a expressão “justo motivo”, em substituição, utilizada pelo Anteprojeto no art. 155, bem como pelo código em vigor, no § 3.º, do art. 800.

4. O Anteprojeto, pelo menos, em três ocasiões, emprega a palavra “ins-tância” (arts. 99, § 2.º, 155 e 605).

1. E. D. MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1.ª ed., vol. II, pág. 25.

Assim o art. 155 declara que “em qualquer instância, havendo motivo justificado, poderá o juiz exceder, por igual tempo, os prazos fixados neste Código”. A palavra instância é equívoca.

As vezes é empregada como sinônimo de processo, entendido este como relação jurídica processual, outras vezes em lugar de jurisdição. Neste último sentido, o anteprojeto usa a palavra “instância”, o menos recomendável, por sinal.²

Sugerimos, por isso mesmo, seja substituída a palavra “instância”, pela expressão “grau de jurisdição”, nos arts. 99, § 2.º, 155 e 605, do Anteprojeto.

5. O art. 162 declara que “os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial ou requisitados por carta, conforme hajam de realizar-se dentro ou fora dos limites territoriais da jurisdição”.

A palavra “jurisdição” encerra uma impropriedade terminológica, devendo ser substituída por “comarca”, como está no art. 200, do Código de Processo Civil, corretamente, aliás.

6. O parágrafo único, do art. 192, ao tratar das intimações, por equívoco, fala em “processo sumário e sumaríssimo”, ao invés de *procedimento* sumário e sumaríssimo, o que deve ser corrigido, posto que o Anteprojeto distingue, com precisão, processo, de procedimento, ao contrário do código em vigor.

7. O Anteprojeto adotou as denominações “ação penal pública” e “ação penal privada”, ao invés de mencionar,

2. ALFREDO BUZARD, *Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil*; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Estudos de Direito Processual Penal*, Forense, 1960, pág. 19; LUIS MACHADO GUIMARÃES, *A Instância e a Relação Processual*, in *Estudos de Direito Processual Civil*, Biblioteca Jurídica, 1969, págs. 33 e segs.

como faz o atual código, apenas, “ação pública” e “ação privada”.³

A modificação empresta maior seriedade científica ao Anteprojeto, quando se sabe que a expressão “ação privada” é fruto da concepção privatística do processo, totalmente superada na moderna doutrina processual.

Por isso mesmo, no art. 277, deve substituir-se a expressão “ação privada”, por “ação penal privada”, corrigindo-se o lapso de revisão.

8. No capítulo referente ao julgamento conforme o estado do processo, o Anteprojeto utiliza, várias vezes, a palavra “lide” (art. 300, *caput*, § 1.º, do mesmo artigo e 302).

O conceito de lide, no processo penal, é sumamente controvertido, ao contrário do que ocorre no processo civil. O conceito carneluttiano, na doutrina processual penal, via de regra, ou é ignorado, ou repellido.

Com efeito, F. M. XAVIER DE ALBUQUERQUE, examinando o mérito no processo penal, é taxativo: “O conceito de lide não sobrevive no processo penal.”⁴ O próprio CARNELUTTI, ao tratar do tema, em relação ao Direito Processual Penal, se mostrou inseguro, com constantes revisões, conforme demonstra, sobejamente, HÉLIO TORNAGHI.⁵ No mesmo sentido, ADHEMAR RAYMUNDO DA SILVA.⁶

Por isso, entendemos que a palavra lide deve ser substituída por “causa”,

3. Exposição de Motivos, do Anteprojeto de Código do Processo Penal (DOU, suplemento, de 29.6.70).

4. *Conceito de Mérito no Direito Processual Penal*, in *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, Forense, 1962, pág. 306.

5. *A Relação Processual Penal*, Livraria Jacinto, Rio de Janeiro, págs. 79 e segs.

6. *O Processo Penal à Luz do Pensamento Carneluttiano*, in *Estudos de Direito Processual Penal*, Salvador, 1957, págs. 44 e segs.

evitando-se a utilização, de conceito controvertido, como é o de lide no processo penal.

9. Depois de tratar da revisão criminal, como a ação cabível para rescindir sentença com trânsito em julgado, quando esta contiver erro judiciário (art. 576), o Anteprojeto denomina de “revisão especial” (art. 763), um meio de impugnação, contra a sentença condenatória, a favor do réu revel. Cria-se uma “revisão especial” contra a sentença que não transitou em julgado.

Melhor seria fosse mantida a denominação original do Anteprojeto: *ação penal revocatória*. Em verdade, é manifesta a desvantagem de confundir-se a revisão criminal, que pressupõe sentença condenatória, transita em julgado, com outra revisão que pressupõe a inexistência de coisa julgada.

Outra solução seria denominar-se a revisão criminal de “ação rescisória criminal”, adotando-se solução uniforme, tanto no processo penal, como no processo civil, para um instituto de idêntica natureza, consoante tem sido proposto por conceituados mestres da ciência processual.⁷

10. Por último, o art. 124 no § 4.º, dispõe que “nas investigações para apurar infrações penais, a autoridade policial pode: a) interrogar o réu”.

A palavra “réu” foi utilizada por equívoco. No inquérito policial só se pode falar em *indiciado*, ou suspeito, consoante o sistema do Anteprojeto. Assim, sugerimos a substituição da palavra “réu”, por “indiciado”.

7. E. D. MONIZ DE ARAGÃO, *Recursos Criminais no Anteprojeto Tornaghi*, in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, vol. 9, pág. 73, diz a propósito: “A revisão criminal, poderia chamar-se a ação rescisória, posto que ambas atendem ao mesmíssimo objetivo. Assim opinam FAIREN GUILLEN e SÁDY CARDOSO DE GUSMÃO”.

IV — O conceito de justa causa

O conceito de *justa causa*, no Anteprojeto, é um dos mais controvertidos, de difícil aceitação, se considerarmos que a expressão é tradicional em nosso Direito Processual Penal, mas com significado diverso do que é dado agora.

Em vários dispositivos, procurou-se desvincular a justa causa do conceito de *mérito*. Assim, no art. 10, declara-se que “não será proposta ação penal pública ou privada sem justa causa”, dispondo o parágrafo único: “A acusação que não tiver fundamento razoável nem revelar legítimo interesse será rejeitada de plano por ausência de justa causa.”

Como o art. 236 estabelece como *condição de procedibilidade*, dentre outras, o “legítimo interesse”, a conjugação deste dispositivo com o do parágrafo único, do art. 10, leva à conclusão que, no Anteprojeto, a justa causa estaria inserida entre as condições de procedibilidade.

Se a intenção foi considerar a justa causa como condição de procedibilidade, a sua desvinculação com o mérito também é declarada, o que se nota pelo art. 301: “O juiz declarará encerrado o processo *sem decisão de mérito*, rejeitando a denúncia ou queixa: I — se não houver justa causa para a acusação.”

Ao tratar da coisa julgada, dispõe o art. 441: “O reconhecimento da falta de justa causa não impede a proposição de nova ação penal, se surgirem outras provas contra o acusado.” Neste passo, ligou-se a justa causa com a insuficiência de elementos de informação, para o oferecimento de denúncia ou queixa, reforçando-se ser tema diverso do mérito.

A matéria, tal como vem versada no Anteprojeto, deve ser objeto de pro-

funda revisão, principalmente por não ter a justa causa, no processo penal, qualquer elaboração doutrinária mais segura.

Trata-se, em realidade, de expressão de múltiplo significado. No Direito Processual Civil (art. 183, § 1.º), entende-se por *justa causa* o impedimento na prática de ato, por motivo alheio à vontade do agente e resultante de evento imprevisto. Tal conceito, válido para o processo civil, em nada esclarece a justa causa de que tratamos, tema totalmente diverso. No Direito Penal, a expressão é usada, também, em sentido diverso.⁸ O mesmo ocorre no Direito do Trabalho.⁹

Para o tema proposto, a doutrina estrangeira do processo penal, ao que nos foi possível averiguar, é omissa.

Resta pesquisar o conceito de "justa causa" como tratado entre nós, no Direito Processual Penal, expressão consagrada, mormente, na jurisprudência dos tribunais, quando do julgamento de *habeas corpus*.

A justa causa, entre nós, surgiu para conceituar a prisão ilegal. Assim a doutrina, inicialmente, procurou conceituá-la. O tema era estranho ao problema da ação penal.

O Código Criminal de 1832, em seu art. 353, declarava: "a prisão julgar-se-á ilegal: 1.º — Quando não houver justa causa para ela." A Consolidação das Leis da Justiça Federal (Decreto n. 3.084, de 5.11.1898), de modo idêntico, considerava a prisão ilegal (art. 360), quando não houvesse "justa causa" para ela.

Os códigos estaduais, com raras exceções, continham disposições idênticas,

8. SERASTIAN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Tipografia Editora Argentina, 1970, vol. IV, pág. 125.

9. WAGNER D. GIGLIO, *Justa Causa para despedimento de empregado*.

considerando a justa causa, como motivo determinante da legalidade da prisão, se presente, ou da ilegalidade, quando ausente.¹⁰

O Código do Processo Penal do Distrito Federal inovou um pouco, sem modificar o conceito, estatuidando no art. 148: "A prisão ou constrangimento considera-se ilegal em qualquer dos seguintes casos: I — Quando não houver justa causa intrínseca ou extrínseca, isto é, por preterição de fórmula substancial." Essa definição legal iria influenciar, depois, PONTES DE MIRANDA ao dar o conceito de justa causa.¹¹

O art. 149, do mesmo código, permitia a concessão de *habeas corpus* quando o fato imputado não constituísse infração penal, mesmo em caso de sentença de pronúncia ou de condenação. Idêntica disposição continha o Código do Processo Penal do Rio Grande do Sul (art. 255). Tais hipóteses, atualmente, para os nossos tribunais se confundem com a falta de justa causa.

Vê-se que todos os códigos estaduais relacionavam, tal qual o Código Criminal de 1832, a justa causa com a prisão, definindo-a sem qualquer vinculação com a ação penal.

A doutrina, ao entrar em vigor o Código do Processo Penal de 1941, passou a considerar que o conceito de justa causa não se poderia estabelecer *a priori*, incumbindo ao juiz apreciá-la no caso concreto, sempre, porém desvinculando o conceito de qualquer indagação a respeito da ação penal, ligando-o à legalidade ou ilegalidade da prisão.¹²

10. FLORÊNCIO DE ABREU, *Comentários ao Código de Processo Penal*, Forense, 1945, vol. V, pág. 565.

11. *História e Prática do "Habeas Corpus"*, Borsol, 1972, vol. II, pág. 136.

12. FLORÊNCIO DE ABREU, ob. cit., pág. 567.

Diz FLORÊNCIO DE ABREU que "não existe, por exemplo, *justa causa* para a *prisão* quando o fato de que o paciente é acusado não constitui crime ou contravenção penal".¹³ No exemplo, a justa causa se confunde com o mérito.

Aliás, via de regra, a doutrina não procurou definir a "justa causa", deixando a critério do juiz, no caso concreto, o exame de sua existência ou não.

Assim pensam, entre outros, ARY AZEVEDO FRANCO,¹⁴ VICENTE SABINO JÚNIOR¹⁵ e PONTES DE MIRANDA.¹⁶ Aliás, este último dá uma definição sintética do que entende por justa causa: "É a causa que, pelo direito, bastaria, se ocorresse, para a coação."

Se a doutrina, portanto, sempre considerou a justa causa em relação à prisão, os tribunais foram além, passando a examiná-la tendo em conta a ação penal instaurada, ordenando, reiteradamente, o trancamento do processo, por falta de justa causa, quando o fato narrado na denúncia não constituía crime.¹⁷

A justa causa, nessa primeira fase, só era examinada *in abstracto*. Mesmo injusta a acusação, se, em tese, o fato imputado constituísse crime haveria justa causa para a acusação. Essa interpretação *jurisprudencial* teve reflexos imediatos. A doutrina que, de início, considerara a justa causa um problema a ser examinado *in concreto*, pelo juiz, influenciada pelo entendimento dos tribunais passou a vê-la de

13. FLORÊNCIO DE ABREU, ob. cit., pág. 567.

14. *Código de Processo Penal*, 6.ª ed., 2.º vol., pág. 362.

15. O "*Habeas Corpus*" e a *Liberdade Individual*, 1972, vol. II, pág. 55.

16. Ob. cit., pág. 136.

17. Supremo Tribunal Federal, in RF 146/364.

modo diverso, considerando-a em relação à ação penal.¹⁸

Mas, como se nota em VICENTE SABINO JÚNIOR,¹⁹ na justa causa deveria examinar-se apenas a acusação *in abstracto*, o que é reflexo dos julgados mencionados.

A apreciação da falta de justa causa no processo de *habeas corpus*, dizia-se inicialmente, não poderia envolver o exame da prova.

Mas, ao depois, os nossos tribunais, ampliando a aplicação do *habeas corpus*, foram mais além, especialmente o Supremo Tribunal Federal, que passou a declarar a ausência de justa causa quando a denúncia, apesar de se reportar, em tese, a um fato delituoso, estava em desarmonia flagrante com os elementos probatórios.²⁰

Disso se conclui, de modo evidente, que a justa causa é problema de mérito. Inicialmente, levava ao mérito da prisão, ou seja, à sua legalidade ou ilegalidade. Depois, a jurisprudência passou a considerá-la como assunto ligado ao mérito da acusação.

Mesmo o eminente mestre JOSÉ FREDERICO MARQUES, a quem se deve a conceituação do Anteprojeto, não estudou a justa causa, nos termos em que ora é proposta, uma vez que sempre a examinou sob outro aspecto, muito mais amplo. Assim, para o exímio professor, todas as hipóteses previstas no art. 648 (incisos II a VII), do Código do Processo Penal, encerrariam falta de justa causa, funcionando esta "como norma genérica ou de encerramento."²¹ Segundo o seu entendimento, haveria falta de justa causa, por exemplo, quando o processo fosse manifestamente nulo, ou

18/19. VICENTE SABINO JÚNIOR, ob. cit., pág. 55.

20. RT 247/364.

21. *Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, 1965, vol. IV, pág. 398.

por excesso de prazo na prisão, matéria diversa, portanto, das condições de procedibilidade.

Ao tratar das condições da ação no processo penal, JOSÉ FREDERICO MARQUES menciona a justa causa como matéria pertinente ao interesse de agir: "Ausente o interesse de agir, falta justa causa para a propositura da ação penal."²²

Como é sabido, porém, os nossos tribunais nunca aceitaram tal entendimento.

Ora, se a doutrina do processo penal nunca estudou a justa causa como condição de procedibilidade, se os nossos tribunais sempre a consideraram como ligada ao mérito, não subsiste qualquer razão de ordem técnica para a colocação do problema tal como foi proposto no Anteprojeto.

Aliás, o Anteprojeto foi profundamente infeliz ao tratar das chamadas condições de procedibilidade, como demonstraremos adiante.

Diante disso, sugerimos a supressão do parágrafo único, do art. 10, suprimindo-se, ainda, o inciso I, do art. 301, e o art. 441, do Anteprojeto.

Estatuindo o Anteprojeto, apenas, que "não será proposta ação penal pública ou privada sem justa causa", deixaria a cargo da doutrina elaborar-lhe um conceito, no sentido de orientar a correta aplicação da lei. Permaneceria a justa causa, basicamente, como se entende atualmente (art. 776, inciso I).

Em síntese: saber-se se a justa causa, no processo penal, é problema ligado às condições de procedibilidade ou ao mérito, é árdua tarefa a ser realizada pela doutrina. Por isso mesmo, parece desaconselhável desvinculá-la do mérito, como se fez no Anteprojeto.

22. *Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, 1961, vol. I, pág. 319.

Neste passo, melhor andou o Anteprojeto TORNAGHI ao não tratar da justa causa, mesmo ao mencionar os casos de constrangimento ilegal para fins de conhecimento de *habeas corpus*.

V — Condições de procedibilidade

O Anteprojeto, no art. 236, trata das condições de procedibilidade da seguinte forma: "Além das previstas em lei, são condições de procedibilidade para a propositura da ação penal: I — a legitimidade das partes; II — o legítimo interesse; III — a descrição de fato penalmente ilícito, na queixa ou na denúncia."

Diz, depois, o art. 273 que "o Ministério Público não será parte legítima para propor a ação penal, quando faltar a representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça, nos casos em que a lei o exigir". O art. 282, no capítulo referente ao despacho liminar, considera inepta a denúncia "quando faltar condição de procedibilidade para a propositura da ação penal".

As condições estabelecidas no art. 236, denominadas de procedibilidade, na realidade correspondem às "condições da ação", tal como proposto por LIEBMAN: "*le condizioni dell'azione, poco fa menzionate, sono l'interesse ad agire, la legittimazione e la possibilità giuridica*."²³

Não é exato confundir as condições da ação com as condições de procedibilidade, uma vez que as duas expressões são distintas, como destaca HÉLIO TORNAGHI, com sobras de razão.²⁴

Aliás, na doutrina do processo penal, vários autores não se preocupam com as condições da ação, tratando, apenas,

23. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Giuffrè, 1968, vol. I, pág. 40.

24. Ob. cit., pág. 53.

das condições de procedibilidade, em sentido totalmente diverso do Anteprojeto.²⁵

As condições de procedibilidade seriam aqueles fatores que condicionam o exercício da ação penal, cuja ausência torna impossível a promoção da ação penal, consoante a lição de LEONE.²⁶ No mesmo sentido, EUGÊNIO FLORIAN.²⁷

Em nosso direito, corresponderia às chamadas condições de procedibilidade, por exemplo, a representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça, nos casos de ação penal pública condicionada.

Aliás, na forma do que dispõe o art. 252, § 4.º, do Anteprojeto, nos crimes de ação penal pública condicionada, a autoridade policial só pode iniciar o inquérito policial após a re-

25. M. A. ODERIGO, diz que "*normalmente, el ejercicio de la acción penal no está supeditado a condición alguna (la capacidad, la legitimidad y la constitución del actor son requisitos para éste asumir su papel en el proceso...)*. *Derecho Procesal Penal*, Depalma, 2.ª ed., pág. 202. No mesmo sentido, HUMBERTO CUENCA, *Derecho Procesal Civil*, 2.ª ed., Caracas, 1969, pág. 135; VIADA/ARAGONESSES, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1971, vol. I, pág. 214, ao tratarem dos requisitos exigidos ao exercício da ação penal, dizem o seguinte: "*Al ser la acción, según indicamos, el objeto sobre el que recae el complejo de actividades que integran el proceso, las exigencias que el ordenamiento jurídico impone para que se produzcan todos y sólo los efectos a que el objeto normalmente tiende, vienen a coincidir con los requisitos generales del proceso mismo*". FRANCO CORDERO, *Procedura Penale*, Giuffrè, 1971, pág. 35, tem entendimento de que as condições da ação não têm lugar no processo penal: "*Si rammenti ancora che per i cultori del processo civile l'azione per antonomasia è il potere di provocare una decisione di merito: si suole dire che sia privo di azione chi invoca una pronuncia di contenuto giuridicamente impossibile o non è legittimato a non ha interesse ad agire. Concetti del genere non si possono trasporre nel processo penale*."

26. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1961, vol. I, pág. 153.

27. *Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad. de Pietro Castro, s/d, pág. 194.

presentação do ofendido. Assim, a condição de procedibilidade se reflete, inclusive, na instauração do inquérito, representando verdadeira *autorização para proceder*. As condições da ação são problema totalmente diverso.

Mesmo as condições da ação, no processo penal, não podem ter o mesmo tratamento do Direito Processual Civil. Se é fácil identificar, no Direito Processual Penal, a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade, parece-nos que o mesmo não acontece com o interesse de agir.

Assim mesmo, a possibilidade jurídica do pedido, entendida como a exigência de descrição de fato delituoso, estaria profundamente ligada ao mérito. GALENO LACERDA, ao examinar as condições da ação, no processo civil, sustenta que a possibilidade jurídica do pedido, quando examinada negativamente, é problema de mérito, exemplificando: "Se o autor pede divórcio a vínculo, ou pagamento de dívida de jogo, terá o seu pedido rejeitado por impossibilidade jurídica. O juiz, inequivocamente, julga o mérito do pedido."²⁸

No processo penal, com muito maior razão, a possibilidade jurídica do pedido tem íntima ligação com o mérito. Assim, se o juiz rejeita a denúncia, porque o fato narrado não constitui crime, decidiu o mérito. É evidente que, justamente porque os nossos Tribunais entendem como justa causa a existência de um fato delituoso, confundindo-a com a possibilidade jurídica do pedido, não se pode entender, também, a justa causa como problema desligado do mérito.

Se a denúncia, por outro lado, não descreve um fato delituoso, apesar de sua existência, ou o descreve defeituoso-

28. *Despacho Saneador*, Livraria Sulina Editora, 1953, pág. 85.

samente, o problema é de inépcia. A renovação do pedido não invalida o que dissemos.

O problema da legitimidade das partes, por outro lado, não foi bem tratado no Anteprojeto. Com efeito, a falta de representação, nos delitos de ação penal pública condicionada, não torna o Ministério Público, *parte ilegítima*, como quer o Anteprojeto, no art. 237.

Nos crimes de ação penal pública condicionada, a falta de representação leva à rejeição da denúncia, por falta de condição de procedibilidade, não, porém, por ilegitimidade de parte. Por isso, o enunciado do art. 237 não tem razão de ser. Como se sabe, parte legítima é aquela que pode promover a ação penal.²⁹ Ora, mesmo na ação penal pública condicionada, só o Ministério Público é parte legítima, só ele pode promover a ação penal. Diante disso, torna-se evidente que a falta de representação não induz ilegitimidade de parte. O ofendido, com a representação, remove uma condição suspensiva ao exercício da ação penal.³⁰ Trata-se, na verdade, de uma autorização para proceder, que constitui exceção ao princípio da oficialidade e da obrigatoriedade da ação penal pública, sem qualquer influência na legitimidade do Ministério Público, única parte legítima para propor a ação penal.

Por último, não nos parece que o interesse de agir tenha qualquer importância no processo penal. O legítimo interesse parece-nos implícito em toda acusação, uma vez que o Estado não pode impor a pena, fora do processo.

Se, como leciona CALAMANDREI, o interesse de agir "*surge solamente*

cuando la finalidad que el solicitante se propone alcanzar mediante la acción no puede ser alcanzada, sino mediante la providencia del juez",³¹ ou, em outras palavras, quando a situação jurídica existente antes do processo é tal que o recurso à jurisdição se apresenta como necessário, é evidente que o problema não existe no processo penal, circunstância ressaltada por FRANCO CORDEIRO.³²

Como a matéria é controvertida no processo penal, é notório que a lei não deve enfrentá-la. Nem se argumente com a Teoria Geral do Processo. A unidade do Direito Processual não obriga a que se reconheça, obrigatoriamente, uma identidade absoluta de certos institutos. Pelo contrário, certas diferenças, longe de comprometer, reafirmam a necessidade de se estudar a Teoria Geral do Processo, para se superarem divergências existentes. Enquanto não superadas, certas transposições do processo civil, ao invés de colaborar, comprometem a eficiência do processo penal.

Por isso mesmo, sugerimos a supressão dos arts. 236 e 237, do Anteprojeto, para se evitar a confusão entre as condições da ação e as condições de procedibilidade. Aliás, as condições da ação deveriam ser deixadas como assunto doutrinário, reduzindo-se as condições de procedibilidade à sua verdadeira dimensão.

31. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1962, vol. I, pág. 272.

32. Ob. cit., pág. 35. Não se pode perder de vista que mesmo no âmbito do processo civil, CHIOVENDA, ao tratar das ações constitutivas (que, quando necessárias, apresentam o mesmo panorama), viu-se na contingência de abolir o interesse de entre as condições da ação: "Condições da sentença constitutiva. Reduzem-se à existência do direito potestativo e à legitimidade" (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. MENEGALE, São Paulo, 1965, I/200, n. 54).

VI — Do indeferimento da inicial. Do encerramento do processo sem decisão de mérito

O Anteprojeto, ao tratar do indeferimento da denúncia ou queixa não foi muito feliz (§ 1.º, do art. 281). Como também não enfrentou, corretamente, o problema do encerramento do processo, sem julgamento de mérito (art. 301).

Depois de dizer que o juiz indeferirá, liminarmente, a denúncia ou queixa, quando manifestamente inepta ou quando faltar pressuposto para a constituição regular do processo, define, no art. 282, o que entende por inépcia. Entende-se inepta a denúncia ou queixa: I — quando faltar condição de procedibilidade para a propositura da ação penal; II — quando não atender ao disposto no art. 274 e no art. 276; III — quando da narração dos fatos, na imputação, não decorrer logicamente a conclusão do pedido condenatório.

Considerar-se-á inepta a queixa apresentada sem a procuração com os requisitos exigidos no art. 119, § 1.º.

O indeferimento liminar guarda íntima ligação com a rejeição da denúncia ou queixa, sem decisão de mérito, de que trata o art. 301, ocasião em que o juiz declarará encerrado o processo: I — se não houver justa causa para a acusação; II — nos casos do art. 243, isto é, por falta "insuprível de pressuposto processual".

A matéria deve ser alterada, melhorando-se a sistemática do Anteprojeto.

A ausência de condição de procedibilidade, a nosso ver, não pode ser confundida com a inépcia da denúncia ou da queixa.

Do mesmo modo, como sugerimos, anteriormente, o inciso I, do art. 301, deve ser suprimido.

Diante de todas as considerações aduzidas, sugerimos nova redação para

o capítulo pertinente ao despacho liminar:

"Art. 281. Ao despachar a denúncia ou queixa o juiz, ressalvado o disposto no art. 279, determinará a citação do réu para responder à acusação.

Parágrafo único. Se os autos do inquérito revelarem, inequivocamente, que o réu se encontra em lugar incerto e não sabido, o juiz, a requerimento do Ministério Público, ordenará, desde logo, a citação por edital e nomeará, no mesmo despacho, defensor dativo para o acusado.

Art. 282. O juiz indeferirá liminarmente a denúncia ou queixa:

I — quando o fato narrado não constituir crime em tese;

II — quando, manifestamente, o fato não constituir crime na hipótese;

III — quando, evidentemente, estiver extinta a punibilidade;

IV — quando faltar pressuposto processual, condição da ação ou de procedibilidade;

V — quando manifestamente inepta.

Parágrafo único. Se o Ministério Público ou o querelante apelar da decisão que indeferir a denúncia ou queixa, o despacho que receber a apelação mandará citar o réu para acompanhá-la.

Art. 283. Entende-se inepta a denúncia ou queixa:

I — quando não atender ao disposto no art. 274 e no art. 276;

II — quando da narração dos fatos, na imputação, não decorrer logicamente a conclusão do pedido condenatório.

Parágrafo único. Considerar-se-á inepta a queixa apresentada sem a procuração com os requisitos exigidos no art. 119, § 1.º.

Art. 284. O Ministério Público ou o querelante poderá apresentar nova denúncia ou queixa, desde que satisfeitos os motivos que determinaram o indeferimento.

29. FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, Editora Jalevi Ltda., 1972, vol. I, pág. 432.

30. LEONE, ob. cit., pág. 155.

Art. 285. Ao defensor nomeado, no caso do art. 281, § 2.º, será permitido requerer vista dos autos, após a intimação, bem como pedir, desde logo, tudo quanto venha a resguardar o direito de defesa, inclusive nova citação, desde que indique o lugar onde o réu possa ser encontrado, sem prejuízo da publicação dos editais.”

O art. 301, por sua vez, passaria a ter a seguinte redação:

“Art. 301. O juiz declarará encerrado o processo sem decisão de mérito, rejeitando a denúncia ou queixa, por falta insuprível de pressuposto processual, condição de procedibilidade, ou por ilegitimidade de parte.”

Pensamos que a redação proposta empresta maior seriedade científica ao Anteprojeto. A primeira hipótese de indeferimento da petição inicial, no processo penal, é a ausência de tipicidade no fato narrado na denúncia ou queixa. Neste passo, como sustentamos, o despacho liminar constitui verdadeira sentença de mérito, o que não acontece, obviamente, nos casos de inépcia.

A falta de pressuposto processual, condição da ação ou de procedibilidade, obriga também ao indeferimento. É o que ocorre, por exemplo, com a ilegitimidade para a propositura da ação penal: num delito de ação penal pública, o ofendido oferece queixa, ou vice-versa. A falta de representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, leva ao indeferimento por falta de condição de procedibilidade. Do mesmo modo, os pressupostos processuais de que trata o art. 235.

Mas, parece-nos indiscutível que não se podem confundir as condições da ação ou de procedibilidade com a inépcia da petição inicial, assuntos diversos. Daí a revisão a ser feita, neste aspecto, no Anteprojeto.

Por outro lado, se a falta dos pressupostos processuais, ou de condição de procedibilidade, for insuprível, deve o juiz declarar encerrado o processo, sem julgamento de mérito. Diga-se o mesmo em relação à ilegitimidade de parte.

A justa causa, a nosso ver, consoante se procurou demonstrar, não deve ser tratada no Anteprojeto como matéria desligada do mérito. Daí a necessidade de ser dada nova redação ao art. 301.

VII — O Ministério Público no Anteprojeto

O papel do Ministério Público, no Anteprojeto, é saliente, reforçando-se, sobremaneira, a atuação do agente do *parquet*, em decorrência inclusive de se ter abolido a ação penal subsidiária e o procedimento de ofício, este último incompatível com o sistema acusatório.

No Anteprojeto, o que é louvável, desvincula-se a autoridade jurisdicional do inquérito policial. Incumbe ao Ministério Público ordenar diligências necessárias ao oferecimento da denúncia, sem que fique à mercê do despacho do juiz. Procurou-se, com vantagem manifesta ao sistema do código em vigor, dar ao Ministério Público o comando do inquérito policial. O juiz só toma conhecimento do inquérito ao despachar a denúncia.

Outra inovação é a faculdade que se dá ao Ministério Público de ordenar o *arquivamento* do inquérito policial, sem submeter o seu entendimento à apreciação jurisdicional. O Conselho Superior do Ministério Público passa a ter importantíssimas funções processuais, inclusive a de recorrer de sentença absolutória.

Com efeito, dispõe o Anteprojeto que o Ministério Público, além de promover

a abertura do inquérito policial, acompanhar e requisitar diligências e atos investigatórios, poderá determinar a volta do inquérito policial para novas diligências e investigações (art. 93), ouvindo, ainda, o indiciado, o ofendido e as testemunhas, antes do oferecimento da denúncia. A inovação é louvável, dando-se ao Ministério Público, como titular da ação penal pública, condições de interferir, de maneira decisiva, no inquérito policial, sem se sujeitar à autoridade jurisdicional.

Dispõe o Anteprojeto que “ao ouvir o indiciado, poderá o Ministério Público propor-lhe a condenação imediata em multa, segundo o previsto no art. 242, §§ 1.º e 2.º (art. 95, § 2.º). Se o indiciado aceitar a proposta, diz o § 3.º, mandará o Ministério Público que se lavre termo nos autos que, a seguir, irão conclusos ao juiz. Se o juiz entender que não deve admitir, para o caso, a extinção da punibilidade por perempção, os autos voltarão ao Ministério Público para oferecimento da denúncia (§ 4.º).

Na hipótese prevista no art. 95, o indiciado poderá fazer-se acompanhar de advogado para aconselhá-lo.

O art. 242, referido anteriormente, dispõe: “Tratando-se de processo de ação penal pública, dar-se-á a perempção nos casos expressamente previstos neste Código, quando o réu, por aceitar a pena de multa imposta, desiste, tacitamente, de exercer os poderes e faculdades inerentes a seu direito de defesa, para que se extinga a relação processual (§ 1.º). O pagamento da multa, no caso do parágrafo anterior, não altera a qualidade de primário” (§ 2.º).

1. As alterações, introduzidas pela Comissão Revisora, não nos pareceram das mais felizes.

Antes do oferecimento da denúncia, torna-se muito difícil, pela inexistência de classificação legal do fato criminoso, saber-se se o delito admite a perempção. Além disso, proposta a condenação em multa e aceita pelo indiciado, o juiz poderá não admitir a extinção da punibilidade, voltando os autos ao Ministério Público, para oferecimento de denúncia. Fora o desperdício de tempo, a inutilidade do trabalho realizado, o posterior oferecimento de denúncia deixaria o acusado sob a suspeição de ser culpado do fato delituoso, o que não é de se admitir, no processo penal.

Temos impressão que o sistema do Anteprojeto deve ser modificado. A extinção da punibilidade, pela perempção, só deve ser admitida após o oferecimento da denúncia.

A participação do defensor do réu, por outro lado, deve ser obrigatória, ao ser manifestada a conformidade, como ocorre, aliás, no direito espanhol.³³

Em todo o caso, a solução aventada não é vantajosa, bastando lembrar, para isso, que o juiz tem o poder de não aceitar a extinção da punibilidade, pela perempção, proposta pelo Ministério Público e aceita pelo indiciado, tornando inútil o trabalho de todos.

33. No direito espanhol, a conformidade deve “requerir siempre la concurrencia de opiniones de acusado y defensor, para entre ambas integrar la voluntad de someter se a la pretensión punitiva adversa. Y por el pronóstico que ha de estar en condiciones de facilitar, el defensor debiera ser siempre un abogado” (cf. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *El Allanamiento en el Proceso Penal*, Buenos Aires, 1962, pág. 59). A extinção da punibilidade pela perempção, como tratada no Anteprojeto, através do pagamento da multa pelo acusado, era permitida pelo Código Penal da Argentina, com pequenas modificações. Como informa SEBASTIAN SOLER: “en los delitos reprimidos con multa, la acción se extinguía, en cualquier estado del proceso, por el pago voluntario del máximo de la multa correspondiente al delito y de las indemnizaciones a que hubiere lugar” (cf. *Derecho Penal Argentino*, vol. II, pág. 459). Tal dispositivo, porém, foi suprimido.

2. Arquivamento do inquérito

Se o Ministério Público entender que não há fundamento razoável para propor a ação penal, determinará o arquivamento do inquérito policial, é o que dispõe o art. 268.

Tratando-se de crime punido com pena de reclusão, o arquivamento será sucintamente fundamentado com remessa de cópia ao Conselho Superior do Ministério Público (§ 1.º, do art. 268). Se o Conselho entender que deva ser proposta a ação penal, será designado outro órgão do Ministério Público para oferecer denúncia (§ 3.º).

Tanto para os crimes punidos com pena de reclusão, como de detenção, até vinte dias após o arquivamento, o ofendido ou seu representante legal poderá recorrer ao Conselho Superior do Ministério Público contra o arquivamento, é o que dispõe o § 2.º, do art. 642.

Como se salientou, o Anteprojeto modifica o sistema do código em vigor. O arquivamento seria da exclusiva iniciativa do Ministério Público, abstraída qualquer interferência jurisdicional.

Não deve prevalecer a inovação pretendida, por várias razões.

O sistema proposto foi o vigente na Itália, até 1944, onde o exemplo não foi alentador, obrigando a uma reforma do art. 74, do Código do Processo Penal. Enquanto vigente, a redação primitiva do art. 74 mereceu a seguinte observação de CARNELUTTI: *"hubo funcionarios del ministerio público, los cuales, en lugar de aplicar esta norma, no era raro que la violasen enviando al archivo noticia de delitos que no eran, en absoluto, manifiestamente infundadas; doble violación: formal en cuanto el ministerio público, por si (esto es, sin intervención*

*del ministro), no tiene este poder, y sustancial porque en todo caso han hecho un mal uso del poder, aun cuando les hubiese comprendido."*³⁴

É verdade que o grande mestre da ciência processual dirige suas pesadas palavras ao Ministério Público italiano, não sendo justo suspeitar-se que, vitorioso o sistema do Anteprojeto, o mesmo exemplo pudesse frutificar entre nós. Também é certo que o atual sistema de submeter ao juiz o pedido de arquivamento tem merecido críticas da doutrina, na Itália, mas por outros motivos. É que a atual redação do art. 74 permite ao juiz, desde que não concorde com o arquivamento, instaurar, de ofício, o procedimento penal.³⁵

Esse inconveniente, que compromete o sistema acusatório, não ocorre entre nós, no código em vigor. Se o chefe do Ministério Público insistir no arquivamento, o juiz tem de se conformar. A iniciativa da ação penal pública continua com o Ministério Público.

Ora, o sistema em vigor parece-nos nitidamente superior ao proposto pelo Anteprojeto. O arquivamento do inquérito policial deve continuar sendo submetido à apreciação jurisdicional, sem que isso comprometa o sistema acusatório. Pelo contrário, o reforça no instante em que a autoridade jurisdicional tem de se conformar com o arquivamento, desde que assim entenda o Ministério Público, de grau superior.

Não há dúvida, por outro lado, que o despacho jurisdicional, concordando com o arquivamento, empresta maior força e maior seriedade no pronunciamento do Ministério Público.

Aliás, o Anteprojeto é profundamente infeliz, quando no art. 642, § 2.º,

34. *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. castelhana, Buenos Aires, vol. II, pág. 61.

35. GAETANO FOSCHINI, *Sistema del Diritto Processuale Penale*, Giuffrè, 1968, vol. II, págs. 100 e segs.

permite ao ofendido recorrer ao Conselho Superior do Ministério Público. Cria-se, assim, uma espécie inusitada de recurso, totalmente inconcebível.

Em síntese, o sistema proposto enfrenta o problema do arquivamento com notória desvantagem em relação à atual legislação processual penal, devendo, por isso mesmo, ser revisto, continuando-se com o critério atual, como se fez no Anteprojeto TORNAGHI.³⁶

3. Dispõe o art. 99, do Anteprojeto: "Para fiscalizar e superintender a atuação do Ministério Público na justiça penal, bem como velar pela unidade e indivisibilidade da instituição, haverá, em cada Estado, e no Distrito Federal, um Conselho Superior do Ministério Público, composto do procurador-geral, como presidente, e de mais dois membros, pelo menos, estruturado na forma do que dispuser a legislação de organização do Ministério Público."

Caberá ao Conselho Superior do Ministério Público, além das atribuições que lhe forem conferidas em lei: a) exercer a fiscalização sobre o Ministério Público de primeira e segunda instâncias na justiça penal; b) interpor recurso nos casos do art. 605 (§ 2.º, do art. 99).

Merece elogios a iniciativa de conferir a fiscalização do Ministério Público ao Conselho Superior, inclusive para analisar a oportunidade do arquivamento de inquérito policial, mesmo se vitorioso o sistema do código em vigor, como proposto anteriormente. O procurador-geral, via de regra, é nomeado à revelia da classe, podendo mesmo ser indicado fora dos seus quadros. Entre nós, o Estado de São Paulo representa uma exceção, que deveria ser seguida por todos os Estados, uma vez que lá

36. Art. 552, §§ 1.º e 2.º. O Anteprojeto TORNAGHI mantinha o sistema do código em vigor.

o procurador-geral é sempre escolhido numa lista elaborada pelo Colégio de Procuradores. Em outros Estados, como o Paraná, a nomeação é de livre escolha do Governador, podendo recair em pessoa estranha à instituição. O cargo passa a ser eminentemente político.

Por isso mesmo, é louvável a iniciativa de se entregar ao Conselho Superior do Ministério Público a incumbência de rever os atos dos promotores de grau inferior, como, por exemplo, o arquivamento do inquérito.

Mas, o Anteprojeto confere ao Conselho Superior do Ministério Público atribuições que nos parecem inoportunas. Assim, o disposto no art. 605: "Quando o réu for absolvido, ou for decretada a extinção da punibilidade, em crime inafiançável da ação pública, e não houver sido interposta apelação no prazo da lei, pelo Ministério Público ou pelo ofendido, o juiz determinará a remessa dos autos ao Conselho Superior do Ministério Público que, se entender injusta ou errada a sentença, recorrerá para a instância superior, no prazo de dez dias."

O recurso, nessa hipótese, será interposto pelo procurador-geral, processando-se com o réu em liberdade.

A prevalecer tal entendimento haveria uma tendência para o aumento indiscriminado dos recursos, em casos de sentença absolutória. Os promotores, principalmente, no início de carreira, seriam induzidos a recorrer sempre. O dispositivo do Anteprojeto irá fomentar, na prática, o uso indiscriminado da apelação, pelo Promotor, temeroso quanto ao entendimento do Conselho Superior, no caso concreto.

Aliás, a regra inserida no Anteprojeto faz parecer uma suspeição legal contra o Ministério Público, de grau inferior, o que é inadmissível.

O dispositivo, por outro lado, irá prolongar, demasiadamente, o trânsito em julgado da sentença absolutória, o que também não é a meta do processo.

Absolvido o réu, depois de se aguardar o decurso de prazo, para o recurso do Ministério Público ou do ofendido, os autos seriam encaminhados ao Conselho. É difícil prever em que prazo o Conselho, reunido, decidiria pela interposição do recurso ou pela devolução dos autos à jurisdição inferior. Com isso, o réu, absolvido, às vezes a pedido do próprio Ministério Público, ficaria na angústia de um eventual recurso.

Assim, a inovação do Anteprojeto, além de incentivar a proliferação de recursos, iria prolongar o trânsito em julgado da sentença absolutória, representando, por outro lado, tal recurso verdadeira suspeição legal contra o procedimento dos promotores de grau inferior. Por tudo isso, o disposto no art. 605 não deve ser introduzido em nossa legislação processual penal.

O mencionado artigo deve ser suprimido.

VIII — Do inquérito policial

Ao tratar do inquérito policial, o Anteprojeto apresenta algumas alterações, em relação à sua primitiva redação.

A “prisão temporária”, inicialmente, ordenada pelo Ministério Público “a fim de assegurar a captura do indiciado, ou compeli-lo ao cumprimento de ônus e obrigações a que está sujeito no inquérito policial” (art. 497), agora, só poderá ser decretada pelo juiz.³⁷

37. Apesar de concordarmos com a alteração introduzida pela Subcomissão, em relação ao texto primitivo, a possibilidade de o Ministério Público ordenar a detenção provisória do indiciado, no inquérito policial, é reconhecida pela legislação estrangeira e aceita pela doutrina do processo

Com efeito, dispõe o art. 500: “A prisão temporária será decretada de plano pelo juiz, com motivação bem sucinta, através de portaria. A autoridade policial, ou o Ministério Público, poderá requerê-la verbalmente, ficando essa circunstância consignada na portaria a qual será juntada aos autos do inquérito.”

Como se sabe, a faculdade que se outorgara ao Ministério Público, de ordenar a prisão temporária durante o inquérito policial, foi objeto de críticas, daí a alteração proposta pela Subcomissão.

Parece-nos que é de se admitir a prisão provisória contra o indiciado. Atualmente, a autoridade policial, apesar de proibição legal, na investigação sobre o fato delituoso acaba prendendo para averiguações ou a pretexto de tais averiguações. Daí a proliferação do *habeas corpus*, como meio de obstar a detenção ilegal. Tudo leva a crer que a detenção provisória, decretada por autoridade jurisdicional, pelo prazo de até cinco dias, será um substitutivo legal para a famigerada prisão para averiguações, hoje um forte pretexto para desmandos policiais.

Antes de proposta a ação penal, o Anteprojeto denomina “suspeito” aquele a quem se possa atribuir a prática de infração penal, e “indiciado” o que desta seja o provável autor (art. 105).

A distinção entre suspeito e indiciado, estabelecida no Anteprojeto, é acertada,³⁸ parecendo-nos, porém, peri-

penal. Veja-se, a respeito, ARTURO ZAVALA, *La Prisión Preventiva y La Libertad Provisoria*, Buenos Aires, 1954.

38. Em certas legislações, permite-se contra o suspeito, ainda quando não individualizada, perfeitamente, a autoria, medidas de restrição ao direito de liberdade, o que nos parece desaconselhável. Assim, o arresto, do direito argentino, que “es una medida coercitiva de simples precaución que se adopta en contra de varias personas

gosa a possibilidade de a pessoa, a quem se possa atribuir a prática de infração penal, ser submetida a prisão temporária ou a incomunicabilidade (art. 106).

Depois de estabelecer os casos de cabimento da prisão temporária (art. 498, parágrafo único, letras a e b), permite-se, numa hipótese, a prisão temporária do suspeito, quando este se furtar a comparecer perante a autoridade policial. A medida é perigosa contra a pessoa suspeita da prática de infração penal, ainda não considerada provável autora do delito, o que ocorre em relação ao indiciado.

Mesmo em relação ao indiciado, não deve ser admitida a medida cautelar, nos crimes *afiançáveis*. Ou, então, admitida a prisão provisória, mesmo nestes delitos, fosse permitida a liberdade provisória, mediante fiança.

O Anteprojeto só permite a liberdade provisória, sob garantia de fiança, ao indiciado preso em flagrante ou contra quem foi decretada a prisão preventiva (art. 501, incisos I e II); ao réu condenado, para solto recorrer (inciso III), e ao réu preso, que for absolvido, se houver recurso (inciso IV). A prisão provisória, portanto, não permite a liberdade sob a garantia de fiança.

Por isso, entendemos que a prisão temporária somente poderá ser decretada contra o indiciado, nos crimes inafiançáveis. Assim, sugerimos a seguinte redação para o parágrafo único, do art. 498: “Somente caberá prisão provisória: a) nos crimes inafiançáveis; b) nas infrações penais cometidas por indiciado já condenado anterior-

presumiblemente partícipes en la comisión de un delito con el objeto de hacer factible la individualización de los autores del mismo y de las personas que lo hubieran presenciado o tuvieran conocimiento de él. No es una medida dirigida contra una determinada persona, sino contra varias” cf. ARTURO ZAVALA, ob. cit., pág. 134.

mente ou naquelas praticadas por indivíduo vadio ou sem residência certa.”

O art. 499, inciso II, passaria a ter a seguinte redação: “quando o indiciado se furtar a comparecer perante a autoridade policial”, suprimindo-se a palavra “suspeito”.

2. Da incomunicabilidade

O § 1.º, do art. 259, dispõe: “Quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir, a autoridade policial poderá determinar a incomunicabilidade, até três dias, do indiciado que estiver preso, ou por despacho fundamentado nos autos do inquérito policial, ou através de portaria, também fundamentada, que se juntará aos autos”.

Silencia, portanto, se a medida se estende, ou não, ao advogado do indiciado.

Não vemos nenhuma razão para se revogar o disposto no art. 89, inciso III, da Lei n. 4.215/63, que assegura ao advogado o direito de “comunicar-se, pessoal e reservadamente, com os seus clientes, ainda quando estes se achem presos ou detidos em estabelecimento civil ou militar mesmo incomunicáveis”.

O direito do advogado a comunicar-se, pessoal e reservadamente, com o cliente preso, mesmo incomunicável, tem sido proclamado reiteradamente pelos nossos tribunais, mas às vezes ignorado pela jurisdição inferior. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já decidiu que o problema da incomunicabilidade do preso com o seu advogado pode ser objeto de alegação em *habeas corpus*.³⁹

Para se evitar, justamente, qualquer interpretação restritiva, na aplicação da lei, torna-se indispensável uma res-

39. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, 2.ª ed., 1972, vol. I, pág. 271.

salva de que a medida coercitiva não se estende ao advogado, cuidado que teve o Anteprojeto TORNAGHI.⁴⁰

3. A identificação criminal

O Anteprojeto, no art. 255, inciso VIII, dispõe que a autoridade policial, ainda que não formalizada a abertura do inquérito policial, deverá: "ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes".

A identificação datiloscópica, como ressalta HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, "constitui medida vexatória imposta ao cidadão indiciado, que a lei presume inocente, não se justificando no caso em que já se acha ele identificado no lugar em que o fato ocorreu".⁴¹

Ora, quando o indiciado já possui identificação civil, pela repartição competente, a identificação datiloscópica, no inquérito policial, torna-se totalmente desnecessária, consoante, aliás, o entendimento da doutrina,⁴² constituindo, em verdade, típico constrangimento ilegal contra o *status dignitatis* do indivíduo, na conformidade de inúmeros julgados.⁴³

Assim, sugerimos que o Anteprojeto inclua uma norma só permitindo a identificação datiloscópica se o indiciado não possuir, na repartição competente, identificação civil.

IX — Intimação do réu e seu defensor

O Anteprojeto, no Livro III, Título II, Capítulo IV, introduziu algumas

alterações em relação à primitiva redação, no tocante à intimação do acusado e de seu defensor.

Melhor seria se fosse mantida a redação inicial (arts. 188 a 194).

Inicialmente, inspirando-se no Código do Processo Penal Militar (art. 288, § 2.º), dispõe que o "réu solto será intimado por intermédio de seu advogado" (art. 295).

A regra processual de se considerar intimado o réu, por intermédio de seu advogado, pode justificar-se na justiça militar, pelas peculiaridades do processo penal militar, mas não pode ser tolerada na justiça comum, por várias razões.

No processo penal, como consequência do princípio constitucional da ampla defesa, o acusado tem indiscutível direito de estar presente à instrução criminal, colaborando, quase sempre, de maneira eficiente com o defensor técnico. Mas, essa presença, tão indispensável ao exercício do direito de defesa, só se torna exequível com a sua intimação pessoal.

Na realidade forense, via de regra, o advogado só é intimado na véspera da audiência, sem tempo para comunicar-se com o seu cliente. Além disso, o profissional do direito, absorvido em sua banca de advocacia, não irá dispor de tempo suficiente para comunicar todos os seus clientes sobre todas as audiências.

O dispositivo inserto no Anteprojeto, por isso mesmo, deve ser suprimido.

Do mesmo modo, deve ser suprimida a regra do art. 192, parágrafo único, segundo a qual, nos procedimentos sumário e sumaríssimo, o advogado do réu deixará de ser intimado por carta registrada, quando tiver domicílio fora do juízo da causa. Nesta hipótese, a intimação será feita ao próprio réu.

O Anteprojeto, como é evidente, estabelece dois critérios antagônicos, ora ordenando somente a intimação do advogado, ora a intimação, apenas, do réu, o que nos parece desaconselhável.

Qualquer das soluções prejudica o direito de defesa, ou porque o réu intimado deixa de comunicar ao seu defensor, ou porque este, por qualquer motivo, também não comunica ao seu cliente.

O critério adotado primitivamente, ordenando a intimação do réu e de seu defensor para os atos da instrução criminal, deve prevalecer, sob pena de prejuízo manifesto ao direito de defesa.

X — Conceito de decisão interlocutória

No Livro III, ao tratar dos atos processuais, o Anteprojeto, praticamente, transcreve integralmente o Código de Processo Civil (arts. 154 e segs.). Ao se preocupar com os atos do juiz (arts. 132 e 136), da mesma forma que a lei processual civil, enfrenta o perigoso caminho das definições.

Diz, inicialmente, que "os atos judiciais consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos" (art. 132).

Define sentença "o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa" (art. 132, § 1.º); decisão interlocutória "o ato pelo qual o juiz no curso do processo, resolve questão incidente" (§ 2.º). São despachos "todos os demais pronunciamentos judiciais proferidos no processo, de ofício ou a requerimento da parte, para os quais a lei não estabelece outra forma" (§ 3.º).

Também aqui a transposição literal do Código de Processo Civil cria sérios problemas. Se, na sistemática, do Anteprojeto, a definição de sentença está correta, o mesmo não acontece com as chamadas decisões interlocutórias. A

definição extraída do art. 162, § 2.º, do Código de Processo Civil, se é defensável para o processo civil, o mesmo não ocorre em relação ao processo penal.

Aceitas tais definições, em que categoria entraria a decisão de pronúncia (art. 698, inciso I, letra a)?

Seguramente, não será sentença, uma vez que não põe termo ao processo. Mas, a definição de decisão interlocutória não se aplica à pronúncia, uma vez que esta não resolve simples questão incidente no curso do processo.

Em verdade, a pronúncia declara admissível a acusação, sendo seus efeitos processuais, tendentes à constituição do *iudicium causae*, funcionando como verdadeira questão prévia, necessária ao julgamento de mérito, pelo júri.

Trata-se, como demonstra JOSÉ FREDERICO MARQUES, de decisão interlocutória.⁴⁴ As opiniões em contrário, ora considerando-a como definitiva,⁴⁵ ora como sentença de mérito⁴⁶ não são de aceitar-se, posto que, para o Anteprojeto, só será sentença o ato do juiz que puser termo ao processo.

O Anteprojeto TORNAGHI⁴⁷ mantinha o sistema do código em vigor, que fiel à doutrina portuguesa mais antiga, classifica os atos judiciais em despachos de expediente, interlocutórios simples, interlocutórios mistos e decisões definitivas.

A alteração proposta pelo Anteprojeto é nitidamente superior à do código

44. A Instituição do Júri, Saraiva, 1963, pág. 219.

45. ADHEMAR RAYMUNDO DA SILVA, Estudos de Direito Processual, Livraria Progresso, 1957, pág. 13.

46. PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1946, 3.ª ed., tomo III, pág. 138.

47. Art. 349: "As sentenças interlocutórias são simples quando decidem controversia sem pôr termo ao processo; mistas quando a decisão acarreta a terminação do processo."

40. Art. 13: "A autoridade que preside ao inquérito poderá manter incomunicável o indiciado que estiver legalmente preso, por três dias no máximo". Parágrafo único: "Não há incomunicabilidade para o advogado."

41. Ob. cit., pág. 296.

42. ARI AZEVEDO FRANCO, ob. cit., 1.º vol., pág. 75; EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, vol. I, pág. 287.

43. Cf. Revista de Direito Penal, ns. 7/8, pág. 120.

vigente, uma vez que este, por consagrar uma classificação arcaica, com raras exceções, sequer foi entendido pela doutrina, como salienta, em notável trabalho, GALENO LACERDA.⁴⁸

O sistema do Anteprojeto simplifica, admiravelmente, o problema dos recursos, ao contrário do código em vigor, onde, por exemplo, as sentenças de mérito, ora são apeláveis, ora impugnadas pelo recurso em sentido estrito. Do mesmo modo, as decisões interlocutórias mistas também podem ser objeto de qualquer dos recursos. Mas, a verdade é que os nossos tribunais, com raras exceções, nunca interpretaram corretamente a extensão da apelabilidade das interlocutórias com força de definitivas.⁴⁹

Com o Anteprojeto, essas dúvidas irão desaparecer. As sentenças que põem termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa, serão apeláveis.

O agravo de instrumento será cabível contra todas as decisões proferidas no processo, "salvo aquelas que o extinguem, com julgamento do mérito ou sem ele".⁵⁰ Não cabe o recurso de agravo, evidentemente, contra os pronunciamentos jurisdicionais sem conteúdo decisório, os chamados despachos de "mero expediente".

O sistema, como se nota, é muito mais simples que o atual, tendo a vantagem de ser idêntico ao adotado pelo Código de Processo Civil, contribuindo, por isso mesmo, para o estudo uniforme da matéria pertinente aos recursos, num e noutro ramo do Direito Processual.

48. *Apelação, No Processo Penal Brasileiro, Das Interlocutórias que Causam Dano Irreparável, in Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Ano III, 1968, n. 9, pág. 5.*

49. GALENO LACERDA, ob. cit., pág. 15.

50. J. C. BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, vol. V, pág. 378.

Resta, apenas, encontrar-se outra definição para as decisões interlocutórias, pois a do art. 132, § 2.º é insuficiente, por deixar órfã a decisão de pronúncia.

XI — Dos recursos

O Anteprojeto, na matéria pertinente aos recursos, segue o mesmo sistema do Código de Processo Civil, manifesta e louvável a intenção de aproximar os recursos cíveis e criminais.⁵¹

A apelação é o único recurso contra a sentença, de mérito ou não, que põe termo ao processo, com uma exceção apenas (art. 600). O agravo de instrumento substitui, com vantagem, o recurso em sentido estrito, mas só é cabível contra decisões interlocutórias, simplificando-se, de maneira notável, a sistemática recursória. Ao lado dos recursos que, em boa hora, foram abolidos, manteve-se o recurso de embargos, ampliando-se, inclusive, o âmbito de sua admissibilidade.

Qualquer recurso pode ser interposto pelo defensor do réu, independentemente da prisão deste, ainda que revel ou foragido. O sistema do código em vigor sempre criticado, foi mitigado pela Lei n. 5.941/73, num claro reflexo da inovação do Anteprojeto.

Mas, como se salientou anteriormente, o Anteprojeto estabelece um recurso, totalmente inconcebível, permitindo-se ao Conselho Superior do Ministério Público recorrer contra a sentença absolutória, ou que decretar a extinção da punibilidade, mesmo quando com ela se conformaram o Ministério Público de grau inferior e o ofendido. Tal recurso, pelos motivos já expostos, deve ser suprimido.

51. "O anteprojeto põe fim, desse modo, à dissonância hoje existente entre o processo civil e o processo penal a respeito do *nomen juris* dos remédios recursais" (*Exposição de Motivos*).

O recurso subordinado, estabelecido na lei processual civil, com a denominação de "adesivo", corretamente, não foi cogitado no Anteprojeto. No processo penal, ao que nos parece, tal recurso não traria qualquer vantagem.

Alguns reparos, porém, devem ser feitos em matéria de recursos.

1. A apelação é o recurso contra a sentença, de mérito ou não, que põe termo ao processo, com uma exceção prevista no art. 600, inciso II. Também será o recurso cabível contra a decisão de pronúncia.

A exceção, ao princípio geral, foi introduzida pela Subcomissão, pois o Anteprojeto, inicialmente, só permitia o recurso de apelação contra a sentença (art. 599). A decisão de pronúncia seria atacada pelo agravo de instrumento.

A alteração proposta não se justifica, mesmo como única exceção à regra geral. O agravo deve ser o recurso contra a pronúncia. Se as decisões interlocutórias, pelo sistema do Anteprojeto, devem ser atacadas pelo agravo de instrumento, não vemos nenhuma vantagem em se quebrar este sistema.

Por isso mesmo, sugerimos seja adotada a mesma redação do art. 513, do Código de Processo Civil: "Da sentença caberá apelação", suprimindo-se a exceção prevista no inciso II, do art. 600.

Aliás, outras alterações introduzidas pela Subcomissão também devem ser revistas.

Dispõe o art. 602: "A apelação, interposta por termo ou por petição, conterá o nome do recorrente, a referência à decisão apelada e o pedido de nova decisão." Interposta "a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelante para arrazoar no prazo de oito dias e,

em seguida, pelo mesmo prazo, ao apelado, para contra-razões" (art. 603).

Sinceramente, não andou bem a Subcomissão ao manter o critério do código em vigor, em prejuízo da alteração introduzida, originariamente, pelo Anteprojeto (arts. 600 e 601).

A interposição e a motivação do recurso de apelação devem ser feitas simultaneamente, sem que isso acarrete qualquer prejuízo à parte sucumbente. Ao contrário, o critério previsto atualmente prejudica, sobremaneira, o rápido processamento do recurso.

Interposta a apelação do quinto dia, o juiz, no mínimo, levará dois dias para despachar a petição. Até que o escrivão dê vista à parte, computando-se o prazo para arrazoar, só esses prazos poderão chegar, facilmente, até vinte dias. Não se esqueça, a prática forense demonstra, que o advogado só apresenta o recurso ou o arrazoado no último dia do prazo.

Ora, o prazo de dez dias, estabelecido, inicialmente, para a interposição e simultânea motivação do recurso, além de simplificar o procedimento recursório, aumenta o prazo de reflexão e o de motivação. Tal sistema é em tudo superior, devendo unificar-se à interposição. O desdobramento proposto só prejudica o rápido processamento do recurso. O prazo poderá, inclusive, ser o mesmo da lei processual civil, ou seja, de quinze dias.

A interposição de recurso, mediante termo nos autos, é medida completamente superada na vida forense, nem se coaduna com a realidade atual. Não se justifica, também aqui, a alteração introduzida pela Subcomissão, em relação à primitiva redação do Anteprojeto.

Diante disso, como já sugerimos, pelas razões expostas anteriormente, a supressão do recurso previsto no art.

605, a Seção II, do capítulo referente aos recursos, passaria a ter a seguinte redação:

"Art. 600. Da sentença caberá apelação.

Art. 601. O prazo para apelar é de quinze dias.

Art. 602. A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterà:

I — o juízo ao qual é dirigida;

II — a qualificação das partes;

III — os fundamentos de fato e de direito;

IV — o pedido de nova decisão.

Art. 603. Interposta a apelação o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para contra-arrazoar, no prazo de quinze dias. Conclusos os autos ao juiz, este mandará remetê-los ao tribunal dentro de dez dias.

Art. 604. A apelação terá efeito suspensivo, salvo:

I — nos casos em que este Código de outro modo dispuser;

II — quando interposta contra sentença absolutória ou que decretou a extinção da punibilidade, observado, quanto às medidas cautelares, o disposto no art. 421;

III — quando interposta contra decisão que concedeu *habeas corpus*.

Art. 605. A apelação processar-se-á segundo o que dispuser o regimento interno do tribunal.

§ 1.º. Nos processos por crime punido com a pena de reclusão, haverá relator e revisor.

§ 2.º. Não haverá revisor nas apelações contra a sentença de impronúncia, nem contra sentença proferida em processo de *habeas corpus* ou de reabilitação de condenado."

Excluimos os incisos II e III, do art. 606, por se tratar, evidentemente, de matéria pertinente à organização judi-

ciária. Do mesmo modo, o Anteprojeto, no parágrafo único do mesmo artigo, equivocadamente, fala em "sentença de pronúncia". Trata-se de clara e indiscutível impropriedade. Pelo sistema adotado, a pronúncia não é sentença, mas decisão interlocutória, uma vez que não põe termo ao processo.

A imprecisão terminológica só não foi cuidada, anteriormente, no local adequado, porque sugerimos, também, a supressão do inciso II, do art. 600. A pronúncia, a nosso ver, deve ser atacada pelo agravo. Diante disso, na redação do § 2.º, do art. 605, por nós proposta, foi excluída a pronúncia.

2. O agravo de instrumento, que substitui o recurso em sentido estrito, será cabível contra as decisões proferidas no processo, salvo em caso de sentença (art. 600) ou de despacho de mero expediente (art. 598).

O sistema do Anteprojeto é, em linhas gerais, o mesmo do Código de Processo Civil, não se tendo, porém, introduzido o agravo retido de que trata o § 1.º, do art. 522, do mesmo código.

O agravo de instrumento é recurso dispendioso e complexo. A formação do instrumento representa, via de regra, uma série de problemas, acarretando uma delonga na marcha do processo. Em verdade, como está no Anteprojeto, ele não contribui para o rápido andamento da causa, por suas características, quanto ao processamento no juízo *a quo*. Como menciona J. C. BARBOSA MOREIRA seria "preferível reservá-lo exclusivamente para os casos em que fosse mesmo inadiável a subida da questão ao conhecimento do tribunal".⁵²

Justamente para se evitarem tais inconvenientes, o Senado Federal, por

inspiração de E. D. MONIZ DE ARAGÃO, reintroduziu no texto do Código de Processo Civil o antigo agravo no auto de processo, sob nova denominação.⁵³

Esses inconvenientes, com maior intensidade, irão existir no processo penal, se mantido o sistema do Anteprojeto. Com efeito, um número considerável de processos, quase a maioria, a defesa é patrocinada por defensor dativo. Um recurso dispendioso, como é o agravo, se for exigida sempre a formação do instrumento, não irá funcionar, mormente nos processos em que a defesa é patrocinada por defensor dativo, isto por razões óbvias.

Não fosse isso, em certos casos em que não há interesse na subida imediata do agravo seria absurdo a lei exigir a formação do instrumento. Também não se justifica, por exemplo, a subida do recurso quando a matéria pode ser objeto de *habeas corpus*, meio muito mais rápido e eficaz. Basta salientar que todas as hipóteses previstas no art. 611, § 5.º, letras *a* e *c*, ao se tratar do agravo de instrumento, estão enquadradas nos casos de cabimento de *habeas corpus* (art. 776).

Assim, tudo indica que, também no processo penal, deve se consagrar a figura do agravo retido, com maior razão, aliás.

O Código de Processo Civil faz depender, unicamente, da vontade do agravante se o recurso deve ficar retido ou subir imediatamente ao tribunal *ad quem*, o que tem sido objeto de críticas, justas por sinal, até porque "no texto inspirador da emenda que consagrou a possibilidade de retenção do agravo nos autos, concedia-se ao agravado a faculdade de requerer a

formação de instrumento, para subida imediata do recurso ao tribunal".⁵⁴

Diante do exposto, sugerimos a seguinte modificação:

Na Seção III, do Capítulo III, Título VII, do Livro IV, *acrescente-se* um artigo, após o de n. 607, com a seguinte redação:

"Na petição, o agravante poderá requerer que o agravo fique retido nos autos, a fim de que dele conheça, preliminarmente, o tribunal, por ocasião do julgamento da apelação.

§ 1.º. O agravo reputar-se-á renunciado se a parte não pedir expressamente, nas razões ou nas contra-razões da apelação, sua apreciação pelo tribunal.

§ 2.º. Do agravo será intimada a parte contrária que, em 24 horas, poderá requerer a formação imediata do instrumento e subida do recurso ao tribunal, observando-se o que dispõem os artigos...".

3. Os embargos infringentes (arts. 617 a 621), de que o Anteprojeto TORNAGHI não cogitara, são mantidos e ampliados. Como é sabido, no sistema estabelecido pela Lei n. 1.720-B, de 3.11.1952, o recurso só pode ser interposto pelo réu, quando não unânime a decisão.

O Anteprojeto permite ao Ministério Público ou ao querelante a interposição do recurso, "quando o acórdão da apelação houver reformado sentença condenatória, para absolver o réu ou lhe diminuir a pena" (art. 617, parágrafo único).

Temos a impressão que nada justifica a manutenção do recurso, não se sabe por quê, também, mantido no Código de Processo Civil, depois de posto de lado no Anteprojeto BUZAD. Aliás, o Código do Processo Penal de

52. Ob. cit., pág. 375.

53. Dos Recursos Cíveis, *Esboço Legislativo, in Estudos Sobre a Reforma Processual*, Curitiba, 1969, pág. 14.

54. J. C. BARBOSA MOREIRA, ob. cit., pág. 382.

1941 não cogitara dessa figura de recurso.

A sua utilidade é duvidosa, uma vez que só leva à procrastinação dos feitos, com o duplo reexame da causa, perante o mesmo tribunal. Como menciona a doutrina, a tendência moderna, em matéria de recurso, lhe é totalmente desfavorável,⁵⁵ uma vez que se procura hoje a redução do número de recursos.

Além disso, "entende-se que, em princípio, os fatos são apreciados com maior exatidão pelo juízo inferior, que com eles tem contato mais direto, através da colheita pessoal das provas, admitindo-se um reexame, que seria feito em grau de apelação; quaisquer outros recursos deveriam ficar reservados às questões de direito".⁵⁶

O Anteprojeto, inclusive, permite o recurso, quando, no julgamento da apelação, a Câmara reformar a sentença de jurisdição inferior tão-somente para diminuir a pena. Trata-se, claramente, de uma demasia, que irá prodigalizar o número de recursos, congestionando, ainda mais, o julgamento dos feitos perante a jurisdição superior.

Mesmo que se insista com o recurso, pelo menos, esta última hipótese deve ser suprimida.

O art. 617, por outro lado, deve indicar que o máximo do que se pode pretender nos embargos é a extensão do voto vencido. A extensão dos embargos é sempre a extensão da divergência.

Por isso, sugerimos a seguinte redação para o art. 617:

"Cabe o recurso de embargos quando não for unânime o julgado proferido em apelação. Se o desa-

cordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Parágrafo único. O Ministério Público ou o querelante somente pode interpor os embargos infringentes, quando o julgado proferido na apelação houver reformado sentença condenatória, para absolver o réu."

XII — Do procedimento

Na sistemática do Anteprojeto, há um procedimento padrão para os crimes punidos com pena de reclusão, dividido em quatro fases: (a) a fase postulatória; (b) fase de saneamento; (c) fase de instrução; (d) fase decisória.

Neste aspecto, o Anteprojeto apresenta algumas inovações, em relação ao procedimento ordinário do código vigente.

Ao receber a denúncia, o juiz ordenará a citação do réu para responder à acusação (art. 281), no prazo de dez dias, contado da citação (art. 285). Esse prazo será de quinze dias, quando a ação penal for proposta contra mais de um réu (art. 286). Se houver réu preso, o prazo comum será de dez dias.

Na resposta, compete à defesa, antes de discutir o mérito, alegar "preliminares sobre a inépcia da acusação e a inexistência de pressupostos processuais" (art. 288, parágrafo único). No mesmo prazo, a defesa do réu poderá argüir, por meio de exceção, o impedimento, a suspeição ou a incompetência.

Apresentada a resposta do réu, o juiz determinará que o titular do direito de ação fale, em três dias, sobre as preliminares argüidas pela defesa (art. 298), proferindo, após o tríduo, no prazo de dez dias, despacho sanea-

dor ou sentença de encerramento do processo (art. 299).

O julgamento antecipado da causa é inovação introduzida que, se bem compreendida pelos juízes, poderá contribuir para a rápida solução de processos penais, cuja audiência de instrução e julgamento seria totalmente desnecessária.

O juiz, dispõe o art. 301, declarará encerrado o processo sem decisão de mérito, rejeitando a denúncia ou a queixa: I — se não houver justa causa para a acusação; II — nos casos do art. 243, isto é, por "falta insuprível de pressuposto processual".

Esse esquema se modifica no procedimento sumário (arts. 642 a 646), onde o prazo de resposta é de cinco dias. Decorrido o prazo, sem audiência do Ministério Público ou do querelante, como ocorre no procedimento ordinário, o juiz proferirá despacho saneador (art. 643).

Caso o réu não apresente contestação, no procedimento ordinário, o juiz lhe nomeará defensor dativo, antes do saneador (art. 287). No procedimento sumário, não apresentada a defesa preliminar, só no despacho saneador será nomeado o defensor de ofício, não sendo possível o julgamento antecipado do mérito, mas, apenas, o encerramento do processo.

Melhor seria que, mesmo no procedimento sumário comum, fosse possível o julgamento antecipado da causa, como ocorre no procedimento ordinário, sem que isso viesse retardar o julgamento final.

Tal julgamento, é evidente, só não seria possível no procedimento sumário (arts. 652 a 655).

O julgamento antecipado do mérito, quando possível, seria até mais aconselhável nos delitos punidos com pena de detenção.

Parece-nos evidente que, no procedimento sumário, não pode o juiz absolver, desde logo, considerando "provada a defesa do réu" (inciso II, do art. 300), se o despacho saneador pode ser proferido, mesmo não apresentada a defesa pelo réu. Mas, apresentada a defesa pelo réu, provada a sua inocência, não se justifica a designação de audiência para instrução e julgamento.

Sugerimos a seguinte redação para o art. 643:

"Oferecida a denúncia, o juiz mandará citar o réu para contestá-la em cinco dias. Decorrido este prazo, o juiz proferirá despacho saneador, designando audiência de instrução e julgamento e nomeando defensor para o réu, se ocorrer a revelia, ou declarará extinto o processo.

§ 1.º. Apresentada contestação, o juiz decidirá, se for o caso, na forma do art. 300.

§ 2.º. A redação constante do § 1.º, do Anteprojeto.

§ 3.º. A redação constante do § 2.º."

XIII — O júri no anteprojeto

No procedimento penal do júri, inúmeras foram as alterações introduzidas.

Assim, acabou-se com o libelo, que a Exposição de Motivos considera "peça obsoleta que só servia para fomentar arguições de nulidade". A base para o julgamento, em plenário, será a decisão de pronúncia.

Outra alteração diz respeito aos casos de conexão de delitos. Mantém-se a unidade processual dos crimes conexos, mas o juiz togado, Presidente do Tribunal do Júri, julgará os delitos que refugam à competência do tribunal popular.

Mas, duas outras alterações nos parecem de absoluta inoportunidade. A

55. E. D. MONIZ DE ARAGÃO, *Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado*, Saraiva, 1965, pág. 85.

56. J. C. BARBOSA MOREIRA, ob. cit., pág. 401.

primeira é a regra do art. 683, segundo a qual somente haverá tribunal do júri nas comarcas de população não inferior a trinta mil habitantes. Nas comarcas de menos de trinta mil habitantes, após a pronúncia os autos serão remetidos à comarca mais próxima em que haja o Tribunal do Júri.

Mantida a instituição pela Constituição Federal, enquanto a garantia permanecer, não se pode, evidentemente, criar embaraços, através da lei ordinária, à existência do tribunal popular, em todas as comarcas.

O Anteprojeto, por outro lado, fere de morte a soberania do júri, ao se permitir que o tribunal superior, em

grau de apelação, reforme suas decisões, "condenando ou absolvendo o réu" (art. 761, inciso II).

Não há nenhum dispositivo na Constituição Federal autorizando a conclusão de que a soberania do júri foi extinta. Pelo contrário, mantida a instituição, a sua soberania deve ser preservada.

A lei processual, como norma complementar da garantia constitucional, deve regular essa mesma garantia, sem qualquer restrição, que será inconstitucional.

Sugere-se, por isso mesmo, a supressão do art. 683 e, principalmente, do inciso II, do art. 761.

NOTAS E INFORMAÇÕES

PROF. GIACOMO DELITALA

Com a morte de GIACOMO DELITALA a 7 de novembro de 1972, o Direito Penal italiano perdeu uma de suas figuras mais notáveis deste século.

Originário da Sardenha, onde nasceu a 3 de abril de 1902, publicou ele suas primeiras obras em Milão. Em 1927, aparece *A proibição da "reformatio in pejus"*, seguida em 1930 de *O fato na teoria geral do delito*; em 1935, publica seus *Estudos sobre a falência*. Destacou-se DELITALA como grande mestre de toda uma geração de penalistas, entre os quais estão alguns dos nomes mais representativos da moderna ciência penal italiana, como BETTIOL, VASSALI, NUVOLONE, PEDRAZZI. NUVOLONE que o sucedeu na cátedra de Direito Penal na Universidade de Milão, dele afirmou: "Foi um mestre no sentido mais nobre da palavra, não apenas por suas contribuições originais à nossa ciência, mas também pela intuição que ele possuía no mais alto grau e que lhe permitia julgar os homens e as coisas na sua essência e nas suas reflexões jurídicas."

Dotado de rara inteligência e talento, possuidor de grande sabedoria e criador intenso, DELITALA se dividia entre numerosas atividades. Em 1934, foi diretor da *Rivista Italiana di Diritto Penale*, atualmente *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Participou da direção da seção penal da *Enciclopedia del Diritto*. Com a colaboração de pesquisadores mais jovens, organizou a coleção dos *Studi di Diritto Penale*. Foi ainda diretor da seção jurídica do Centro Nacional de Prevenção e Defesa Social de Milão.

Seu pensamento moderno e seu poder de argumentação eram sempre admirados nos vários congressos nacionais e internacionais em que se fazia presente, nos quais participava comumente como personalidade central.

No final de sua carreira universitária, foi escolhido ainda como presidente por seus colegas da Faculdade de Direito de Milão, apesar do limite de idade. Isto significou da parte de seus companheiros e admiradores, o reconhecimento de seu valor e humanismo e mais, de sua grandeza de mestre.

II CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Realizou-se em Guarapari, ES, de 26 a 30 de março de 1973, o II Congresso Nacional do Ministério Público. O encontro foi organizado pela Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público — CAEMP — e pela Associação

Espírito-santense do Ministério Público. A par de intenso programa de conferências (onde se destaca uma do Min. RODRIGUES DE ALCKMIN, sobre as funções do Promotor de Justiça), foram debatidos, na área de nossa especialidade, os seguintes trabalhos: "O Ministério Público e o Recurso de Ofício na Lei n. 5.726/71", de MARLY MACEDÔNIO (M.P. GB); "Dos Crimes Contra a Administração Pública e o Decreto-Lei n. 201/67", de RUY JORGE FREITAS BARROS (M.P. RS); "O Sistema de Aplicação de Penas", de LÍDIA BASTOS (M.P. PR); "Dos Crimes contra a Administração Pública e o Decreto-lei n. 201/67, de RUY BARBOSA CORREA FILHO (M.P. PR); "Não Recebimento e Rejeição da Denúncia", de PEDRO ERNANY PEREIRA FRANK (M.P. RS); "Júri. Especialização dentro da Justiça Criminal. O Promotor do júri, um Especialista dentro da Especialidade. Como criar Promotores de júri em substituição aos Promotores no júri. O júri no interior e a solução do júri regional", de CARLOS ALBERTO TORRES DE MELO (M.P. GB); "Considerações sobre o Sistema de Arquivamento no Anteprojeto de Código do Processo Penal", de MARIZA Y. R. DE MOURA (M.P. GB); "As Novas Concepções Individualizadoras e as Técnicas de Individualização Processual", de NÉLSON PIZZOTTI MENDES (M.P. SP); "A Execução da Pena, a Questão Sexual do Preso, e a Sistemática do Direito Brasileiro", de VENÂNCIO AYRES DE MESQUITA FILHO (M.P. RS); "Sistema Penitenciário", de JOSÉ DINIZ PINTO BRAVO (M.P. RJ); "A Pena", de CARLOS ALBERTO TORRES DE MELO (M.P. GB); "Da Cominação das Penas nos Delitos Culposos", de RODOLFO LIPPEL; "Eficácia Temporal da Condenação Anterior (Prescrição da Reincidência)", de DAMÁSIO E. DE JESUS (M.P. SP); "O Erro de Direito no Novo Código Penal", de ANDRÉ LUIZ DE MESQUITA (M.P. SP); "A Imputabilidade frente ao Futuro Código Penal Brasileiro", de DIÓGENES MALACARNE (M.R. ES); "Culpabilidade referida à Personalidade e o Novo Código Penal Brasileiro", de ALBERTO RODRIGUES DE SOUZA (M.P. RS).

A próxima publicação dos Anais conterà não apenas todos estes trabalhos, como igualmente o relatório que sobre eles elaboraram as Comissões de Direito Penal e de Direito Processual Penal, ao submetê-lo ao plenário.

XI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL

(Budapeste, de 9 a 15 de setembro de 1974)

A Associação Internacional de Direito Penal realizará seu XI Congresso de 9 a 15 de setembro de 1974 na sede da Academia de Ciências da Hungria, em Budapeste.

Respeitando uma tradição já antiga, a Associação Internacional de Direito Penal selecionou quatro temas para serem tratados simultaneamente por quatro seções sob a presidência do Prof. MARC ANCEL, membro do Instituto, presidente da Câmara honorária da Corte de Cassação, França (1.^a seção), IGOR ANDREJEV, professor na Universidade de Varsóvia, Polônia (2.^a seção), H. H. JESCHECK, professor na Universidade de Fribourg-en-Brisgau, R.F.A. (3.^a seção), e HELENO FRAGOSO, professor da Faculdade de Direito Cândido Mendes, Rio de Janeiro, Brasil (4.^a seção).

Os temas selecionados são os seguintes:

- 1 — Evolução dos métodos e meios do direito penal;
- 2 — Abuso e tráfico de drogas (Prevenção e repressão);
- 3 — Indenização às vítimas da infração penal;
- 4 — Repressão à captura ilícita de aeronaves.

Os comentários sobre estes temas cujos autores são os Profs. IVAN NENOV, Bulgária (1.^o tema), GERHARD O. W. MUELLER, E.U.A. (2.^o tema), H. H. JESCHECK, R.F.A. (3.^o tema) e BOGDAN ZLATARIC, Iugoslávia (4.^o tema), foram publicados na *Revue Internationale de Droit Pénal* (n. 1 — 2/1971, pág. 294).

As seguintes personalidades foram designadas como relatores gerais:

1.^o tema: TIBOR KIRALY, professor na Universidade Lorand Eotvos de Budapeste (Hungria); 2.^o tema: GERHARD O. W. MUELLER, professor na Universidade de Nova York (EUA); 3.^o tema: JAKOB VAN BEMMELEN, professor emérito da Universidade de Leyden (Holanda); 4.^o tema: JAKOB W. F. SUNDBERG, professor na Universidade de Estocolmo (Suécia).

As línguas oficiais serão inglês, francês, húngaro e russo. Serão oferecidas aos congressistas facilidades de tradução simultânea.

Os participantes deverão pagar inscrição de 45 FF. que dará direito a receber os relatórios e resumos das discussões e a tomar parte nas seguintes programações organizadas para o congresso: recepções de abertura e encerramento, visitas a instituições, excursão de um dia, visita turística da cidade de Budapeste e espetáculo na Ópera.

As pessoas que acompanharem os congressistas terão um programa especial e deverão pagar como taxa de inscrição 25 FF.

Os estudantes serão beneficiados com uma redução na taxa de inscrição que será 20 FF. A inscrição lhes permitirá participar dos trabalhos, da visita de Budapeste e participar da recepção, se o número de estudantes for suficiente, o Comitê de organização prevê sua hospedagem em hotéis de turismo.

Com o objetivo de preparar o estudo dos temas escolhidos, serão realizados quatro colóquios preparatórios, durante 1973.

— Em Varna (Bulgária) de 28 de maio a 2 de junho, colóquio sobre a "Evolução dos métodos e dos meios do direito penal".

— Em Nova York (EUA) de 6 a 11 de agosto, colóquio sobre o "Abuso e tráfico de drogas (Prevenção e Repressão)".

— Em Fribourg-en-Brisgau (R.F.A.) de 4 a 6 de outubro, colóquio sobre a "Indenização às vítimas da infração penal".

— Em Salônica (Grécia) de 1 a 5 de outubro, sobre a "Repressão à captura ilícita de aeronaves".

Nestes colóquios participarão, além do presidente da seção e do relator geral do tema considerado, os autores de relatórios particulares e nacionais.

Para a inscrição e qualquer informação, o interessado deverá se dirigir ao Comitê de organização do XI Congresso Internacional de Direito Penal, P.O.B. 31, H-1.250 Budapeste (Hungria).

De passagem pelo Brasil, o Prof. FABIO DEAN, da Universidade de Perúcia, participou de Mesa Redonda organizada pelo Instituto de Ciências Penais, no dia 25 de maio de 1973, às 20:30 h, no salão nobre da Faculdade de Direito Cândido Mendes.

A mesa foi integrada pelos Profs. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, GASTÃO MENESCAL CARNEIRO e NILO BATISTA, e o tema debatido foi a pena no novo Código Penal Brasileiro. Engajado no assim chamado neopositivismo, pronunciou-se o Prof. FABIO DEAN pela unificação da pena e da medida de segurança detentiva, denunciando a falência e a ineficácia do sistema de duplo binário.

NOVO CP EM EL SALVADOR

Foi promulgado o novo CP de El Salvador, que entrará em vigor em 1.º de janeiro de 1974, revogando o CP de 1904 que vigorava até agora, com numerosas alterações.

O novo CP incorpora algumas soluções modernas e se inspira, em várias passagens, no CP Tipo para a América Latina, cuja parte geral já foi concluída. Não conseguiu, no entanto, livrar-se de numerosas imperfeições técnicas comuns nos códigos da América Latina, mantendo a estrutura clássica das legislações penais.

O novo CP prevê os crimes políticos, seguindo neste passo critério que corresponde a orientação democrática e liberal. As contravenções penais estão também incorporadas ao texto do código.

INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

O Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes criou o Departamento de Documentação Histórica, que será dirigido pelo Prof. NILO BATISTA, autor da proposição, que unanimemente foi aprovada.

As atividades do Departamento de Documentação Histórica se desenvolverão, inicialmente, em dois níveis. Por um lado, será cumprido um programa que visa recolher e catalogar documentos — ou cópias de documentos — relevantes para a História do Direito Penal Brasileiro, e mesmo documentos referentes à prática judiciária penal brasileira, que apresentem especial interesse.

Por outro lado, mediante o sistema de entrevista registrada em fita magnética — a exemplo do que se faz em outras áreas da cultura — procurar-se-á colher o depoimento dos mais destacados penalistas e criminólogos brasileiros.

O início das atividades se deu com a obtenção de cópia do processo criminal referente à morte de EUCLIDES DA CUNHA, e entrevista gravada com o Prof. ANÍBAL BRUNO.

RESENHA BIBLIOGRAFICA

Revista de Derecho Penal, Criminologia y Criminalística, oct.-dic. 1972, n. 4.

Este número da excelente revista dirigida pelo Prof. FRANCISCO P. LAPLAZA, publica diversos trabalhos apresentados às Primeiras Jornadas Médico-Jurídicas sobre toxicomanias, realizadas nos dias 2 e 3 de novembro de 1972, pelo Centro de Prevenção de Toxicomanias da Faculdade de Medicina de Buenos Aires e o Instituto de Direito Penal e Criminologia, da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires, entre outras organizações.

Aqui estão os estudos apresentados pelos Profs. CARLOS FONTÁN BALESTRA (*Regulação penal das toxicomanias na República Argentina*), FRANCISCO LAPLAZA (*O Direito Penal e a regulação do tráfico e do uso ilegítimo de estupefacientes*), LÚCIO EDUARDO HERRERA (*O tráfico de drogas e sua regulação internacional*), RICARDO LEVENE (*A toxicomania como fator criminógeno*) e JORGE MOM (*Enfoques criminológicos das toxicomanias*).

Além desses trabalhos um excelente relatório dos Profs. ADELA RETA e FERNANDO BAYARDO BENGIOA sobre o regime legal uruguaio sobre enxerto e transplante de órgãos e um estudo de MANUEL A. GUATELLI, sobre *doping*, na perspectiva da Criminalística.

H. C. F.

FEDERICO ESTRADA VELEZ, *Manual de Derecho Penal*, Medellin, 1972, 358 págs.

O Prof. FEDERICO ESTRADA VELEZ é Vice-Presidente da Comissão Redatora do Projeto do novo Código Penal colombiano, cuja Parte Geral já foi concluída e publicada. Pertence à Seção Colombiana da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, e foi o Presidente da VIII Reunião Plenária, realizada em Medellin, em novembro de 1973.

Seu Manual de Direito Penal, que se ocupa dos problemas da Parte Geral (especialmente, teoria da lei penal e teoria do delito), precedidos de noções propedêuticas, vem a ser não apenas descontraída e amena formulação sistemática de princípios, como também guia seguro para o exame reduzido à legislação colombiana.

No momento em que, no Brasil, por força da vigência iminente do novo Código Penal, e mesmo pela divulgação — em meios técnicos e leigos — a

categoria da *periculosidade* é chamada a exercer inúmeras funções, e a condicionar quantidade apreciável de soluções jurídicas, é justo considerar que temos alguma coisa a aprender com a experiência colombiana. A grande influência das idéias positivistas naquele país (pág. 329) determinou a elaboração de algumas leis a respeito de “estados perigosos”, a primeira das quais foi a Lei n. 48, de 1936 (conhecida como Lei Lleras), cujo âmbito mais ou menos restrito foi sendo ampliado, até que se chegasse ao Decreto n. 14, de 1955, sobre “*estados de especial peligrosidad*”, que, no dizer de ESTRADA VELEZ, “*no podía ser más absurdo, más arbitrario y más peligroso para las libertades individuales*” (pág. 330). Tratava-se, segundo informa o A., fundado em passagem de GUTIERREZ ANZOLA e GUTIERREZ TOVAR, de uma espécie de minicódigo de condutas proibidas às quais, sem embargo de consistirem em *condutas*, deu-se equivocadamente o nome de *estados de especial perigosidade*.

A falha fundamental subsistia, porque “*nunca se ha dicho en qué condiciones puede el Estado diagnosticar la cantidad y calidad del peligro que cada ciudadano ofrece*”, para privá-lo de sua liberdade e submetê-lo a medidas repressivas (pág. 330). O Decreto n. 1.699, editado em 1964, ainda que mais moderado que o anterior, e procurando selecionar os fatos puníveis — que deveriam constar da lei penal — das “condutas *anti-sociais*” (nova designação que mereceram os “estados de especial perigosidade”), incidia nos mesmos vícios (cf. PEREZ, citado pelo A., pág. 331). Foi derogado pelo Decreto n. 1.136, de 1970. Desde então, a Colômbia não conheceu aplicações legislativas de periculosidade extradelitual. “*De esos decretos quedaron apenas las injusticias que se cometieron bajo su vigencia, y la convicción fundada de que el bien de la libertad es precioso y debe tutelarse por encima de consideraciones teóricas esencialmente peligrosas e ineficaces*” (pág. 331).

É certo que não pertence à tradição jurídica brasileira soluções de segurança para casos de perigosidade extradelitual. No Código de 1940, havia apenas dois casos (art. 14 e art. 27, dos quais apenas o último é rigorosamente pré-delitual), e, nem que seja por sua rara ocorrência, nunca foram, ao que se saiba, instrumento de medidas discricionárias. Entretanto, é inegável que a categoria da “*periculosidade*” oferece os mesmos problemas, seja quando cogitemos de perigosidade criminal, seja quando se trata de perigosidade pré-delitual, porquanto temos, na primeira situação, apenas um limite garantidor, para a formulação de um juízo que vem a ser essencialmente o mesmo. E é inegável igualmente que a “*periculosidade*”, que no regime do Código de 1940, somente entrava em cena portando a bandeja da medida de segurança, no regime do Código de 1969, será quase uma *prima donna*.

Acrescente-se a isso o autêntico modismo acerca do tema, representado, em outras áreas, pelas idéias de recuperação social e mesmo “irrecuperação social” (!) e verificar-se-á como são oportunas as palavras de LUIZ CARLOS PEREZ, transcritas pelo A., no sentido de que “*la peligrosidad no es un sistema para negar el derecho, sino para afirmarlo; no es un instrumento de dominio, sino la denuncia de una situación que clama correctivos eficaces; no pretende destruir al hombre, sino salvarlo*” (pág. 329).

Nilo Batista

J. DIDIER FILHO, *Aplicações de Direito Penal*, 2.^a ed., Editora Liber Juris, Rio, 1973, 490 págs.

J. DIDIER FILHO, Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito Cândido Mendes, Magistrado, apresenta neste volume uma apreciável coletânea de decisões de primeira instância por ele proferidas, em sua longa e profícua magistratura.

A organização do trabalho obedeceu a um critério segundo o qual se pode afirmar que poucas são as matérias acerca das quais não se encontrará qualquer notícia. A excelência das decisões, seja pelo perfeito encadeamento lógico com o qual o A. relaciona a matéria de fato, lapidando-a no sentido de revelar a versão real ou pronunciar o *non liquet* da dúvida intransponível, seja pela elegância e erudição com que enfrenta as questões de direito, transforma o livro em leitura agradável e útil a todos os profissionais do Direito Penal.

Por outro lado, no ensino da disciplina, a obra poderá vir a ser um extraordinário meio de suscitar debates entre os alunos, propondo a solução dos casos nela resolvidos, e questionando as soluções jurídicas por ela atribuídas a cada um deles.

Nilo Batista

NANCY ARAGÃO, *Você Conhece Direito Penal?* Rio, 1972, Editora Rio, 280 págs.

É este um livro despretensioso — declara a A. no prefácio — que se destina ao estudante de Direito Penal.

O sistema empregado é bastante simples: a uma ligeira exposição acerca do tema examinado (que está longe de abordar todos os aspectos desse tema), segue-se um quadro sinótico (onde se procura concentrar o essencial dos conceitos e categorias com que se há de trabalhar); e a essa introdução, sucede-se um questionário, com respostas. O livro abrange, além das informações históricas fundamentais, a aplicação da lei penal no tempo e no espaço, e a teoria do delito — e aqui, a obediência à disposição da matéria no Código terá certamente prejudicado um desenvolvimento sistemático que resultaria em benefício da obra.

Trata-se de um livro útil, e diríamos até um livro necessário, que começa a preencher a lacuna existente no Brasil em relação a livros de estudos. A inegável experiência da A. no ensino preparatório para concursos, somada à honestidade com a qual balizou seu trabalho na doutrina brasileira, faz deste livro “despretensioso” um inestimável auxiliar no ensino do direito.

Discordâncias, temos várias. Discordamos, logo, da chave “Crimes culposos que admitem a tentativa” (pág. 148), porquanto a própria A. nos ensina que o dolo é elemento da tentativa (pág. 148); discordamos de que a validade ou invalidade do consentimento do ofendido, na hipótese de intervenção cirúrgica aberrante, possa depender do pronunciamento do Conselho Estadual de Medicina (pág. 265); acreditamos que há certas questões que mereceriam tratamento mais demorado (v. g., crimes comissivos por omissão); que não cabia omitir o exame da inexigibilidade de conduta diversa, ao abordar a culpabilidade (apenas mencio-

nada, pág. 167); que teria sido conveniente uma informação, ainda que sumária, acerca da teoria de ação final.

Tais observações, contudo, não empanam o mérito do livro, que recomendamos a professores e estudantes de Direito Penal como material didático extremamente útil. Pode a A. estar certa de que atingiu seus objetivos.

Nilo Batista

ANTONIO DE BRITO ALVES, *Habeas Corpus*, Recife, 1972, 238 págs., ed. do autor.

Em bela apresentação gráfica, surge uma nova edição do utilíssimo livro que o A. publicou em 1966 (*Prática do "Habeas Corpus"*). Na primeira parte do volume temos primoroso estudo sobre o *habeas corpus*, no qual são analisadas todas as questões importantes que a matéria apresenta, com segura referência à doutrina e à jurisprudência dos tribunais. Na segunda parte, organizados por assunto (competência, falta de justa causa, inépcia da denúncia, prisão provisória, excesso de prazo, nulidade, extinção da punibilidade e *habeas corpus* diversos) estão referidas mais de 500 decisões dos tribunais em relação à matéria, sempre com indicação do local em que foram publicadas. São decisões principalmente do STF.

Só quem milita no dia-a-dia da profissão em processos criminais, pode ter idéia do valor deste trabalho do ilustre professor do Recife, que alia às suas qualidades de mestre de nossa ciência, a de grande advogado, fiel ao exemplo admirável e à memória de seu pai, o velho José de Brito Alves.

H.C.F.

Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. En Homenaje al Profesor Luis Jimenez de Asúa, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, 805 págs.

É esta a segunda coletânea de estudos organizada em homenagem ao Prof. LUÍS JIMENEZ DE ASÚA. A primeira foi publicada em 1964 pela editora Abeledo-Perrot (*Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Jimenez de Asúa*), e estava muito longe, por todos os títulos, desta nova homenagem, destinada a comemorar os 80 anos do mestre. Por desgraça, faleceu ele dias antes do aparecimento do livro (em 16 de novembro de 1970), após longa enfermidade.

A coletânea foi organizada por um grupo de amigos e discípulos de ASÚA (principalmente ENRIQUE BACIGALUPO, ROBERTO BENGALLI, GLADYS N. ROMERO e CARLOS A. TOZZINI), e reúne, dividindo-os pelos países a que pertencem os diversos autores, 44 estudos de direito e processo penal, criminologia e teoria do direito.

São muitos os trabalhos de alto nível, havendo mesmo alguns excepcionais. Destacaríamos as colaborações de BAUMANN (*Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses?*); ROXIN (*Sobre la autoría y participación en el derecho penal*); WELZEL (*El nacimiento del moderno concepto del derecho*); BACIGALUPO (*Conducta precedente y posición*

de garante en el derecho penal); MANUEL DURÁN (*Notas sobre el delito político*); JOSÉ CEREZO MIR (*El versari in re illicita*); ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG (*Tiene un futuro la dogmatica juridicopenal?*); JEAN GRAVEN (*Perspectiva actual del problema del arresto*).

A obra, que os especialistas não poderão dispensar, é enriquecida por minucioso índice alfabético geral, que facilita enormemente a consulta.

H.C.F.

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, *A Defesa na Polícia e em Juízo*, Sugestões Literárias, São Paulo, 1973, 374 págs.

VITORINO PRATA CASTELO BRANCO, *O Advogado em ação*, Sugestões Literárias, São Paulo, 1973, 6.^a ed., 292 págs.

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA é professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e procurador da República, tendo desempenhado as funções de promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais. Como esclarece, logo de início, quanto à obra que escreveu, "trata-se de livro destinado a servir como simples manual para advogados recém-formados ou pouco afeitos ao foro criminal, um guia que os oriente em suas relações na polícia e em juízo, e lhes indique, a um rápido exame, as medidas que podem ser tomadas, em face de cada caso concreto, em benefício de seu constituinte, nos casos que demandam maior presteza, como são os de prisão".

É difícil escrever um bom livro desta natureza. A matéria tem de ser apresentada de forma simples, completa e correta. O que se encontra geralmente são livros simples, porém superficiais, lacunosos e incorretos. Os bons juristas são sempre tentados a mostrar erudição no debate de questões elegantes, de modo que suas obras examinam extensamente as matérias, geralmente de forma complicada para os iniciantes.

O livro de JOSÉ BARCELOS DE SOUZA constitui verdadeira exceção. Tratando da defesa no inquérito policial e em juízo, o A. examina todas as questões que a matéria suscita, fazendo-o de forma simples e exata, revelando fina sensibilidade jurídica na análise de vários problemas que os tribunais debatem e proporcionando orientação segura para advogados, promotores e juízes. Temos a lamentar apenas que a jurisprudência citada pelo A. seja sempre antiga e restrita ao TJ de Minas Gerais.

Na parte final, aparecem modelos de petições, com notas valiosas sobre o cabimento de recursos, do *habeas corpus* e do mandado de segurança.

Não temos dúvida em recomendar vivamente a obra a todos quantos se iniciam na advocacia criminal.

Já o mesmo não podemos dizer do livro de VITORINO PRATA CASTELO BRANCO, que traz o subtítulo *Pronto-Socorro Jurídico-Penal*. Pretende a obra esclarecer ao advogado como conduzir uma defesa diante de diversas situações, começando por uma lista (muito incompleta) de "arbitrariedades e constrangimentos ilegais", em ordem alfabética. Em seguida, o A. trata de "como se requer um *habeas*

corpus; como se quebra um flagrante; como se obtém um *sursis*; como se paga uma fiança e como se anula um processo”.

Cada um desses tópicos aparece com breve exposição teórica, modelos de petições e legislação pertinente.

As impropriedades e os equívocos são, no entanto, numerosos e manifestos, numa apresentação muito superficial e lacunosa dos temas. Assim, por exemplo, quando trata da prescrição “do crime” o A. não dá a seus leitores qualquer notícia sobre a prescrição pela pena em concreto, que é, comumente, uma das grandes *saídas* que os processos criminais apresentam para a defesa e chama de “crimes não puníveis”, situações de erro de fato ou de exclusão da antijuridicidade. Mais adiante dá o A. um exemplo equivocado de “flagrante preparado” (patrão que manda pôr objeto no bolso do empregado, para surpreendê-lo). No que se chama de *flagrante preparado*, o agente pratica voluntariamente a ação, por obra de agente provocador. No exemplo dado, falta ação.

Por outro lado, quando apresenta modelos de petições de *habeas corpus*, o A. dá aos seus leitores um mau conselho, com o requerimento feito em nome do próprio paciente pelo advogado. Quando a petição é feita em nome de quem sofre o constrangimento ilegal, é indispensável que o advogado apresente o instrumento de mandato (e não de *mandado*, como supõe o A., pág. 135). Pelos modelos se percebe que o A. julga possível impetrar *habeas corpus* em nome do próprio paciente sem procuração. Ora, o que sempre se faz é formular o pedido em nome do próprio advogado, que é o autor da ação (e não recurso). Aliás, alguns dos modelos que o A. apresenta são de impetração pelo advogado.

Refere-se o A. também, impropriamente, a “nulidades do inquérito policial”, que confunde com nulidades “do processo”.

Trata-se, pois, de obra que representa bem a chamada literatura jurídico-penal *prática*. O fato de estar já em sexta edição revela como é pouco exigente a clientela formada pelos novos advogados que deixam as nossas faculdades de Direito.

Ao final do livro há interessante relação bibliográfica de “manuais práticos do processo (com formulários)”, parecendo constituir levantamento bastante completo desse gênero de literatura.

G. de A.

VALDIR SZNICK, *Delito Habitual*, Sugestões Literárias, São Paulo, 1973, 70 págs.

Esta plaqueta é bem representativa da facilidade com que hoje se editam em nosso país os trabalhos de direito penal. Quem percorre as estantes das livrarias especializadas em livros jurídicos fica estarrecido ao verificar a enorme quantidade de novas obras em que predomina, com raríssimas exceções, a superficialidade e a ignorância. Será responsável por isso, talvez, o imenso mercado que constituem os estudantes da inumerável quantidade de Faculdades de Direito que proliferam em nosso país, junto aos quais os professores asseguram o *curso forçado* dos livros que escrevem.

O A. deste pequeno livro (que poderia ser, no máximo, um mau artigo de revista) pede benevolência aos leitores, para os seus erros, mas é difícil que

possa merecê-la. Seu trabalho confunde o crime habitual, que é categoria jurídica, com delinqüente habitual, que é tipo legal ou criminológico. São coisas absolutamente diversas.

Pretende o A. estudar o crime habitual em sua estrutura jurídica, distinguindo-o do crime permanente e do crime continuado. Como é próprio da literatura jurídica subdesenvolvida, percorre, transcrevendo-os, os autores estrangeiros que trataram da matéria, terminando ou com superficialidades ou com incorreções e impropriedades. Assim, por exemplo, não é correto dizer que “a natureza jurídica do delito habitual é a unidade legal”, nem que a “reincidência é a *recaída no mesmo delito* depois de uma condenação precedente”.

Equivoca-se o A. quando supõe que “na Alemanha os autores entendem que no delito habitual não existe unidade jurídica de ação, mas sim mero agrupamento artificiosamente reunido”. E que os penalistas germânicos confundem crime habitual e reincidência. Basta abrir qualquer compêndio ou tratado, no estudo do que na Alemanha se designa por delitos coletivos ou conjuntos (*Kollektiv delikt, Sammelstraftat*), dos quais o crime habitual é geralmente considerado como espécie.

Nenhum dos problemas jurídicos importantes que o crime habitual suscita é apresentado ou examinado em profundidade, nem o autor se detém no estudo das questões que suscita a categoria de criminosos habituais, introduzida pelo novo CP. Supõe o autor que o anteprojeto HUNGRIA confunde a habitualidade com a reincidência, quando estabelece a regra da habitualidade presumida (art. 64, § 2.º).

Uma última nota: a expressão *datissima venia*, que o A. emprega e que às vezes aparece nas petições de advogados ignorantes — não existe.

O pequeno volume vem acompanhado de extensa folha de *errata*, demonstrando a incúria da edição.

G. de A.

DANIEL CALLAHAN, *Abortion: law, choice morality*, The Macmillan Company, Nova York, 1972, 524 págs.

MARIA LUCILA MILANESI, *O aborto provocado*, Livraria Pioneira Editora, Editora Universidade de São Paulo, São Paulo, 1970.

A obra de DANIEL CALLAHAN será, provavelmente, um dos melhores trabalhos publicados nos últimos anos sobre o difícil tema. O livro foi escrito com auxílio da Fundação Ford e após extensíssima pesquisa realizada pelo A. em várias partes do mundo. Por isso mesmo, a informação que proporciona é impressionante, com dados, estatísticas e referências bibliográficas recentíssimas, relativas a todos os países em que há experiência importante em matéria de aborto.

O estudo está dividido em quatro partes, após introdução em que são apresentadas as questões de maior relevo que o tema hoje suscita.

Na primeira parte, o A. examina as diversas *indicações*, ou seja, os diversos fundamentos aventados para justificar o aborto, detendo-se nas indicações médica, psiquiátrica e fetal, que analisa com ampla informação científica.

Na segunda parte do livro, o A. faz resenha minuciosa dos diversos sistemas legislativos (restritivos, moderados e permissivos), com estatísticas e referência a pesquisas. Detém-se particularmente no estudo da legislação americana (restritiva, mas amplamente permissiva em alguns Estados, a partir de 1967, de acordo com as recomendações do *Model Penal Code*, do American Law Institute) e inglesa (igualmente liberal após 1967).

A situação de vários outros países é também examinada (Índia, América Latina, particularmente, Colômbia, México e Chile). A experiência dos países escandinavos (Suécia, Dinamarca, Finlândia e Noruega), antes e depois de 1965, é também amplamente estudada, bem como a dos países que adotam legislação francamente permissiva (bloco soviético e Japão).

Constatando as tendências sociais e legais que a questão provoca, o A. estima que, em todo o mundo, se realizam cerca de 30 a 35 milhões de abortos por ano, legal e ilegalmente. Nos países que adotam um sistema moderado de permissão, continua a haver grande número de abortos ilegais, tendo em vista que muitas mulheres não querem submeter-se ao processo público e oficial para obter a permissão que a lei assegura.

A taxa de mortalidade em consequência do aborto é elevada nos países subdesenvolvidos, que adotam rígidos critérios proibitivos, mas é a mais baixa nos países que adotam ampla permissibilidade. Os sistemas restritivos, realmente, constituem nítida discriminação contra os pobres, tornando difícil ou impossível obter com segurança o aborto a baixo preço.

As mulheres casadas praticam muito mais abortos do que as não casadas. Essa é uma experiência universal, embora nos últimos anos esteja em constante crescimento o número das mulheres não casadas que praticam aborto, em comparação com as casadas. Por outro lado, a idade média está em diminuição, embora a faixa etária de 25 a 29 anos continue sendo aquela em que há maior quantidade de abortos.

Não obstante o fato de todas as religiões condenarem o aborto, o que se verifica é que a influência religiosa não é, em parte alguma, fator importante na prática do aborto. Todavia, se exerce com eficácia para impedir reformas legislativas.

A terceira parte do livro de DANIEL CALLAHAN trata de algumas grandes questões, de que dependem os diversos pontos-de-vista. Assim, o argumento da "santidade da vida"; o debate em torno ao início da vida humana, tanto do ponto-de-vista biológico como cultural.

A última parte da obra contém excelente sumário do Direito Canônico e da posição da Igreja Católica Romana na matéria, com precisa análise da insustentável posição radical que adota, bem como o exame da posição oposta (ampla permissão), igualmente radical.

São cinco as possíveis soluções para o problema legal do aborto. A primeira é a das legislações altamente restritivas que proíbem o aborto, salvo em casos extremos. É o caso da lei brasileira.

A segunda é a das leis moderadas, que especificam várias situações em que o aborto é permitido, submetendo, no entanto, a permissão a um processo formal de licença (ex.: União Soviética).

A terceira é a das leis amplamente permissivas que autorizam o aborto praticamente em todas as situações em que pode achar-se a mulher grávida, submetendo, no entanto, a permissão ao prévio pronunciamento de certos órgãos (ex.: Hungria).

Uma quarta possibilidade é de leis ainda mais permissivas que, embora subordinando a realização do aborto a certos critérios, a faz depender em última análise, da vontade da mulher (Japão, vários Estados da América e Inglaterra, após 1967).

Finalmente é possível eliminar toda e qualquer lei penal nessa matéria, deixando a solução do assunto à discricção dos médicos ou outros órgãos profissionais, de acordo com seus princípios éticos, sem qualquer interferência do Estado.

O A. se pronuncia no sentido de que a pior solução é a das leis altamente restritivas, porque elas conduzem a grande número de abortos ilegais, bastante perigosos, sobretudo nos países subdesenvolvidos. Tais leis não podem ser observadas e comprometem, por isso, o respeito devido ao direito, sendo, ademais, discriminatórias. Numa sociedade pluralística, essas leis ofendem a consciência de muitos.

A lei ideal, no entender do A., é a que se aproxima da de alguns países da Europa Oriental. Ela deveria atender às seguintes especificações:

1. Permitir o aborto a pedido, até o ponto em que a intervenção passa a oferecer perigo médico (normalmente, cerca de 12 semanas); após tal período, razões muito sérias deveriam ser exigidas, não dependendo a decisão apenas da vontade da mulher;
2. Oferecer — mas não exigir — antes do aborto, um processo formal de assistência e consulta, por, pelo menos, uma pessoa treinada especialmente, diversa do médico que deve realizar o aborto. Enquanto isso, (a) — deveria fazer-se uma tentativa para determinar se o desejo expresso pela mulher corresponde a seu real desejo; (b) — informação deveria ser dada a ela sobre a natureza da intervenção médica e todas as possíveis consequências clínicas; (c) — deveriam ser oferecidas alternativas para o aborto — se possível — seja na forma de ajuda financeira, conselho psiquiátrico, assistência por pessoa especializada após o parto, assistência psicológica ao casal, se for o caso, assistência na obtenção de facilidades habitacionais, etc. Com isso se ampliariam as opções oferecidas à mulher.
3. A lei deveria assegurar o aborto sem despesas, bem como prover a assistência necessária para o cuidado da criança, se esta fosse a opção escolhida.
4. Deveria assegurar esclarecimento quanto ao uso de anticoncepcionais e um processo de assistência para o mesmo, após o aborto. A finalidade disso seria a de prevenir futuros abortos.
5. A lei incluiria uma "cláusula de consciência" para médicos e enfermeiras, especificando as condições sob as quais, por razões médicas, poderia o médico deixar de praticar o aborto.
6. Exigiria que todos os abortos fossem realizados por médicos especialistas, devendo ser registrados para fins estatísticos.

Parece-nos que a obra de CALLAHAN constitui um trabalho importante e digno da atenção devida pelos especialistas. As suas conclusões se enquadram no que hoje constitui a tendência geral nessa matéria.

O pequeno livro de MARIA LUCILA MILANESI, editado com a colaboração da Universidade de São Paulo, constitui estudo realizado com base em pesquisa feita em fins de 1965, em mulheres não-solteiras, de 15 a 49 anos, residentes no distrito de São Paulo.

O trabalho é parte de pesquisa então feita pelo Departamento de Estatística Aplicada, da Faculdade de Higiene e Saúde Pública da USP, sob os auspícios de *The Population Council*, sob coordenação do Prof. RUBENS MURILLO MARQUES.

A pesquisa foi realizada em relação a 3.000 mulheres. Tomou-se como base as não-solteiras, expressão que incluía qualquer tipo de união presente ou passada, estável no entender de cada mulher. A limitação quanto ao estado civil se impôs dada a suposta dificuldade que uma mulher solteira teria em declarar a existência de alguma gravidez ou aborto provocado.

A pesquisa foi conduzida com rigor e habilidade em todos os seus momentos, 307 mulheres (10,7%) declararam haver provocado ao menos um aborto.

Pelos dados obtidos, a A. pôde chegar às seguintes conclusões: 5,9% das gestações resultaram em aborto provocado; 32% dos abortos foram provocados; 10,7% das mulheres provocaram pelo menos um aborto, e, para estas, o número médio de abortos provocados foi de 1,8 abortos.

O número total de abortos provocados estimado para mulheres com uma ou mais uniões foi igual a 13.370. Para o Brasil, o número total de abortos provocados estimado para mulheres com uma ou mais uniões foi da ordem de 250.000, em 1965.

É curioso observar que em 1/4 dos casos, o aborto foi empregado como meio anticoncepcional e um pouco mais do que cinquenta por cento resultaram de falhas ou mau uso dos meios anticoncepcionais.

A pesquisa também determinou haver alta percentagem de mulheres católicas praticantes entre as que fizeram abortos. Tal fato corrobora o que está amplamente evidenciado no livro de CALLAHAN, ou seja, inconsistência entre o sistema de valores adotado e a atitude diante de uma situação real. Havia, por outro lado, alta percentagem de católicos praticantes que, na época da entrevista, estavam usando algum tipo de anticoncepcional não sancionado pela Igreja.

Trata-se de trabalho sério, honesto, factual, realizado por quem domina a técnica da pesquisa social, e que destacamos com prazer.

H.C.F.

GÜNTHER STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil, I*, Carl Heymanns Verlag, Colônia, Berlim, Bonn e Munique, 1971, 338 págs.

RICARDO C. NUÑEZ, *Manual de Derecho Penal*, Lerner Ediciones, Cordoba-Buenos Aires, 1972, 421 págs.

A literatura jurídica usada para o ensino do direito dificilmente atinge os padrões ideais que essas obras devem apresentar, que são os da exposição da matéria com simplicidade e clareza, realizada de forma completa. Geralmente os livros destinados a estudantes, no que tange ao Direito Penal, são extremamente pobres e superficiais, expondo a matéria de forma anacrônica e incompleta ou errônea. É comum encontrarmos nesses livros demonstrações de erudição fácil,

despropositadas, através da referência a autores e teorias, muitas vezes citados em segunda mão. Daí o êxito de alguns compêndios como o de MEZGER (que o Prof. HERMANN BLEI vem atualizando) ou o de ANTOLISEI.

Aqui estão dois manuais recentes de grande valor, escritos por mestres consagrados. São livros que todo professor de Direito Penal gostaria de ter escrito.

GÜNTHER STRATENWERTH é um dos nomes mais importantes entre os professores que agora atingem a plenitude e logo substituirão os velhos mestres. Integrou ele o grupo de professores que elaboraram o projeto alternativo de CP, cuja Parte Geral foi divulgada na Alemanha em 1966, e que representa uma visão renovadora e moderna do direito punitivo. Nesse grupo se destacam os nomes de STRATENWERTH, ROXIN, MAIHOFFER e, talvez um plano menos elevado, BAUMANN.

Atualmente, STRATENWERTH leciona na Universidade da Basileia, na Suíça, que tradicionalmente tem convidado os melhores professores alemães de Direito Penal, a partir de BINDING.

O compêndio nessa primeira parte publicada, compreende o estudo da natureza do Direito Penal, a partir das sanções penais, de sua função e limites, bem como das fontes e esfera de validade.

A segunda parte, mais extensa, cuida da teoria geral do delito. Adotando o sistema hoje amplamente dominante, que os finalistas introduziram, o crime doloso é estudado como categoria distinta do crime culposos, e a omissão dolosa como espécie distinta da ação dolosa.

A tentativa e a participação são estudadas separadamente em cada uma das seções relativas à ação e à omissão dolosas.

Os crimes culposos não admitem tentativa nem participação ou co-autoria, segundo o entendimento dominante, que o autor acolhe.

A última parte do livro estuda o concurso aparente de normas e o concurso de crimes. Cada parágrafo é precedido de indicação bibliográfica escolhida.

O *Manual* de NUÑEZ, além da introdução relativa à definição de Direito Penal e de seu relacionamento com outras ciências que têm o crime por objeto, apresenta sucinta evolução histórica do direito punitivo em geral e do direito penal argentino em particular.

Segundo o critério comum nos compêndios que se publicam em nossos países, o autor expõe a evolução das escolas de Direito Penal.

A segunda parte se refere à teoria da lei penal, inclusive a interpretação, e, a terceira, ao delito. Estuda, aqui, o autor a estrutura do delito, com as suas características. Esgota, porém, a parte geral, tratando da tentativa, do concurso de crimes e da teoria da pena e da medida de segurança. Uma parte final cuida do direito dos menores e da reparação civil do dano.

Autor de extensa e valiosa obra, em que se destaca o *Derecho Penal Argentino*, NUÑEZ esclarece que seu *Manual* não é apenas uma repetição compendiada de seus anteriores trabalhos sobre a matéria, sendo o resultado de seu pensamento atual.

Constituem esses dois manuais, sem dúvida, contribuição extremamente valiosa à literatura moderna destinada ao ensino do Direito Penal.

H.C.F.

MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Estudos e Pareceres de Direito Penal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973, 194 págs.

O volume reúne conjunto de dez estudos realizados pelo A. em épocas diversas. Destacam-se o seu excelente *Ensaio sobre a pena*, com lúcida análise da problemática atual da pena privativa da liberdade, com sugestões valiosas, e o trabalho sobre a Crise na administração da justiça criminal, em que aparecem observações certas sobre a situação vigente nesse setor da justiça. É lastimável que a reforma de nossa legislação penal esteja sendo realizada com base em modelos anacrônicos, estando longe de atender às exigências de uma codificação moderna. O Prof. MANOEL PEDRO PIMENTEL, com grande precisão, salienta os defeitos do sistema punitivo vigente, unindo sua voz autorizada às numerosas críticas endereçadas ao governo, no que concerne à reforma do Código Penal. Infelizmente, o Congresso pouco fará, no prazo de 90 dias que lhe foi dado, para aprovar o projeto.

Os outros trabalhos publicados neste volume referem-se ao delito e à reparação do dano no anteprojeto do Código Civil brasileiro; à lei do rito sumário (que mereceu o repúdio unânime dos especialistas); à inseminação artificial; ao Direito Penal na incorporação de imóveis (em que o A. estuda as disposições penais da Lei n. 4.591, de 1964); à reincidência específica em crime culposos (que o A. não admite), finalizando por dois trabalhos sobre os crimes contra a economia popular e o júri instituído originalmente para julgá-los, e que constituiu uma das mais deploráveis experiências de nosso Direito Penal.

O Prof. MANOEL PEDRO PIMENTEL tem sido trabalhador incansável, surpreendendo a sua capacidade de produzir, sabido que alia às suas ingentes tarefas de magistrado, as suas obrigações universitárias. Tudo o que escreve é feito com seriedade e merece a atenção dos estudiosos.

H.C.F.

JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ, *Tráfico e uso de entorpecentes*, Forense, Rio de Janeiro, 1973, 214 págs.

A Lei n. 5.726 suscitou o aparecimento de numerosos livros de breves comentários, escritos geralmente sem maior preocupação de profundidade e de análise técnico-jurídica exauriente.

O eminente Des. JOÃO CLAUDINO, jurista de escol, autor de várias outras obras de grande merecimento, traz, com este livro, a sua contribuição ao estudo da nova lei, com a experiência que lhe proporciona o longo exercício da judicatura em matéria criminal.

O A. examina os diversos aspectos da lei, reproduzindo vários acórdãos do TJ da Guanabara, em que foi relator, em que a nova lei foi aplicada. Reclama para os réus menores e os primários, simples experimentadores, tratamento mais benigno, com a aplicação da pena de detenção, com direito a fiança e a suspensão condicional.

No que tange à internação hospitalar do infrator viciado, para tratamento psiquiátrico, entende o A. que, se não for possível a internação em estabelecimento hospitalar adequado, oficial, por não possuí-lo o Estado, ou por absoluta

falta de vagas, nada impedirá que o juiz das execuções autorize o tratamento em estabelecimento particular, "tomadas as devidas cautelas", ou adote providência que o caso exija, dentro do âmbito de sua competência. Entende também que está mantido o recurso de ofício para as sentenças absolutórias, matéria que já suscitou numerosos pronunciamentos em sentido contrário do STF.

Sem maiores pretensões, a obra proporciona informação interessante e útil para a aplicação da lei.

G. de A.

Ciência Penal, J. Bushatsky, ed., São Paulo, 1973, n. 1, 212 págs.

Dirigida por CARLOS FRANCESCHINI e MIGUEL REALE JÚNIOR, a presente publicação, em seu primeiro número, contém matéria que nos permite saudar prazerosamente seu nascimento, e augurar-lhe longa e proveitosa vida.

Este número estampa o trabalho "Pena e Culpa", comunicação do Prof. HELENO C. FRAGOSO ao Colóquio Internacional realizado em Santiago do Chile de 3 a 13 de abril de 1973, sob os auspícios do *Instituto de Ciencias Penales*. Afirmando a "falência completa" do regime de duplo binário, parte HELENO FRAGOSO para uma concepção realística do problema penal, assamindo uma posição até então inédita em seu pensamento (págs. 1-7).

O excelente "Morte Súbita e Morte Suspeita em Medicina Legal", do Prof. ARMANDO CANGER RODRIGUES, propõe uma classificação de hipóteses de suspeição, em casos de violência; e ao desenvolvimento teórico dessas hipóteses se sucede uma análise estatística tendo por referência o município de São Paulo (pág. 36).

De RICARDO A. ANDREUCCI ("Da Incriminação do Adulterio", São Paulo, 1967) temos um estudo sobre o crime complexo (págs. 55-87), e de MIGUEL REALE JÚNIOR ("Dos Estudos de Necessidade", São Paulo, 1971), um criativo "Interpretação do Ato Institucional e Habeas corpus" (págs. 99-106). A propósito dos ainda recentes casos de canibalismo cometidos por sobreviventes de um desastre aéreo, DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS escreve sobre estado de necessidade" (págs. 89-98).

Além de outros artigos do maior interesse, CIÊNCIA PENAL contém jurisprudência comentada (págs. 123-135), informações bibliográficas (pág. 195), notícias e legislação, sendo pois obra indispensável aos profissionais de Direito Penal e ciências auxiliares, e utilíssima para os estudantes.

Longa vida!

Nilo Batista

PERCIVAL DE SOUZA, *Mil Mortes*, Jornalivo Documento, n. 5, 1973.

Realizou o repórter PERCIVAL DE SOUZA magnífico trabalho jornalístico sobre o Esquadrão da Morte, com impressionante documentação de seu surgimento em vários Estados e registro de seus numerosos crimes.

Não se preocupou o autor com análise mais profunda do problema, limitando-se à narração precisa e atraente dos homicídios de criminosos praticados por policiais.

A existência do Esquadrão da Morte ou de Esquadrões da Morte é indiscutível, estando o seu aparecimento ligado à morte de policiais em serviço. Os elementos de prova indicados no trabalho de PERCIVAL DE SOUZA, em relação a diversos casos, mostram com nitidez a ação sanguinária de conhecidos policiais, que só diferem dos bandidos porque estão do outro lado e, supostamente, fazem uso legítimo das armas. A ação criminosa de agentes da polícia, que se realiza com a conivência dos superiores, constitui fato vergonhoso, que demonstra, de forma mais eloquente, o estado de nossa polícia.

O trabalho de PERCIVAL DE SOUZA constitui a melhor documentação já recolhida sobre a matéria. Na parte final o autor dá notícia dos processos que se têm movido com êxito, particularmente em São Paulo, contra membros do Esquadrão. E prefere dar relevo a um promotor do júri, que faz versos em seus arrazoados, ao invés de destacar a figura excepcional do Procurador HÉLIO PEREIRA BICUDO, a quem se deve o mais corajoso e o mais eficiente trabalho na perseguição dos assassinos.

H. C. F.

RICARDO FRANCO GUZMAN, *La Prostitución*, México, 1973, 390 págs.

A obra em epígrafe se divide em três partes fundamentais. Na primeira, o A. — professor de Direito Penal, membro da representação mexicana na Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina — realiza uma breve exposição da evolução histórica da prostituição, a partir do Oriente antigo, detendo-se em Grécia e Roma. A primeira parte se destina ainda à colocação e exame crítico dos sistemas legislativos a respeito de prostituição, que são classificados da seguinte forma: 1. sistema de plena liberdade; 2. sistema proibicionista; 3. sistema regulamentarista clássico; 4. sistema regulamentarista “aprostibular”; 5. sistema permissivista. A segunda parte contém um completíssimo estudo do desenvolvimento da legislação mexicana sobre prostituição, com menção e transcrição de textos legais e recomendações que o problema suscitou. A este estudo se acrescentam considerações gerais sobre as causas — de natureza e gênese diversas, para o A. — do fenômeno social em exame (“*Etiología de la Prostitución*”). Finalmente, são apreciados os delitos que gravitam ou podem gravitar em torno da prostituição, e o quadro geral das medidas e opções que se oferecem ao Estado para remediar o problema. A terceira parte do volume contém uma exposição da situação existente em alguns países, bem como das diversas soluções legislativas propostas.

O trabalho do Prof. RICARDO FRANCO GUZMAN, quer pela felicidade de sua abordagem pessoal, quer pela riqueza de informações e dados transcritos, resulta num livro utilíssimo para todos aqueles que, de qualquer perspectiva, se ocupem do problema da prostituição.

Nilo Batista

PETRUS FAURE, *Un Procès Inique*, Flammarion Editeur, Paris, 1973, 284 págs.

O autor foi um dos membros da Alta Corte de Justiça, instituída em França, em 19.11.1944, para julgar os crimes praticados no período compreendido entre a

derrota militar francesa, e a instalação do governo provisório, após a liberação. A obra se refere ao julgamento do Marechal Pétain, condenado à morte, à indignidade nacional e ao confisco de seus bens. A pena de morte não foi executada, tendo-se em conta a idade avançada do réu, por recomendação do próprio conselho de sentença.

JAQUES ISORNI, que foi um dos três defensores do Marechal Pétain, escreveu o prefácio, afirmando que o livro de PETRUS FAURE constitui ato histórico excepcional, e, quicá, único, sobre o que considera o maior processo na história judiciária da França. Nesse prefácio, o advogado dá conta de seus esforços para a revisão da sentença condenatória, à época em que era presidente da República o General De Gaulle, e mesmo após, no cumprimento de vontade expressa pelo velho marechal, que jamais aceitou a sua condenação.

Narra o A., de forma simples, os antecedentes do processo e a formação da Corte, as audiências e seus principais incidentes, fazendo resumo dos depoimentos das inúmeras testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa. Resume, também, a acusação e a defesa oral, e o julgamento.

A última parte da obra é dedicada a apreciação crítica de todo o processo, que o A. considera iníquo, sendo insubsistentes todas as acusações que pesavam contra o acusado. Em apêndice, ao fim do volume, reproduz-se a sentença condenatória, que é longa, bem redigida e bem motivada.

Este processo famoso é bem uma demonstração eloquente de que não há justiça quando a política domina os pretórios. O julgamento se fez por um tribunal de exceção, especialmente instituído para o processo dos crimes cometidos durante a ocupação, desde o dia 17.7.1940, até à instalação do governo provisório. Não foi ele realizado pela Alta Corte de Justiça, formada pelo Senado, mas, sim, por um tribunal constituído por membros da resistência e parlamentares que não houvessem votado os poderes constituintes, na Assembléia Nacional, reunida em Vichy, em 10.7.1940. Não havia, pois, um tribunal independente, condição primeira e fundamental de justiça. O julgamento feito em tais circunstâncias era um jogo de cartas marcadas, no qual o resultado já estava fixado com antecedência.

O Marechal Pétain foi convocado para o exercício de terrível e espinhosa missão, em momento de grave crise, com a França vencida e à mercê do inimigo. Não foi um traidor da pátria. O resultado do processo correspondeu ao sentimento de animosidade que se criou à época da libertação, correspondendo ao que era, então, claramente, uma necessidade política.

Destaque-se a coragem e a independência dos advogados da defesa, entre os quais o *bâtonnier* PAYEN, seguindo as melhores e mais caras tradições de nossa profissão incomparável.

H. C. F.

ENRIQUE CURY, *Orientación para el Estudio de la Teoría del Delito*, ed. Nueva Universidad, Santiago de Chile, 1973, 310 págs.

A ciência do Direito Penal alcançou no Chile um singular estágio de apuração. Do trabalho de antigos professores, entre os quais NOVOA (que neste mo-

mento deve exercer seu magistério no México), BUNSTER, SCHWEITZER, ETCHEBERRY, entre outros, surgiu uma notável geração, temperada por estudos em nível de aperfeiçoamento e pós-graduação na Alemanha, Espanha e Itália, com acesso a bibliotecas renovadas e enriquecidas por convênios, doações e aquisições nas quais não se mediram gastos — como anotava ASÚA no Prefácio que escreveu para o Derecho Penal Chileno de GRISOLIA-BUSTOS e POLITOFF. FRANCISCO GRISOLIA, SERGIO YANEZ-PEREZ, JUAN BUSTOS RAMIREZ, MANUEL GUZMÁN, SERGIO POLITOFF e ENRIQUE CURY são alguns destes novos professores que marcam a contribuição chilena atual à ciência do Direito Penal de seriedade e prestígio.

ENRIQUE CURY reconhece, no Prefácio à segunda edição de sua *Orientación para el Estudio de la Teoría del Delito*, que a despeito da destinação pedagógica, sua obra não se dirige ao principiante, e menciona a carga de argumentação polêmica (ao lado do caráter sintético da exposição, que a nós pareceu excelente e medida) como o principal fator de tal inadequação.

Não temos dúvida em afirmar que o principiante — e temos os olhos postos no aluno brasileiro de 2.^a série do Curso de Bacharelado — talvez carecesse ainda de uma bússola, uma orientação para a orientação, algo como um índice que lhe permitisse ter, no momento da imersão em determinado problema, o sentido do global, do inter-relacionamento daquela situação particular com o sistema, dos efeitos que as diversas soluções produziram em outras faixas. Isso só pode ser obtido com um trabalho que omita certas opções, que forneça mais ou menos axiomáticamente um sistema, que *depois* será decomposto, debatido e aprofundado. Existirá tal trabalho?

Orientación é um livro magnífico, onde não se sabe o que mais admirar: o prodígio de concisão e propriedade com que o A. aborda as feridas fundamentais da teoria do delito, ou seu espírito fino e sensível, que se manifesta numa forma elegante e exata.

Precisam dele, no Brasil, todos aqueles que desejam conhecer o grande mistério que é, entre nós, a concepção finalista da ação, e os efeitos de tal concepção sobre a estrutura do delito. Precisam dele os profissionais da Justiça Penal, e precisam dele os professores que não se conformem em ser repetidores de verdades reveladas e não discutidas.

O volume encerra, naturalmente, um estudo admirável da Teoria da Ação (págs. 13-39), da Teoria do Tipo (págs. 40-138), da Teoria da Antijuridicidade (págs. 140-175) e da Teoria da Culpabilidade (págs. 176-220), além do exame do *iter criminis* e das formas de realização do fato punível (concurso de crimes e participação). A dogmática dos delitos de omissão se estuda à parte (págs. 289-309), como é recomendável (melhor diria necessário).

Nilo Batista

JURISPRUDÊNCIA

ABREVIATURAS

AC
AJ
ANIBAL BRUNO

Arquivos
C. Crim.
CF
CJ
CP
CPM
CPP
CPPM
DL
DO

DJ
FREDERICO MARQUES

FREDERICO MARQUES, *Tratado*

FRAGOSO, *Lições*

FRAGOSO, *Jur. Crim.*

ESPÍNOLA FILHO

HC
HUNGRIA

LCP
MAGALHÃES NORONHA

- Apelação Criminal
- Arquivo Judiciário
- ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, Forense, Rio de Janeiro, vols. 1 a 4.
- Arquivos do Tribunal de Alçada (GB)
- Câmara Criminal
- Constituição Federal
- Conflito de Jurisdição
- Código Penal
- Código Penal Militar
- Código de Processo Penal
- Código de Processo Penal Militar
- Decreto-lei
- Diário Oficial, Parte III, Poder Judiciário, GB
- Diário de Justiça, Brasília
- JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, Rio, 1961, vols. 1 a 4.
- JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, Saraiva, São Paulo, 1964, vols. 1 a 4.
- HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, José Bushatsky Editor, São Paulo, vols. 1 e 2 (1962); vols. 3 e 4 (1965).
- HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, 2.^a ed., Borsoi, Rio de Janeiro, 1973, 2 vols.
- EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Borsoi, 1954, vols. 1 a 8.
- *Habeas Corpus*.
- NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Forense, Rio de Janeiro, vol. I, tomos 1 e 2 (1958); III (1959); V (1958); VI (1958); VII (1967); VIII (1959); IX (1959).
- Lei das Contravenções Penais
- EDGARD MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, Saraiva, São Paulo, vol. 1 (1969); vol. 2 (1969); vol. 3 (1968); vol. 4 (1968).

MANZINI

RC
RDP
RECr
Rev. Crim.
RF
RHC
RJ

ROCr
RT
RTJ
SOLER

STF
STM
TA
TFR
TFR Jurispr.
TJ

- 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

JURISPRUDÊNCIA

Apelação criminal. Razões fora do prazo.

Desde que o recurso tenha sido interposto dentro do prazo, deve ser conhecido, ainda que as razões tenham sido apresentadas fora do prazo. Nesse sentido decidiu, por unanimidade, a 1.^a C. Crim. do TJ da Guanabara, na AC n. 57.298, relator o eminente Des. PIRES E ALBUQUERQUE. (DO, 20.12.73, pág. 545).

Citação por edital. Falta de afixação do edital. Irrelevância.

Abandonando orientação anterior, o STF, em sessão plenária, relator o eminente Min. BARROS MONTEIRO, decidiu, no HC n. 50.892, que a falta de afixação do edital de citação, na forma do art. 365, parágrafo único, CPP, não constitui nulidade insanável: "Citação do réu por edital. Desnecessidade da afixação deste na porta do Forum, conforme exigência do art. 365, parágrafo único, do CPP, se não ocorreu prejuízo para o réu e não argüiu este, por seu patrono, a nulidade na primeira ocasião em que teve que falar no feito". Ficou vencido o eminente Min. ALIOMAR BALBESIRO. (DJ, 28.9.73, pág. 7.211).

Parece-nos indubitável a correção do julgado. A afixação dos editais à porta do Forum só pode ter alguma significação em pequenas comunidades, e assim mesmo, menos pelo fato da

afixação, do que pela velocidade com que as notícias circulam nas cidades do interior.

Nos grandes centros, ninguém lê os editais que são colados, uns sobre os outros, numa das paredes do Forum. A nulidade, em princípio, resulta do prejuízo, certo ou presumível, que deve ser argüido oportunamente.

A argüição do defeito da citação por edital, porque falta no processo a certidão de que ele foi afixado no local de costume, é recurso heróico de que lançam mão os que ficam a espiolhar nulidades irrelevantes, incompatíveis com um sistema processual moderno e eficaz.

Delito de circulação. Colisão com veículo que trafega à frente.

A colisão de automóvel com veículo que trafega à frente, constitui situação em que a culpa do motorista que segue atrás é quase sempre indiscutível. Seja porque não trafega ele mantendo distância de segurança entre o veículo que dirige e o que segue imediatamente à sua frente (art. 83, III, CNT), seja porque não dirige com atenção (art. 83, I, CNT) ou porque está em excesso de velocidade. É este o *círculo de ferro* da culpabilidade nesses casos, que não exclui a culpa concorrente do motorista que trafega à frente, o qual tem sempre o dever de fazer sinal regulamentar de braço ou acionar dis-

positivo luminoso indicador antes de reduzir a velocidade (art. 83, IX, CNT).

O TA da Guanabara, por sua 2.^a C. Crim., na AC n. 7.599, relator o eminente Juiz FONSECA PASSOS, decidiu condenar o motorista "desatento às condições do tráfego à sua frente", que bate na retaguarda de outro, que vai colidir com o que estava à sua frente. (DO, 24.7.73, pág. 9.612).

Desacato a auditor. Crime comum.

Em hipótese que envolvia ofensa a auditor, praticada no recinto de repartição policial, por fato que não se relacionava com o exercício das funções inerentes ao cargo, o STM, com acerto, afirmou a incompetência da Justiça Militar. A decisão foi tomada no RC n. 4.817, relator o eminente Min. AMARÍLIO LOPES SALGADO.

Contra o autor do crime — comissário de polícia — fora oferecida denúncia, imputando-lhe a prática do crime previsto no art. 341 CPM ("Desacatar autoridade judiciária militar no exercício da função ou em razão dela"). A denúncia havia sido recebida pelo auditor da Auditoria da 11.^a CJM (Brasília). Apresentada e rejeitada pelo Conselho Permanente de Justiça exceção de incompetência, foi a matéria submetida ao STM em grau de recurso.

Por unanimidade, o Tribunal entendeu que a única possibilidade de perpetrar um civil o crime previsto no art. 341 CPM seria a da hipótese prevista no art. 9.^o, III, letra b, CPM. Tal dispositivo considera crime militar também os praticados por civil contra funcionário da Justiça Militar, "no exercício de função inerente ao seu cargo".

Ora, o desacato, na hipótese em julgamento, fora praticado em repartição

policial, local civil, e a ofensa não foi feita ao juiz no exercício de função inerente ao cargo. O fato é também previsto na lei penal comum (o que exclui a aplicação do art. 9.^o, I, CPM).

Dado o caráter e a significação da Justiça Militar, é extremamente importante que ela fixe com rigor os limites de sua competência.

Entorpecente. Não mais subsiste o recurso de ofício.

A Lei de economia popular de 1951 (Lei n. 1.521) estabelece, em seu art. 7.^o, que o juiz recorrerá de ofício sempre que absolver o acusado em processo por crime contra a economia popular ou contra a saúde pública, ou quando determinar o arquivamento dos autos do inquérito.

Com a superveniência da Lei n. 5.726, de 1971, que tratou integralmente dos ilícitos penais relativos ao tráfico e ao uso ilegal de entorpecentes e drogas perigosas, bem como de seu processo e julgamento (de forma, aliás, deplorável), afirma-se ter desaparecido o recurso de ofício em relação a tais delitos, pois esse recurso não foi previsto pela nova lei.

Nesse sentido pronunciou-se o STF no HC n. 50.611, por sua 1.^a Turma, relator o eminente Min. DJACI FALCÃO, por unanimidade. Manifestando-se favoravelmente à concessão da ordem, a Procuradoria-Geral da República opinou: "Parece-nos procedente o argumento segundo o qual a superveniência da Lei n. 5.726/71 eliminou o recurso de ofício no caso dos crimes previstos pelo art. 281 e parágrafos, do Código Penal, sem prejuízo de sua manutenção no que concerne aos demais crimes contra a saúde pública, e ainda, de modo geral, aos crimes contra a economia popular.

"Na realidade, o texto de 1971 esgotou, em seu cap. III, a matéria referente ao procedimento judicial nos crimes do art. 281 — que então se viu uma vez mais modificado, com seus parágrafos.

"É certo que o art. 36 declarou "mantida a Legislação em vigor, no que expressamente não contrariar esta Lei".

"Há de se ver, no entanto, como expressa a incompatibilidade entre a sobrevivência do recurso *ex officio* previsto pela velha Lei de 1951 e a norma com que a Lei n. 5.726/71 dá início ao seu cap. III, "Do Procedimento Judicial": Art. 14 — O processo e julgamento dos crimes previstos no art. 281 e seus parágrafos do Código Penal *reger-se-ão pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Penal*" (grifo da transcrição).

"Não contemplado o recurso de ofício no texto principal e específico, de 1971, nem tampouco encontrando arrimo no texto subsidiário, o Código de Processo, não existe onde mais lhe buscar embasamento legal.

"Coerente com a interpretação já dada ao tema no Tribunal Federal de Recursos, entende esta Procuradoria-Geral que pereceu, com a Lei n. 5.726/71, o apelo *ex officio* das decisões absolutórias, ou determinantes de arquivamento, no processo inerente aos crimes do art. 281 e parágrafos do Código Penal."

Em seu voto, salientou o ilustre relator: "Não há dúvida de que inexistente lei estabelecendo o recurso *ex officio*, para a hipótese de absolvição do réu denunciado pelo delito previsto no art. 281 do Código Penal". A ementa dessa decisão reza: "Decisão condenatória resultante de recurso *ex officio* não contemplado na legislação

específica. Lei n. 5.726, de 1971. *Habeas corpus* concedido, para cassar o acórdão condenatório."

A 2.^a Turma do STF, por igual, concedeu a ordem no HC n. 51.164, por unanimidade, sufragando a mesma tese. Foi relator o eminente Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE: "Recurso *ex officio* no processo pelo crime previsto no art. 281 do CP. Sua abolição pela Lei n. 5.726, de 29.10.71. Precedente do Supremo Tribunal (HC n. 50.611, da 1.^a Turma, julgado em 9.2.73). *Habeas corpus* concedido para trancar o processamento do recurso." (DJ, 24.8.73, pág. 6.084). A mesma Turma novamente decidiu sobre a matéria no HC n. 51.301, relator o ilustre Min. THOMPSON FLORES (DJ, 5.10.73, pág. 7.460) e no HC n. 51.467, relator o eminente Min. BARROS MONTEIRO, sem discrepância.

O TFR, anteriormente a tais decisões, já havia, no mesmo sentido, assentado: "Não se conheceu o recurso de ofício interposto na sentença da absolvição do co-réu, por incabível na espécie, posto que nem a Lei n. 4.451/64 como o Decreto-lei n. 385/68, que deram nova redação ao art. 281 do Código, o autorizam, como dele não cuidou a recente Lei n. 5.726, de 30.10.71, que disciplinou o emprego das medidas preventivas e repressivas do uso e tráfico do tóxico, revogada a legislação anterior (art. 7.^o da Lei n. 1.521/51)" (DJ, 4.9.72, pág. 5.762).

A exatíssima orientação dos tribunais nessa matéria é apoiada pelo excelente estudo que sobre o assunto fez o eminente Min. EVANDRO LINS E SILVA, que divulgamos. (RDP 7/8, p. 955.)

O TJ da Guanabara tem decidido reiteradamente que continua em vigor a norma que impõe o recurso de ofício em processo relativo a substância

entorpecente. Nesse sentido, cf. AC n. 58.912 da 1.^a C. Crim. relator Des. PIRES E ALBUQUERQUE; AC n. 58.814, da 3.^a C. Crim., relator Des. João CLAUDINO e AC n. 58.857, relator Des. Jônatas MILHOMENS (DO, 27.9.73, pág. 432).

Estelionato e furto com emprego de fraude. Distinção. Desclassificação. Reabertura de prazos.

Hipótese interessante foi decidida pela 1.^a C. Crim. do TJ Estado do Rio de Janeiro, na AC n. 20.007, da qual foi relator o eminente Des. JOSÉ PELLINI.

O apelante fora denunciado e processado porque, ao retirar-se de um baile que se realizava em determinado clube, já de madrugada, fizera-se passar — mediante — *mise-en-scène* que consistira em simular a procura, nos bolsos e na carteira, do respectivo *ticket* — por proprietário de um cassaco deixado na chapelaria, obtendo que a responsável lho entregasse, na fúducia de ser ele o real dono, e haver perdido o comprovante. A partir de descrição análoga a esta, a denúncia capitulava o fato como furto qualificado pelo emprego de fraude (art. 155, § 4.º, II, CP). Em alegações finais, o MP consignou que a capitulação jurídica aplicável aos fatos não era a da denúncia, e sim a de estelionato (art. 171, CP); e a condenação sobreveio nesses termos.

A apelação se fundamentava em nulidade do processado, desde que não tivera a defesa oportunidade de manifestar-se sobre a nova definição jurídica do fato, e no mérito pretendia que se reconhecesse ali um furto, e de pequeno valor.

Na verdade, era desnecessária a observância do art. 384, CPP, porquanto não se tratava da hipótese de

“prova existente nos autos de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia”. A descrição dos fatos manteve-se a mesma; nenhuma circunstância que significasse alteração dos temas da prova, ou introdução de novos, fora trazida à baila, como elemento reformador da hipótese acusatória. Pode-se criticar a regra do art. 383, CPP (cf., a respeito, HELENO FRAGOSO, *Jur. Crim.* II, pág. 342), mas é forçoso reconhecer que era aplicável à espécie. Ademais, a eventual surpresa para a defesa era desde logo discutível, tendo em vista que dispunha ainda — como dispôs — das alegações finais para contestar a matéria de direito que emergira, através da nova capitulação jurídica. A Câmara rejeitou a preliminar, a nosso ver com acerto. Hipótese semelhante, decidida pela mesma forma, veja-se em RTJ 64/625.

Quanto ao mérito, tratava-se evidentemente de estelionato, e não de furto falsificado pelo emprego de fraude, pois não houvera *subtração*: o lesado entregava “livremente a coisa ao estelionatário, iludido pela fraude” (cf. FRAGOSO, *Lições*, I, n. 247). A fraude que pode interferir no processo executivo do furto, qualificando-o, é aquela que se destina “a iludir a vigilante oposição do proprietário”, ensejando a subtração; no estelionato, a fraude se dirige a “captar-lhe o consentimento, viciado pelo erro a que é induzido” (HUNGRIA, VII, n. 43). A confirmação da sentença condenatória, por estelionato, parece-nos ter sido a solução precisa (DO, 28.11.73, III, pág. 6). (Nota de Nilo Batista).

Furto. Abuso de confiança.

No julgamento dos Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado na AC n. 5.526, as C. Crim. Reunidas

do TA da Guanabara tiveram ocasião de se pronunciar sobre a qualificativa do abuso de confiança, no crime de furto. Entendeu o Tribunal, por maioria, que “a qualificativa do abuso de confiança só se configura quando o agente desmerece a fé nele depositada pelo lesado”, salientando, assim, com perfeita exatidão, os aspectos subjetivos da qualificativa.

No bem lançado acórdão, o eminente relator (Juiz RAUL DA CUNHA RIBEIRO) invoca a opinião de vários autores, entre os quais MÁRIO HOEPFNER DUTRA (*Furto e Roubo*, n. 57, 190), que doutrina: “A confiança, portanto, decorre de estado particular de fidelidade. É o vínculo que une o agente ao lesado, e de tal forma que toda precaução que, porventura poderia este tomar em relação à coisa, seria paradoxal, porque essa mesma custódia ele delegou àquele que vilmente lhe furtou.” O autor invoca a precisa lição de MORENO, segundo o qual “a *confiança* equivale à segurança que se tem em outra pessoa, a respeito da qual não se tomam precauções porque nela se deposita confiança”. Cf., ainda, MAGALHÃES NORONHA, II, n. 456, § 232; HUNGRIA, VII, n. 14, FRAGOSO, *Lições*, I, ns. 220, 246.

No caso em julgamento, o réu furtara um veículo, cujo dono nem o conhecia. Como se observou no acórdão, “se não havia *confiança* entre eles, impossível ver-se configurada na espécie a qualificativa de que cogita” (DO, 29.10.73, pág. 476).

Homicídio qualificado. Meios e modos de execução.

Meio é o instrumento de que se serve o agente para a prática da ação delitosa; *modo* de execução é a forma de conduta. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Aspectos da Teoria do Tipo*, RDP 2/71.

Os meios que qualificam o homicídio são os que envolvem dissimulação, crueldade ou perigo de maior dano. Entre os primeiros, destaca-se o veneno.

O envenenamento é uma das hipóteses clássicas do crime de homicídio, particularmente temida no passado, tanto pela forma insidiosa com que era e ainda é praticado, como pela dificuldade de prova e punição do agente. Já o direito romano punia mais gravemente o homicídio cometido por veneno, do que o praticado com arma (*Codex*, 9, I, 18: *plus est hominem extinguere veneno, quam occidere gladio*). Nossas Ordenações do Reino previam especificamente a hipótese de envenenamento: “E toda a pessoa, que a outra der peçonha para a matar, ou lha mandar dar, posto que de tomar a peçonha se não siga morte, morra morte natural” (L. V, tit. 35, § 2). Punia, assim, a tentativa como crime consumado, seguindo a tradição romana. O CP francês, de 1810 (art. 301), punia também com a morte o simples atentado à vida por meio de veneno (*par l'effect de substances qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement*), qualquer que fosse o resultado.

O conceito de *veneno* é relativo. Várias substâncias podem ser remédio ou veneno, dependendo da quantidade ou modo utilizados. Entende-se por veneno qualquer substância mineral, vegetal ou animal que, introduzida no organismo, seja capaz de causar perigo de vida, dano à saúde ou morte, através de ação química, bioquímica ou mecânica. Veja-se a definição que apresentava o CP de 1890, art. 296, parágrafo único.

Não há porque restringir o conceito de veneno às substâncias capazes de ser absorvidas pelo organismo. Os venenos podem ser gasosos ou voláteis

bem como substâncias de origem mineral, vegetal ou orgânica. São venenos os gases tóxicos, os ácidos e álcalis cáusticos, mas nesta categoria se incluem também o vidro moído e os germes e suas toxinas.

Só haverá homicídio qualificado pelo envenenamento, caso o veneno seja ministrado à vítima de maneira insidiosa ou sub-reptícia, sem o seu conhecimento. O envenenamento violento não constitui homicídio qualificado, devendo ressaltar-se a possibilidade de que constitua meio cruel.

É exatíssima a observação de MESTIERI, no sentido de que o meio dissimulado não se confunde com as modalidades “à traição” e “de emboscada”. Refere-se a lei, nessa passagem, ao meio executivo capaz de iludir a vítima em sua *vigilância*.

Meio *cruel* é todo aquele que acarreta padecimento desnecessário para a vítima, ou, como se diz na Exposição de Motivos do CP de 1940, o meio que aumenta inutilmente o sofrimento, ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade.

A *tortura* é o meio cruel por excelência, revelando culpabilidade extrema. Consiste na inflicção de suplícios ou tormentos que obrigam a vítima a sofrer inutilmente antes da morte (RF 224/316).

Como ensina ROBERTO LYRA, “não se considera, para contemplar a tortura, o mal do crime, o número de golpes ou ferimentos — o que mais indicaria automatismo — mas o sofrimento moral ou físico acrescentando como requinte de arte celerada”.

A *asfixia* também está prevista pela lei como meio de causar a morte. Em realidade, no entanto, a asfixia não é meio, mas sim forma (cruel) de provocar a morte, que pode ocorrer seja

através do emprego de certos meios, seja através de certos modos de execução. A *asfixia* resulta de obstáculo à passagem do ar através das vias respiratórias ou dos pulmões. A morte é ocasionada pela falta de oxigênio no sangue (anoxemia). A asfixia pode ser *mecânica* (enforcamento, imprensamento, estrangulamento, afogamento) ou *tóxica* (produzida por gases tóxicos).

Entre os meios capazes de provocar *perigo comum* estão o fogo e o explosivo. Tais meios poderiam também caracterizar-se como cruéis.

Perigo comum é aquele que ocorre em relação a indeterminado número de pessoas. O fogo e o explosivo estão indicados exemplificativamente como meios capazes de produzir perigo comum, pois são elementos cuja capacidade destruidora não pode ser controlada pelo agente. O perigo comum pode, no entanto, ser causado por outros meios, como a inundação e o desabamento.

Há vários crimes de perigo comum, definidos no cap. I do tit. VII da parte especial (arts. 278 a 286, CP), crimes esses que podem ser qualificados pelo evento *morte* (art. 287). A morte, em tais casos, todavia, não é querida, nem mesmo eventualmente, pelo criminoso: é apenas condição de maior punibilidade, imputada ao réu a título de culpa. No homicídio qualificado pelo meio de que possa resultar perigo comum, a morte da vítima é precisamente o fim visado pelo agente.

Os *modos* de execução que qualificam o homicídio estão previstos no inciso IV do art. 121, § 2.º, CP: são os que dificultam ou tornam impossível a defesa da vítima (à traição, de emboscada, com surpresa).

A *traição* é caracterizada pela perfídia e pela deslealdade (RF 159/385;

165/334). É o procedimento insidioso, como disfarce da intenção hostil, de tal modo que a vítima, iludida, não tem motivo para desconfiar do ataque, e é colhida de surpresa (RF 106/128; 159/385). Há traição quando o agente realiza ataque súbito e sorrateiro, atingindo a vítima descuidada e confiante (RF 172/468; 209/339).

Há *emboscada* quando o agente aguarda a vítima, oculto, por certo lapso de tempo, no lugar ou nos lugares onde a pode atingir. O art. 298 do CP francês assim a define: “*Le guet-apens consiste à attendre plus ou moins de temps, dans un ou divers lieux, un individu, soit pour lui donner la mort, soit pour exercer sur lui des actes de violence.*” A emboscada pressupõe a premeditação, mas é considerada como modo particularmente mais grave de praticar o delito, em virtude da surpresa que envolve.

A *surpresa* não era expressamente prevista no CP de 1940 como circunstância qualificativa do homicídio, embora a jurisprudência, nem sempre com acerto, a incluísse na fórmula genérica do recurso que dificulta ou impede a defesa da vítima (RT 398/123; RF 202/311; 194/359; 156/427; 187/354 etc.). Outras decisões a incluíam na traição (RF 106/129; 159/385), com evidente equívoco. A surpresa se aproxima da traição, mas o que a caracteriza é que não exige os elementos da deslealdade e confiança. Há surpresa quando o ataque é feito de modo inesperado, colhendo a vítima desatenta e indefesa (RF 106/128; 154/385).

O TJ do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento do RC n. 14.116, relator o eminente Des. NICOLAU MARY JÚNIOR esclareceu, a propósito, com precisão: “Se, na análise das figuras da *traição* e da *surpresa*, como recursos que difi-

cultem ou tornem impossível a defesa do ofendido, abstrairmos o aspecto *subjetivo*, encarando-as, apenas, *objetivamente*, impossível será encontrar a diferenciação entre ambas, uma vez que da filtragem de seus componentes restará, afinal, apenas a circunstância do agente colher a vítima em posição tal de não lhe ser possível esperar o ataque, nem prevenir o mal. Examinando-se, entretanto, o lado subjetivo das ações respectivas, notamos que, enquanto na surpresa as relações entre o sujeito ativo e o passivo não influem para a circunstância da vítima ser colhida inesperadamente, v. g., como na agressão durante o sono ou pelas costas, já na traição o imprevisto advém da utilização, por parte do algoz, da confiança recíproca que o ligava à vítima, de molde a assim, tê-la desprevenida.”

Se o agente mata a vítima adormecida, pode haver traição, se ele viola a confiança e a lealdade que nele depositava a vítima, despreocupada (admitindo-se, por exemplo, que vivessem sob o mesmo teto). Todavia, se o agente, indo ao enalço da vítima, encontra-a adormecida, e a mata, a situação é de *surpresa*.

A traição, a emboscada e a surpresa são recursos insidiosos, que dificultam ou tornam impossível a defesa da vítima. A lei os enuncia de forma exemplificativa, servindo, também, para qualificar o crime, qualquer outro recurso da mesma natureza. *Insidioso* é o recurso dissimulado, sub-reptício. A dissimulação consiste na ocultação do verdadeiro propósito por parte do agente, que, assim, surpreende a vítima, dificultando-lhe a defesa (RT 370/157; 218/120).

A superioridade em força (que o CP de 1890 previa como agravante genérica), não constitui recurso que

difficuldade ou impeça a defesa. Para que se configure a qualificação do homicídio, é necessário que a dificuldade ou a impossibilidade resultem do modo por que o agente atua, e não das condições em que se apresenta o sujeito passivo.

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.

Homicídio. Vítima adormecida. Traição ou emprego de recurso que impossibilita a defesa da vítima?

A situação do homicídio praticado quando a vítima se encontra adormecida, tem dado lugar a controvérsia na doutrina e na jurisprudência de nossos tribunais. Reside a dúvida em saber se a hipótese é de homicídio simples ou de homicídio qualificado pela ocorrência de traição ou pelo emprego de recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

No sentido de que há traição quando alguém é morto durante o sono, pronunciam-se BASILEU GARCIA, *Instituições*, II, n. 476; ANÍBAL BRUNO, *Co-*

mentários, II, n. 111; ROBERTO LYRA, *Comentários*, II, n. 298.

Estamos diante de questão delicada. Inicialmente, temos a investigar se há traição na morte que se dê ao sujeito passivo que dorme.

A despeito de versado pelos práticos, o chamado *homicidium proditorium* foi sistematizado, de modo extraordinariamente claro, por CARRARA. Segundo CARRARA, o homicídio devia ser especialmente agravado pela utilização de certos modos de execução, quando dificultassem a defesa do agredido. Esta insidia manifestava-se numa ocultação, que poderia ser moral ou material, subdividindo-se essa última em ocultação material da pessoa e ocultação material dos instrumentos (cf. *Programma*, § 1.160).

O *homicidium proditorium* reside propriamente na ocultação moral, na qual o agente, simulando amizade ou disfarçando a inimizade, se aproxima da vítima, obtendo, mais cedo ou mais tarde, a oportunidade de, faltando à expectativa de lealdade que sobre ele tem aquela, mercê de sua atitude, desferir um golpe tanto mais certo e firme quanto com menos risco para si próprio.

No homicídio com ocultação material da pessoa do agente, encontramos o *acecho* dos espanhóis, *agguato* dos italianos, *hinterhalt* dos alemães, *guet-apens* dos franceses, que correspondem à nossa emboscada. A ocultação material dos instrumentos ocorre quando são eles disfarçados, de sorte a não ocupar a atenção da vítima, permitindo pois uma aproximação e execução sem riscos para o agente.

Neste sentido é a lição de SOLER, III, n. 29: "*Es proditorio el homicidio cometido mediante la ocultación traicionera de las intenciones y por eso se habla en este caso de un oculta-*

mente al homicidio que sólo es insimientamiento moral, por oposición preciso físicamente, ya porque se se oculta la persona (acecho) o porque se ocultan los medios empleados."

Reconhecendo desde logo, com o insigne mestre, que os conceitos com os quais se tratará tal questão se apresentam "*de manera un tanto confusa*" (op. cit., pág. 30), força é convir que têm razão todos aqueles que exigem, para o reconhecimento da traição, uma prévia simulação de amizade ou dissimulação de inimizade, significando ambas uma *deslealdade* que possui peculiar e inequívoco conteúdo moral.

Por isso, afirma MESTIERI que na hipótese do homicídio cometido à traição "o agente oculta à vítima sua intenção, *capta-a* em um ambiente de confiança, sendo ela levada ao sacrifício, com segurança e sem perigo para o agente" (*Curso de Direito Criminal*, 1970, n. 62), mencionando MAGALHÃES NORONHA (*Dir. Pen.*, I, n. 336) com inteira propriedade, a "quebra de fidelidade ou confiança depositada (pela vítima) no sujeito ativo". BENTO DE FARIA, após colocar ênfase na "deslealdade", endossando passagem de RODRIGUES TEIXEIRA que se referia a "quebra da fidelidade", transcreve informação de CUELLO CALÓN acerca de decisão do Tribunal Supremo da Espanha que teria afirmado existir traição, entre outras situações, quando a vítima estava dormindo (*Código Penal Brasileiro Comentado*, Rio, 1961, III, n. 32). Parece-nos inadequada a transposição, de vez que a disciplina da *alevosia* no direito espanhol admitia, e expressamente já no Código de 1882, essa hipótese. O art. 707 do Código Penal espanhol de 1882 afirmava: "*El homicidio alevoso es el que se comete a traición y sobre seguro, ya sorprendiendo descuidada,*

dormida, indefensa o desapercebida a la persona, ya" (...).

Inexplicavelmente, HUNGRIA fornece do homicídio cometido à traição uma descrição que se ajusta bem mais a um cometido com surpresa para a vítima, "descuidada ou confiante (?), antes de perceber o gesto criminoso. A forma típica do acometimento à traição é a que colhe a vítima, de chofre, pelas costas" (*Comentários*, V, n. 168). Essa lição foi muito seguida, entre nós (cf. OLAVO OLIVEIRA, *O Delito de Matar*, 1962, n. 56; PEDRO VERGARA, *Das Circunstâncias Agravantes*, 1948, n. 153). FRAGOSO é, a respeito pouco explícito, afirmando que o *homicidium proditorium* "é o praticado em circunstâncias em que a vítima de nada suspeita" (*Lições*, 1962, n. 49).

Se não dotarmos a traição do caráter principal e exclusivo que possui, de violação de confiança ou lealdade esperada, teremos que concluir, como faz EDUARDO CORREA, que "a traição é o gênero de que são espécies a emboscada e a surpresa" (*Direito Criminal*, 1968, II, n. 361). E essa interpretação nem historicamente é a melhor (face à tradicional oposição entre a ocultação moral e a ocultação material), nem exegeticamente é possível, frente ao texto do Código Penal brasileiro.

Na jurisprudência reina certa confusão quando se trata de discernir as situações. A traição é muitas vezes definida e afirmada a partir da simples surpresa (RT 398/118). A definição de HUNGRIA, eventualmente transcrita pelas decisões (*Jur. Min.*, V — 5.6.1972), é um pouco responsável, a nosso ver, por essa confusão. Por vezes, um caso claro de traição é dado como surpresa: "o que caracteriza a surpresa é não ter a pessoa agredida razões, próximas ou remotas,

para esperar o procedimento do agressor ou suspeitá-lo" (RF 187/354); outras vezes, um caso claro de surpresa é dado como traição: "traição é o ataque súbito e sorrateiro, atingindo a vítima descuidada ou confiante, antes que perceba o gesto criminoso" (RF 172/468).

Inúmeras decisões, todavia, naquela que nos parece ser a correta orientação, exigem o requisito da deslealdade (RF 159/385; 165/334), recordando-se uma ou outra da "mostrança de amizade" das Ordenações (RF 76/394).

Entre essas decisões se inscreve, pela extraordinária clareza com que versou o assunto, aquela proferida pelo TJRJ, no julgamento do RC n. 14.116, do qual foi relator o ilustre Des. NICOLAU MARY JÚNIOR. Reza o acórdão: "Com efeito, se na análise das figuras da *traição* e da *surpresa*, como recursos que dificultem ou tornem impossível a defesa do ofendido, abstrairmos o aspecto *subjetivo*, encarrando-as, apenas, *objetivamente*, impossível será encontrar a diferenciação entre ambas, uma vez que da filtragem dos seus componentes restará, alfin, apenas a circunstância do agente colher a vítima em posição tal de não lhe ser possível esperar o ataque, nem prevenir o mal. Examinando-se, entretanto, o lado subjetivo das ações respectivas, notamos que, enquanto na surpresa as relações entre o sujeito ativo e o passivo não influem para a circunstância da vítima ser colhida inesperadamente, *v. g.*, como na agressão durante o sono ou pelas costas, já na traição o imprevisto advém da utilização, por parte do algoz, da confiança recíproca que o ligava à vítima, de molde a assim, tê-la desprevenida (...)"

E em abono de seu ponto-de-vista — que contrariava conscientemente recomendação em sentido adverso da 1.ª Conferência dos Desembargadores — a exatíssima decisão invoca os julgados que se vêem em RF 91/513; 91/514; 92/237; 94/133; 111/137; 117/244, e RT 159/559; 194/134; 295/89; 307/116; 299/92 e 299/94.

Antiga decisão, cujo raciocínio está a merecer desenvolvimento, afirmou que "não é possível considerar-se traído, na técnica jurídico-penal, o louco, o sonâmbulo, o imbecil, o indivíduo em coma alcoólica, o adormecido (...)" (RF 81/683). Embora a razão, para o acórdão, consistisse na falta absoluta e anterior de qualquer possibilidade de defesa, no caso do louco — incapaz de estabelecer relacionamentos pessoais à base de confiança e lealdade — cremos que independe das conjunturas factuais do delito tal impossibilidade para ser traído, em acepção técnica.

Quanto à pessoa que dorme, é possível haver traição. O TJPR decidiu haver traição em hipótese na qual a acusada matara o marido quando o mesmo se achava repousando (RT 363/491). A nosso ver, é correta a decisão, não porque ele dormisse: mas porque violava a mulher as expectativas de lealdade e assistência próprias da sociedade conjugal.

Se não há traição, resta saber se há outro recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Neste ponto, a discussão se cinge a saber se é necessário um *atuar positivo* do agente para criar aquela situação, ou não, bastando que o agente se aproveite de certa situação. A discussão se cinge a este aspecto, porque é claro que, se a vítima dorme, é inteiramente impossível sua defesa.

MESTIERI afirma que não é "necessário seja o estado de indefensão determinado pelo agente; o que realmente importa é que a vítima seja surpreendida em estado de não poder opor a resistência que normalmente poderia, e que dessa circunstância se aproveite o agente" (*op. cit.*, pág. 62). Essa opinião é a que melhor se justapõe à construção do homicídio aleivoso, mas só podemos concordar com ela *de lege ferenda*.

Nos termos da lei, trata-se de saber se o homicídio foi cometido *mediante recurso* que tornou impossível a defesa do ofendido (art. 121, § 2.º, IV, CP). No futuro Código Penal, será *recurso insidioso* (art. 121, § 2.º, IV, CP de 1969), o que já vem em abono de nosso pensamento.

Esse recurso é um *modo de execução*, e quando isso não fosse claro como o sol, di-lo-ia a Exposição de Motivos: "São também qualificativas do homicídio as agravantes que traduzem um *modo insidioso da atividade executiva do crime*" (n. 38). A jurisprudência constantemente fala de "*utilização de recurso*" (RF 205/341), evidenciando que esse modo de execução de especial perversidade tem que consistir no emprego atuante de algum recurso, que guarde similitude com aqueles já enunciados no dispositivo legal.

Referindo-se à "superioridade em força", resquício da antiga legislação penal, HUNGRIA afirma que não constitui ela a qualificativa em questão, porque "não é, propriamente, um *recurso*" (*op. cit.*, pág. 170, *nota*), concluindo que "nada tem a ver com o inciso em questão".

BENTO DE FARIA anota que, segundo ROBERTO LYRA, "a dificuldade para a defesa há de originar-se do recurso empregado pelo agente, e não da im-

previdência ou outra incúria injustificável da vítima" (*op. cit.*, pág. 34).

Com grande clareza, MAGALHÃES NORONHA: "a dificuldade ou impossibilidade há que resultar do *modo* por que o agente atua, e não de condições do sujeito passivo" (*op. cit.*, pág. 31).

No CP colombiano, por iniciativa do Prof. CÁRDENAS, inseriu-se como qualificativa a cláusula "*abusando (o agente) de las condiciones de inferioridad personal del ofendido*". Essa iniciativa sofreu acerba crítica do Prof. BERNAL PINZÓN (*El Homicidio*, Bogotá, 1971, n. 199), em parte procedente, porquanto a fórmula ampla do Código (que se refere a homicídio com "*insidia, asechanja y alevosia*") permitia que ali se enquadrasse tal situação. O mesmo não ocorre entre nós.

Na recente Exposição de Motivos que encaminha as inúmeras alterações propostas pelo Ministro da Justiça ao CP, acrescenta-se uma agravante ao rol das que constam do art. 56, inciso II, no caso "*de o crime ser cometido contra pessoa com a capacidade de defesa reduzida*" (n. 9). Parece claro que não se julgou tal hipótese (onde não há uma prévia atividade do agente) subsumida na alínea *d*, que é a fonte literal da qualificação do homicídio aleivoso.

No direito alemão, com freqüência os tribunais exigem um "*planejamento*" do ataque aleivoso para reconhecê-lo como tal, segundo informa BAUMANN (*Casos Penales*, trad. Finzi, Buenos Aires, 1971, n. 34).

Temos um último argumento, de caráter histórico. O Código de 1830 possuía uma agravante consistente em "haver no delinqüente superioridade em sexo, forças ou armas, de maneira que o ofendido não pudesse defender-se com probabilidade de repelir a

ofensa" (art. 16, § 6.º), que se transmitiu ao CP de 1890 com os mesmos elementos (art. 39, § 5.º).

A jurisprudência sempre entendeu que inexistia tal agravante (que, em ambos os códigos, qualificava o homicídio) quando as armas não eram *propositadamente procuradas* para criar a situação de superioridade. Assim no regime do Código de 1830 (Relação da Corte, ac. n. 8.000, de 20.2.1874, in *Código Criminal do Império do Brasil*, comentado e anotado pelo Cons. PAULA PESSOA, Rio, 1885, n. 72), e assim no regime do CP de 1890 (RT 121/553). Somente, pois, quando a superioridade em armas decorresse de uma *atividade* do criminoso é que se reconhecia a agravante.

O CP de 1940 não recolheu a agravante de ser o crime cometido contra criança, velho ou enfermo (alínea i, inciso II, art. 44) para constituir um tipo qualificado de homicídio. Será lícito afirmar, em tais situações, em tudo análogas à da vítima que dorme, existência de *recurso* que impossibilitou a defesa?

O TJRS já decidiu que "a embriaguez da ofendida não qualifica o modo de execução do crime. É circunstância a ser considerada na fixação da pena, no caso de vir o recorrido a ser condenado, mas não constitui a agravante especial mencionada. Nos casos exemplificativos enumerados no inciso invocado, há uma atividade do agente criando a dificuldade ou impossibilitando a defesa do ofendido. O acusado não criou a circunstância (embriaguez) que levou o recorrente (MP) a impugnar a sentença de pronúncia. Foi a ofendida que se embriagou e o tiro foi desfechado quando ela se encontrava inconsciente ou quase" (apud DARCY ARRUDA MIRANDA, *Repertório*, São Paulo, 1962, n. 288).

No mesmo sentido ora propugnado: "Não se pode dizer que o réu teria usado de recurso que dificultou a defesa da vítima pelo só fato de estar ela grávida, porque a gravidez é um estado e não um recurso procurado pelo agente" (RF 220/354).

Na vigência do inciso IV do § 2.º do art. 121 CP, entendemos que o *recurso* empregado pelo agente, para dificultar ou impossibilitar a defesa da vítima, como modo de atividade executiva que é, não pode ser equiparado a um estado ou condição em que se encontre a vítima. Não é que não tenhamos aleivosia; é que reputamos inadmissível a tanto estender o texto legal.

Mesmo na Espanha, onde a tradição legal e doutrinária esclarece que o "aproveitamento" de situação de indefensão constitui aleivosia — e não é isso que colocamos em discussão, mas sim se diante do texto brasileiro se pode usar o mesmo conceito — a jurisprudência exigiu, filiando-se ao chamado *critério subjetivo*, que "seja produto da vontade consciente do acusado a eleição dos meios que tendam a assegurar o êxito da ação, evitando todo o risco pessoal para o agressor proveniente da possível defesa do agredido". Após algumas decisões divergentes, objetivistas, veio a prevalecer a orientação que norteia o julgado de 29.11.1945, segundo o qual "la inferioridad física o natural por sí sola no implica necesariamente y en absoluto, aunque por regla general permita presumirla, la concurrencia de dicha causa agravatoria o cualificativa, como sucede de ordinario en las agresiones a niños de corta edad e incapacitados para preverlas y rechazarlas" (cf. CEZAR CAMARGO HERNÁNDEZ, *La Alevisia*, Barcelona, 1953, n. 39).

É a visualização da aleivosia em correta chave subjetiva que permite a ASÚA escrever: "*Por eso, aunque se nos presente de modo objetivo (a alevisia), no podría agravar la pena o calificar el delito de homicidio si no ha sido provocada de propósito por el agente o aprovechada intencionalmente por él*" (in *El Criminalista*, 2.ª série, I, Buenos Aires, 1970, n. 204).

Tratava-se de resolver a hipótese de alguém que disparara contra um réu algemado, que fugia pelo telhado, e LUIZ JIMENEZ DE ASÚA foi de parecer que inexistia, no caso, aleivosia.

Se estamos falando de qualificativa, estamos tratando com substância de tipo. "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). Aqui, ficamos com ANÍBAL BRUNO, segundo quem a proscrição da analogia, de forma absoluta, "refere-se ao Direito Penal em sentido estrito, o que *define fatos puníveis* e comina sanções" (*Direito Penal*, Rio, 1959, I, 1.º, n. 209). Pensar de modo diverso ao que ora colocamos seria acionar analogia para integrar texto de lei penal que define fato punível. (Nota de Nilo Batista).

Júri. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Como se sabe, e como declara a lei, com todas as letras, só cabe apelação da decisão que *manifestamente*, ou seja, de forma evidente, escandalosa, gritante, contrarie a prova dos autos. Desde que a decisão do Tribunal Popular se ampare em alguns elementos de prova; desde que a decisão do Júri se fundamente numa das vá-

rias versões que razoavelmente se poderiam formar a partir do conteúdo do processo, não há como cassar a decisão.

Não pode o Tribunal togado impor a sua conclusão a respeito dos fatos, limitando-se a cassar as decisões que deles sejam delitantes. Do contrário, a dita soberania do Júri seria outra inútil ficção.

Há orientação jurisprudencial tranqüila nesse sentido. "Optando, dentro do seu livre convencimento, pela versão que lhe parecera mais razoável, o Júri não se afastava do conjunto probatório. Pode a orientação ser criticável, pode até achar-se em conflito com outra prova, mas desde que se trate de decisão do Júri, só na hipótese de um pronunciamento arbitrário, dissociado integralmente do apurado, insustentável, caberá a reforma desejada no recurso" reza um dos inúmeros acórdãos a respeito (RT 398/102, TJSP, Rel. Des. DANTAS DE FREITAS).

Há julgados que restringem a um mínimo o suporte probatório suficiente para manter a decisão do Júri: "Ainda mais, quando, de acordo com ensinamento dos mestres, dentro da flexibilidade atribuída aos jurados na apreciação dos fatos, basta um *contingente mínimo de prova* para que se preserve a integridade do pronunciamento do Tribunal popular" (RT 380/59).

Vejam-se ainda, por significativas, as seguintes decisões: "Tão-somente quando o veredicto do Tribunal do Júri *for arbitrário, dissociando-se completamente da prova*, é que poderá a segunda instância rever a sua decisão e determinar a realização do novo julgamento" (RT 389/209, TJSP, Rel. Des. THOMAZ CARVALHAL).

"Havendo duas versões no processo e encontrando qualquer delas apoio nos elementos da prova, adotando aquela mais favorável ao réu, não decide o Júri contra a evidência dos autos" (RT 319/102, TJSP).

Essa é também a lição da doutrina. FREDERICO MARQUES, IV, n. 245, se refere ao "*radical antagonismo*", que deve haver entre a prova e a decisão, para que seja esta cassada: "Necessário, no caso do art. 593, n. III, letra d, para que o Tribunal *ad quem*, acolhendo o recurso, lhe dê provimento, é que o veredicto esteja em radical antagonismo com aquilo que de modo indiscutível promove, em relação à *quaestio facti*, da prova dos autos. O Tribunal de Justiça "não julga da inocência ou culpabilidade do réu; julga apenas se o Júri se ateve ou não à prova dos fatos" (RF 157/435).

ESPÍNOLA FILHO, VI, n. 147, com segurança adverte: "Com reservas, os tribunais usaram do poder de modificar a decisão do Tribunal popular, sendo freqüente ver-se repudiada toda a pretensão de reforma do veredicto, quando a prova dos autos lhe dá qualquer amparo." Essa posição dos Tribunais se explica tanto pela clareza do texto legal, quanto pela observância do princípio da soberania da decisão do Júri. Excelente fundamentação foi posta pelo TJ de Minas Gerais, em acórdão unânime, que ensina: "Autoriza a lei seja cassado o veredicto do Júri, quando manifestamente contrário à prova dos autos. O advérbio de modo enxertado no texto legal, não pode menos de ser entendido em sua autêntica acepção, sob pena de se restringir indebitamente a faculdade de o Júri julgar os crimes que lhe são afetos, o que, em certa maneira, implicaria na su-

pressão do direito que lhe assiste de pensar com a própria cabeça, se não o cerceamento de sua liberdade de, entre duas versões existentes nos autos, optar pela que melhor consulte sua convicção. Desde, pois, que no processo constem elementos que não atentem manifestamente contra o veredicto, não há porque cassar a decisão do Júri" (RF 213/400).

"Encontrando a decisão do Júri apoio na prova, não pode ser considerada manifestamente contrária a essa, e por isso sua confirmação se impõe face à soberania do Tribunal Popular" (TJ Estado do Paraná, Rel. Des. HELIANTHO CAMARGO, RT 403/335).

São inumeráveis as decisões que, diante de "duas versões dos acontecimentos", respeitam a "opção por uma delas" (RT 329/163) que faça o Tribunal Popular.

A 1.^a C. Crim. do TJ da Guanabara, na AC n. 59.089, relator o ilustre Des. PEREIRA PINTO, decidiu: "Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na prova que autoriza a cassação do veredicto; unicamente a decisão dos jurados que nenhum arrimo encontra na prova é que pode ser invalidada. Desde que uma interpretação razoável dos dados instrutórios justifique o veredicto, deve ser mantida, pois, nesse caso, a decisão deixa de ser manifestamente contrária à prova dos autos" (DO, 27.9.73, pág. 430).

Justificação judicial. É de apelação o recurso contra decisão que a indefere.

O CPP é omissivo quanto ao processo da justificação judicial, requerida para a pré-constituição de prova testemunhal destinada a valer em revisão criminal. A justificação é requere-

rida ao juiz criminal competente com fundamento no art. 735, CPC, aplicado analogicamente.

Se o juiz não admitir a justificação e lhe negar seguimento, o recurso cabível é o de *apelação*, com fundamento no art. 593, II, CPP. Nesse sentido decidiu, com acerto, a 1.^a C. Crim. do TA da Guanabara, no RC n. 357, por unanimidade: "Da decisão que indefere justificação judicial avulsa, na esfera criminal, não cabe recurso em sentido estrito, mas, sim, apelação (art. 593, II, CPP). Justificação judicial avulsa é medida preparatória de que se vale alguém para deduzir futura pretensão em juízo. A colheita de prova oral para instruir revisão criminal somente poderá ser feita através de justificação judicial avulsa, processada perante juiz criminal competente segundo a lei de organização judiciária" (DO, 26.11.73, 509).

Perigo para a vida ou a saúde de outrem. Exige perigo concreto.

O crime previsto no art. 132, CP exige sempre a superveniência de perigo concreto para determinada pessoa. Trata-se de crime de perigo individual não podendo configurar-se sem que se aponte vítima certa e determinada, ou seja, a pessoa que correu o risco de dano à vida ou à saúde com a ação dolosa do agente.

Dando a esse dispositivo de lei exata aplicação, o TA da Guanabara, por sua 2.^a C. Crim., relator o eminente Juiz ALBERTO GARCIA, decidiu: "A entidade criminal prevista no art. 132, CP não é informada do *animus necandi* ou do *animus laedendi*, mas, apenas, da consciência e vontade de expor a vítima a grave perigo. O perigo concreto que constitui o seu

elemento objetivo é limitado a determinada pessoa, não se confundindo, portanto, o crime de perigo para a vida ou saúde de outrem com os de perigo comum ou contra a incolumidade pública" (DO, 19.7.73, pág. 9.341).

Prisão civil. Alienação fiduciária.

Após certa hesitação (RT 450/347), firmou-se corretamente a jurisprudência dos tribunais no sentido da legitimidade da prisão civil do devedor, em caso de alienação fiduciária, quando haja desvio ou subtração do bem.

As C. Crim. Conjuntas do TJ de São Paulo, no HC n. 119.492, por maioria, orientou-se, com grande segurança, no bom sentido. O acórdão, teve como relator o eminente Des. HUMBERTO DA NOVA, e salienta: "Não se discute que o contrato de alienação fiduciária tem característicos próprios. Não se confunde com o depósito. Para sua garantia, em caso de não pagamento, pode o credor socorrer-se dos seguintes meios: a) venda extrajudicial da coisa; b) busca e apreensão; c) ação de depósito; d) ação executiva. O legislador prevê a ação de depósito apenas em dois casos: 1.^o — quando não é encontrado o bem; 2.^o — quando não se acha a coisa na posse do devedor. No caso, as duas hipóteses se objetivam. De outra parte, a prisão não representou qualquer arbitrariedade. O art. 66 da Lei n. 4.728, de 1965, com a redação adotada pelo Decreto-lei n. 911, de 1969, estabelece que a alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou de-

vedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

"A lei prevê outras hipóteses de equiparação a depositário remisso, *verbi gratia*, o leiloeiro que não presta contas e não exhibe o saldo em seu poder; os empresários, gerentes, superintendentes e administradores das companhias de armazéns gerais pela falta de entrega das mercadorias depositadas; o dador em garantia no penhor rural (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, 4.ª ed., vol. 5.º, 2.ª parte, pág. 253). E isso, de modo algum, fere a Constituição. Em considerações a propósito da garantia constitucional de que não haverá prisão por dívida, multa ou custas, ressalvado o caso do depositário infiel, o mestre PONTES DE MIRANDA, depois de explicitar que o texto emprega a expressão "depositário infiel" em sentido genérico, adita que não ofende a Lei Magna "a regra jurídica sobre prisão civil por se recusar o depositário, extrajudicial ou judicial, a devolver o que recebeu, ou aquilo que lhe foi, por sucessão, às suas mãos; como também não a infringe a regra jurídica, que a crie ou mantenha, para aqueles casos em que o possuidor ou tenedor de coisa alheia responde como o depositário" (*Comentários à Constituição de 1967*, V, pág. 252). Pondere-se, por fim, que o Pretório Excelso, em decisão recente, entendeu que a decretação da prisão civil do devedor alienante fiduciário, não ofende a Constituição (RTJ 64/288).

"Iniciada a ação de depósito", escreve ORLANDO GOMES, "se o devedor entrega a coisa, o juiz, pagas as custas, dá por extinta a obrigação que o fiduciante assumira, por determinação

legal, como depositário, mas, se não a entregar ou não exhibir o equivalente, decretará, a requerimento do autor, a prisão civil do réu, pelo prazo máximo de um ano" (*Alienação Fiduciária em Garantia*, pág. 123). JOSÉ ALFREDO FERREIRA DE ANDRADE, aplaude essa orientação, destacando que a medida veio salvar as empresas de financiamento do mal súbito que as abatia (*Da Alienação Fiduciária em Garantia*, pág. 51). Aliás, PONTES DE MIRANDA ressalta que a prisão civil não é pena, mas meio coercitivo, sendo usual a sua cominação na ação de depósito (*Comentários*, 1.ª ed., vol. III, t. I, pág. 298). Observe-se que a Egrégia Seção Criminal, julgando hipótese praticamente idêntica, sem discrepância de votos, deu pela legalidade da prisão" (*habeas corpus* n. 116.774).

A 2.ª Turma do STF, no RE n. 75.221, relator o eminente Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, decidiu: "Alienação Fiduciária. Não ofende a Constituição (art. 153, § 17) a decretação da prisão civil do devedor, alienante fiduciário, porque a própria lei o constitui depositário (art. 66, da Lei n. 4.728, de 1965, com a redação do Decreto-lei n. 911, de 1969)" (RTJ 64/283). Confirmou o Pretório Excelso decisão do TJ da Guanabara (no Agravo de Instr. n. 23.751).

Ao propósito, anota, com precisão PAULO RESTIFFE NETO (*Constitucionalidade da prisão do fiduciante infiel*, RTJ Informa, 30.9.73, n. 90/27): "O contrato de alienação fiduciária contém o depósito legal, ou necessário, que decorre da própria natureza do instituto da garantia fiduciária. Neste, o financiado aliena para garantir, continuando com a posse direta do bem alienado, com as responsabilidades de depositário, até operar-se a

reversão automática do domínio pelo pagamento da dívida. Independe a configuração do depósito da vontade das partes, como sucede no depósito judicial conseqüente à penhora. Sempre que se realize uma alienação fiduciária em garantia, por força de disposição legal, torna-se o alienante depositário necessário, *ex vi legis*, com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal. Há uma feliz afinidade entre a fidejussão e a fidelidade. Sempre que esta seja quebrada, atua o rigor da lei em defesa daquela. Só indiretamente, como causa subjacente, é que a prisão relaciona-se com uma dívida. Diretamente, decorre a prisão civil da infidelidade depositária, pela ocultação ou disposição fraudulenta do bem alheio de que tinha a posse direta o devedor alienante, mas que vem a perdê-la para o proprietário em face da mora rescisória do contrato."

Prova. A do inquérito policial não basta para condenar.

Novamente voltou o STM a decidir, nos embargos à AC n. 38.561, relator o eminente Min. JACY GUIMARÃES PINHEIRO, que a prova do inquérito policial, por si só, é insuficiente para a condenação.

A ementa do acórdão unânime reza: "Prova. Se frágil, inconsistente e insatisfatória, não é de molde a convencer o juiz, levando-o à condenação. Só a prova colhida no inquérito, sem um denominador comum de apoio na instrução criminal, não gera convicção. Quando muito, instruirá a peça de abertura do processo." O acórdão afirma, de forma expressiva: "A prova, para uma condenação, principalmente quando se trata de penas

extremadas, há de ser como o véu d'água, que se escoia ao longo de um paredão granítico: cristalina, pura, constante... Ela deve ser uma, indivisível, convincente, por si mesma, para, ungida pelos óleos sagrados, ficar a salvo de quaisquer influências que não sejam a da verdade verdadeira."

Essa orientação do E. Tribunal é rigorosamente fundada na lei. Cf. arts. 9.º e 297 CPPM. Veja-se RDP 6/140.

A 2.ª Turma do STF, no HC n. 50.722, relator o eminente Min. BILAC PINTO, por unanimidade, assentou: "Sentença condenatória. Inquérito policial. Contraditório. A decisão condenatória, apoiada, exclusivamente, no inquérito policial, contraria o princípio constitucional do contraditório" (DJ, 5.10.73, 7.459). Cf. também, sobre a matéria, FRAGOSO, *Jur. Crim.*, ns. 390 e 436.

Queixa. Mulher casada. Autorização do marido.

O art. 35, CPP estabelece que "a mulher casada não poderá exercer o direito de queixa sem o consentimento do marido, salvo quando estiver dele separada, ou quando a queixa for contra ele". Esse dispositivo anacrônico, eliminado, em boa hora, nos projetos de CPP dos Profs. HÉLIO TORNAGHI e JOSÉ FREDERICO MARQUES, permanece em vigor, não tendo sido afetado pelo estatuto da mulher casada.

Nesse sentido decidiu, por unanimidade, a 2.ª C. Crim. do TA da Guanabara, no HC n. 3.124, relator o eminente Juiz OCTÁVIO PINTO: "A mulher casada, para propor queixa crime, precisa de autorização do marido. Inteligência do art. 35, CPP. O esta-

tuto da mulher casada não revogou aquele artigo de lei. Conveniência ainda desse consentimento na esfera penal" (DO, 30.7.73, pág. 9.857).

Sonegação fiscal. Indispensável a decisão definitiva no processo administrativo.

Reiterando a sua bem orientada jurisprudência, decidiu a 2.^a Turma do TFR, no HC n. 2.883, que "não cabe a ação penal por delito previsto na Lei n. 4.729/65, antes da decisão final do processo administrativo, sem a qual não se caracteriza o ilícito

penal, que poderá ser afastado pelo pagamento do débito fiscal antes do oferecimento da denúncia". A ordem foi concedida para sobrestar o andamento do processo até a decisão do recurso administrativo. Tal solução (contra a qual votou o eminente Min. JARBAS NOBRE) não nos parece, *data venia*, aceitável. Se a ação penal não pode ser intentada ela constitui constrangimento ilegal e não pode subsistir. Ficou vencido o ilustre relator, Min. DÉCIO MIRANDA, que denegava a ordem (DJ, 8.10.73, n. 7.520). Cf., a propósito, FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n. 444.

LEIS E PROJETOS

LEI N. 5.941 — DE 22 DE NOVEMBRO DE 1973

Altera os artigos 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 artigos 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, pronunciará-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 artigo 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 DOU de 23.11.73.)

LEI N. 5.970 — DE 11 DE DEZEMBRO DE 1973

Exclui da aplicação do disposto nos arts. 6.º, n. I, 64 e 169, do Código de Processo Penal, os casos de acidentes 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 DOU 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 DOU de 13.12.73).

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 art. 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 de entorpecentes e de drogas afins;

d) crimes nas condições previstas no artigo 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 à 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 à investigação de qualquer outra natureza, quando determinada pelo Ministro da Justiça;

X — integrar os Sistemas Nacional de Informações e de Planejamento e 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, órgão 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.

(Publicado no DOU de 31.12.73.)

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS MINISTERIAL AO PROJETO DE EMENDAS AO CÓDIGO PENAL

Tenho a honra de submeter à alta consideração de Vossa Excelência projeto de lei que modifica diversos artigos do Código Penal, baixado pelo Decreto-lei n. 1.004, de 21.10.1969.

1. Examinando o texto à luz da evolução social por que passa o País e a necessidade de atualizar algumas de suas instituições, cheguei à conclusão

de que vários de seus preceitos deveriam sofrer alteração. Para esse fim foi elaborado o anexo projeto de lei que, sem modificar a vigorosa estrutura do Código Penal, lhe corrige as imperfeições. Mantendo as inovações do estatuto promulgado, procura adequá-lo às peculiaridades nacionais e às contingências de nossa época, objetivando contribuir para que o Código Penal Brasileiro constitua eficaz instrumento na luta contra a criminalidade.

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

É necessário acentuar, no entanto, que os estudos aprofundados do Código e o desejo de aprimorá-lo aconselharam a introdução de normas redefinidoras de alguns dos seus institutos. Destarte, são propostas alterações nos artigos 6.º, 8.º, 12, 14, 17, 26, 33, 34, 40, 44, 48, 54, 56, 64, 65, 66, 67, 69, 71, 75, 76, 84, 86, 88, 96, 97, 111, 114, 117, 121, 132, 133, 136, 138, 139, 144, 149, 154, 155, 157, 158, 160, 164, 165, 166, 170, 173, 174, 175, 177, 180, 182, 184, 186, 188, 195, 196, 197, 200, 204, 211, 212, 215, 218, 258, 259, 265, 267, 268, 271, 272, 274, 275, 276, 277, 282, 283, 284, 295, 298, 303, 305, 312, 314, 320, 322, 327, 330, 331, 334, 338, 339, 340, 342, 347, 362, 366, 367, 368, 377, 386, 387, 389, 392, 395, 403, 406 e 407.

3. No artigo 6.º, que dispõe sobre o lugar do crime, alterou-se a redação, considerando-se o mesmo praticado no lugar em que ocorreu no todo ou em parte a ação ou omissão, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

O artigo 8.º, n. I, letra b, do Código estende a competência da jurisdição brasileira aos crimes que, ainda que cometidos no Exterior, lesam o patrimônio e a fé pública da União, de Estado ou de Município. O projeto acrescenta o Distrito Federal e os Territórios, entidades de Direito Público reconhecidas pela Constituição Federal (artigo 1.º) e também merecedoras da proteção penal da extraterritorialidade.

O Decreto-lei n. 1.004 agasalhou o sistema do dia-multa na fixação da pena pecuniária (artigo 44), estabelecendo como base para o seu cálculo o maior salário mínimo mensal vigente no País "ao tempo da sentença" (artigo 12). Parece-me inconveniente subordinar às vicissitudes do andamento do processo a maior ou menor expressão da pena de multa. Proponho que o artigo 12 tenha nova redação, para adotar o maior salário mínimo do País, "ao tempo do fato".

4. Na punição da tentativa adotou o Código, como regra geral, o critério da redução da pena de um a dois terços. Mas, inspirado na lição de COSTA E SILVA (Código Penal, 1943, pág. 89), permite a aplicação, em casos de excep-

cional gravidade, da mesma pena prevista para o crime consumado (Exposição de Motivos n. 937, de 21.10.1969, n. 9).

Sem a menor quebra do respeito a essa doutrina, proponho que, na tentativa, a diminuição da pena seja obrigatória. A vontade do agente não pode sobrepor-se ao resultado, porque é a maior ou menor gravidade da ameaça ou lesão ao bem jurídico protegido que inspira o legislador na fixação das penas. O crime tentado apresenta sempre menor gravidade do que o crime consumado. Não podem, portanto, ser considerados igualmente na imposição da pena. Os casos mais reprováveis não ficarão desprovidos do tratamento adequado, pois a diminuição da pena é variável, em consonância, aliás, com a tradição do direito brasileiro.

No artigo 17, o projeto altera a rubrica de "Culpabilidade" para "Crime doloso e culposo", que é mais exata em face do seu enunciado.

5. O artigo 26 determina a atenuação da pena, entre outras hipóteses, quando há obediência a ordem *não* manifestamente ilegal de superior hierárquico. Há evidente equívoco na colocação do advérbio *não*, pois na hipótese descrita está o autor isento de pena, por inexistência de culpa, consoante o artigo 24, letra b, que dispõe:

"Art. 24 — Não é culpado quem comete o crime:

.....
b) em obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico".

A atenuação da pena deve referir-se à hipótese em que a ordem do superior *seja manifestamente ilegal*, o que não exclui a responsabilidade do agente, mas pode ser elemento de um grau inferior de culpa. Nesse sentido, o projeto propõe nova redação para o artigo 26, eliminando o advérbio *não*, que lhe altera substancialmente o sentido.

6. Nos artigos 33 e 34 dispõe o Código Penal a respeito da imputabilidade dos menores de idade, estabelecendo como regra geral a responsabilidade criminal a partir dos 18 anos. Prevê, no entanto a imputabilidade do menor de 16 a 18 anos se "revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento" (artigo 33). A norma acolhe tendência da legislação comparada e recomendação do VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, reunido em Roma em 1953 (cf. Exposição de Motivos, n. 17). Não obstante tão valiosos antecedentes, é desaconselhável a redução proposta, tendo em vista as diversidades regionais do País. Além disso, a elasticidade do princípio compromete a segurança de sua aplicação, porque sujeita a imputabilidade do menor entre 16 e 18 anos à verificação de seu desenvolvimento psíquico, matéria em que ainda são imperfeitos os critérios da aferição, que sempre dependem da apreciação subjetiva de peritos. Nesse ponto, preferiu o projeto atender as prudentes ponderações dos Juízes de Menores e de significativa parcela de estudiosos do País, que alertaram sobre os perigos da nova opção e recomendaram a manutenção do sistema vigente, fixando-se em 18 anos o limite mínimo da imputabilidade penal.

A modificação dos artigos 33 e 34 exigiu a conseqüente correção das idades que determinam especial aumento de pena quando a vítima é menor, uniformi-

zando-as para 18 anos porque, se até essa idade não poderá o indivíduo ser punido, igualmente até aí deverá merecer proteção especial, quando for vítima. Por esse motivo o projeto sugere alteração do limite etário nos artigos 170, § 1.º, 259, parágrafo único, 272, 274, 275, 276 e 277.

7. Ao artigo 40, que cuida do estabelecimento penal aberto, o projeto acrescenta a figura da "prisão albergue", para conceder ao condenado o favor de poder trabalhar fora do estabelecimento, com obrigatório recolhimento noturno. O projeto sanciona a experiência, com excelentes resultados práticos, realizada notadamente em São Paulo e Rio Grande do Sul, dentro da política de reservar o cárcere fechado somente para o delinqüente perigoso. O dispositivo alterado apresenta os requisitos básicos do instituto, deixando para a legislação penitenciária sua regulamentação.

8. No artigo 44, que define a pena de multa, o seu limite máximo está fixado em 300 dias-multa. Há um desajustamento entre essa norma e a do parágrafo 1.º do art. 50, que prevê o modo de conversão da multa em detenção, admitindo que esta atinja até o limite de um ano. O projeto corrige essa divergência, elevando, no artigo 44, o máximo da multa para 360 dias. No parágrafo único, elimina a referência ao "prudente arbítrio do juiz" como critério de fixação da pena pecuniária, determinando que o magistrado tenha em conta "a situação econômica do condenado".

9. Atualiza-se no artigo 54 a nomenclatura da moeda e no art. 56, n. II, acrescenta-se como agravante a hipótese de o crime ser cometido contra pessoa com a capacidade de defesa reduzida, por ser merecedora da proteção penal, à semelhança das outras pessoas ali arroladas.

O artigo 64 do Código Penal introduz no Direito Brasileiro a regulamentação da repressão especial aos criminosos habituais ou por tendência. Este dispositivo, aplaudido com entusiasmo pela generalidade dos estudiosos, requer, todavia, para maior clareza, aperfeiçoamento de redação.

Revendo-o, introduz o projeto duas alterações. No *caput* do artigo 64, substitui o limite mínimo de 3 anos da pena indeterminada por um limite variável, de acordo com a gravidade do crime. No parágrafo 3.º do mesmo artigo, que restringia a criminalidade por tendência aos casos de homicídio, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave, amplia esse conceito para todos os crimes em que o autor revele excepcional torpeza, perversão ou malvadez. Tive presentes, ao propor esta alteração, algumas hipóteses de estupro ou de latrocínio, não abrangidos pelo Código.

10. O concurso de crimes sempre representou, na temática penal, fonte de tormentosas questões, pela difícil acomodação normativa à multiplicidade de facetas da conduta criminoso. Daí a perplexidade das várias alternativas esboçadas pela doutrina, ora tendendo à acumulação material das penas, sob risco de soluções injustas ou excessivamente rigorosas, ora evoluindo para o extremo oposto, ao aceitar o critério da absorção das penas mais leves pelas mais graves.

Refletindo a tentativa de equacionar com justeza o problema, houve por bem o legislador de 1969 modificar a sistemática vigente. Para tanto, estabeleceu idêntico tratamento para os concursos material e formal de delitos, adotando o princípio do cúmulo material ou da exasperação da pena mais grave, conforme

as penas fossem da mesma ou de diferentes espécies. O próprio legislador, porém, ciente do rigor dessa solução, previu exceções: a) na Parte Geral, quando facultou ao juiz a diminuição da pena; tratando-se de diversos crimes praticados mediante apenas uma ação ou omissão; b) na Parte Especial, quando lançou dispositivos elidentes do princípio (artigos 121, § 5.º, 133, § 2.º), de tal modo que, na prática, não haveria igualdade de tratamento para os concursos material e formal.

A fórmula “tantos crimes — tantas penas” deve ser reservada para as hipóteses de reiteração da vontade criminosa ou quando os crimes concorrentes, ainda que resultantes de uma só ação objetiva, representem momentos perfeitamente autônomos no processo intelecto-volitivo do agente. Daí a retificação feita aos artigos 65, 66 e 67, suprimindo-se o § 5.º do artigo 121 e o § 2.º do artigo 133, casos de homicídio e lesão culposos, com multiplicidade de vítimas, que passam a ser resolvidos pela regra geral do concurso formal.

No parágrafo 2.º do artigo 65, dispõe o projeto que, no concurso formal com unidade de desígnios, a pena não pode ultrapassar a do concurso material. O preceito objetiva corrigir injustiças que possivelmente resultariam da aplicação do aumento de pena previsto na primeira parte do parágrafo único do artigo 65. Ao artigo 66, que dispõe sobre o crime continuado, foi acrescido, outrossim, o parágrafo 2.º, correspondente ao artigo 68 do Decreto-lei n. 1.004, que exclui do âmbito de sua aplicação casos de criminalidade habitual.

11. O artigo 71 admite a suspensão condicional da pena de reclusão não superior a 2 anos, se o réu é, *ao tempo do crime*, menor de vinte e um anos ou maior de setenta. O projeto introduz distinção entre os menores de vinte e um e os maiores de setenta anos. Estabelece, para efeito de suspensão condicional da pena, que a idade dos menores de vinte e um anos deve ser considerada na *época do fato* e a dos maiores de setenta anos na *época da sentença*. Com efeito, a lei penal deve ser mais benevolente em relação às duas categorias, cabendo admitir o benefício do *sursis* para subtrair da privação de liberdade quem, na época da condenação, já tiver completado setenta anos. Da mesma forma, ainda em benefício do acusado, se esclarece no artigo 75, § 2.º, e no artigo 114, que a idade de 21 anos se refere ao tempo do crime e a de 70 ao tempo da sentença.

12. Dispõe o Código Penal no artigo 84:

“Art. 84. Incorre na perda de função pública:

I — o condenado à pena privativa de liberdade por crime praticado com abuso de poder ou violação de dever inerente à função pública;

II — o condenado, por outro qualquer crime, à pena privativa de liberdade por mais de dois anos.”

Aperfeiçoando a redação do inciso I, o projeto exclui a referência ao “abuso de poder”, que indubitavelmente já está previsto na “violação de dever inerente à função pública”, de maior amplitude. No inciso II distingue os crimes a que a lei comina pena de detenção ou de reclusão. Quanto àqueles, parece mais justo que a pena acessória só atinja os que hajam sido condenados a mais de quatro anos, pois são menos graves esses crimes.

O artigo 88 estabelece o princípio de que a imposição da pena acessória deve constar expressamente da sentença. Todavia, a ressalva concernente à

perda de função pública deve ser corrigida. A imposição automática não se aplica às hipóteses do inciso I do artigo 34, porque os casos de violação de dever funcional dependem da expressa declaração do juiz. É automática, porém, a aplicação da pena acessória na hipótese do inciso II do artigo 84 (condenação por qualquer crime à pena de reclusão por mais de dois anos, ou de detenção por mais de quatro), pois a gravidade da pena privativa de liberdade incompatibiliza *ipso jure* o condenado com o exercício da função pública de que era titular.

13. Dispõe o § 2.º do artigo 86 do Decreto-lei n. 1.004:

“§ 2.º. Durante o processo, pode o juiz decretar a suspensão provisória do exercício do pátrio poder, tutela ou curatela.”

Trata-se de medida cautelar, de caráter processual, que não deve ser regulada no Código Penal, mas no Código do Processo Penal. Destarte, propõe o projeto a sua eliminação.

No artigo 97, que cuida da medida de segurança de cassação de licença para dirigir veículos, o novo Código impõe a condição de que o crime, cometido na direção ou relacionadamente à direção de veículos motorizados, ocorra “na via pública”. O projeto exclui essa cláusula restritiva. O objetivo é ampliar a aplicação da medida de segurança também aos que dirigem embarcações. Na verdade cada vez se tornam mais freqüentes os crimes culposos em lagos e praias, na direção de barcos de recreação.

14. No título VIII da Parte Geral, que trata da extinção da punibilidade, tem suscitado divergências doutrinárias a questão da prescrição da ação penal, ocorrida depois da sentença condenatória contra a qual não foi interposto recurso pela acusação. O Supremo Tribunal Federal, interpretando o art. 110, parágrafo único, do Código Penal de 1940, tem consagrado a chamada *prescrição retroativa*, conforme enunciado na Súmula n. 146 de sua Jurisprudência Predominante, nestes termos:

“A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.”

O Decreto-lei n. 1.004, conforme esclarece a sua Exposição de Motivos, “expressamente elimina a prescrição pela pena em concreto, estabelecendo que, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, ela se regula também, *daí por diante*, pela pena imposta. Termina-se, assim, com a teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto, que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão” (n. 37).

Não obstante a tomada de posição do legislador de 1969, inclino-me pela manutenção da orientação predominante firmada pelo Pretório Excelso. Recorro neste passo aos ensinamentos do insigne Ministro NÉLSON HUNGRIA, expostos em inúmeros votos proferidos no Supremo Tribunal Federal, dentre os quais destaco o do *habeas corpus* n. 38.520, de 9.8.1961, nestes termos:

“Entendo que o Código vigente não alterou, nesse particular, o Decreto n. 4.780, de 1923. A prescrição se regula pela pena imposta, desde que não interposta apelação pelo M. P., impossibilitando a *reformatio in pejus*; e deve ser declarada se, entre o recebimento da denúncia e a própria sentença condenatória, já decorreu tempo suficiente.

Concretizada a pena, com a qual concordou o Ministério Público, essa é a pena que *ab initio* era justa. A pena cominada *in abstracto*, a que se referia a denúncia revelou-se, na espécie, demasiada. A pena adequada, a pena que realmente devia ter sido solicitada pelo M. P., era a que veio a ser imposta pelo Juiz. Assim, a prescrição deve ser entendida como relacionada, desde o princípio, à pena aplicada *in concreto*. Era este o critério de decisão do Decreto n. 4.780, e não é crível que se o Código o tivesse alterado, não o mencionasse a "Exposição de Motivos" do Ministro Campos, limitando-se a dizer que, no tocante à prescrição, o Código se limitava a aumentar os prazos prescricionais."

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 artigo 111, excluindo a expressão *dai 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.

15. No artigo 117, que regula a reabilitação, dispõe o § 2.º, letra *a*, que o benefício não pode ser concedido "em favor dos que foram reconhecidos perigosos, salvo prova cabal em contrário". O projeto substitui a ressalva final pela expressão "salvo prova de cessação de periculosidade", afeiçãoando o texto ao disposto no artigo 93, § 1.º, que prevê a perícia médica para verificação dessa circunstância. Na letra *b* do mesmo parágrafo o projeto exclui a proibição de reabilitação no caso de incapacidade para o exercício de autoridade marital, pois essa pena acessória não consta do rol do artigo 83, inciso III.

16. A exemplo do que ocorre com a Parte Geral, também na Parte Especial foram respeitadas as conquistas do novo Código Penal, a ponto de poder afirmar-se terem as emendas ora oferecidas mero caráter de aprimoramento. Com efeito, o Decreto-lei n. 1.004 teve o mérito de atualizar e ajustar o Direito Penal Brasileiro à nova realidade sócio-cultural da Nação.

Alinham-se entre suas felizes inovações as relativas à disciplina do infanticídio, do suicídio por provocação indireta, do aborto preterdolo, do genocídio, da ofensa à memória dos mortos, da ofensa a pessoa jurídica, da compra e venda de pessoa, da violação da intimidade, do furto atenuado, do furto de uso, da consumação da lesão patrimonial no roubo de que resulta morte, da alteração de local especialmente protegido, da fraude em jogo desportivo (*doping*), da incorporação da legislação penal sobre instituições financeiras e propriedade industrial, do abandono de mulher grávida, da difusão de praga, da embriaguez ao volante de veículo motorizado, da poluição de fluidos, da punição das formas culposas de todo delito contra a saúde pública, da falsidade como meio de outro crime, da violação de dever funcional com fim de lucro, da desobediência a decisão judicial, da complementação do crime de contrabando, da desobediência em caso de pensão alimentícia. Merecem, entre outras, entretanto, alusão especial as emendas justificadas nos parágrafos que se seguem.

17. No § 5.º do artigo 132, o Código autoriza a substituição da pena privativa de liberdade por multa, no caso de lesões corporais leves, "se estas são

recíprocas, não se sabendo qual dos contendores atacou primeiro". Este último requisito foi eliminado pelo projeto, porque poderia conduzir à responsabilidade objetiva e à condenação de um inocente.

O artigo 138 tipificou o delito de omissão de socorro, cominando a pena de detenção, até seis meses, ou pagamento de dez a quarenta dias-multa. O projeto introduz um parágrafo que acrescenta uma forma qualificada desse crime, cuja pena é detenção, de seis meses a dois anos, "se a natureza do socorro necessitado pela vítima corresponde às habilitações profissionais do omitente". A solidariedade social sofre lesão maior se o omitente é pessoa habilitada profissionalmente a socorrer a vítima no abandono, doença, invalidez ou qualquer outro perigo.

18. No artigo 157 o Código definiu um delito contra a liberdade individual, a que denominou "compra e venda de pessoa". No entanto, a rubrica não se coaduna com o tipo descrito no corpo do artigo ("Tirar proveito econômico de ajuste tendo por objeto pessoa humana"). O projeto corrige a rubrica, pondo-a em consonância com a figura delituosa.

O artigo 158 dispõe sobre o crime de violação de domicílio. Seu § 3.º previu duas hipóteses de exclusão do crime, que assim enunciou:

"Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências;

I — durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência policial ou judicial;

II — a qualquer hora do dia ou da noite, quando alguma infração penal está sendo ali praticada ou na iminência de o ser."

O inciso II necessitava ser harmonizado como o preceito constitucional (artigo 153, § 10), que autoriza também o devassamento da residência em caso de desastre. Por essa razão, o projeto sugere a seguinte redação para aquele inciso: "II — a qualquer hora do dia ou da noite em caso de crime ou desastre."

19. O § 1.º do artigo 165, que regulou o furto de pequeno valor, assim definiu essa circunstância: "Entende-se pequeno o valor que não exceda a quantia de um décimo do salário mínimo."

Parece-me mais recomendável que a lei não predetermine um critério rígido para o reconhecimento do pequeno valor. As disparidades regionais brasileiras e as condições econômicas do réu e da vítima, em cada caso, subministrarão elementos mais corretos para a aplicação dessa forma atenuada de furto.

Ao artigo 166, que define o furto de uso, o projeto acrescenta um § 2.º, que exige a representação do ofendido para movimentação do aparelho representivo, salvo quando o crime é praticado contra entidade de direito público, empresa pública, autarquia ou sociedade de economia mista.

No artigo 173, § 1.º, inciso II, que define o crime de esbulho possessório, o Código exigiu que, na invasão de terreno ou edifício alheio, o agente utilize violência à pessoa, grave ameaça ou concurso de mais de duas pessoas. O projeto limita a um só cúmplice o concurso de agentes, uma vez que a intimidação, que caracteriza o esbulho, independe do número elevado de agressores.

20. No parágrafo único do artigo 180 o Código determina a agravação da pena, no crime de apropriação indébita, "se o valor da coisa excede vinte vezes o maior salário mínimo". Entendo que esse preceito é desnecessário, uma vez

que o art. 52 já recomenda que o juiz, na fixação da pena privativa de liberdade entre o máximo e o mínimo, aprecie "a gravidade do crime praticado", devendo ter em conta, entre outras circunstâncias, "a maior ou menor extensão do dano". O projeto elimina, portanto, entre as formas agravadas de apropriação indébita a hipótese do alto valor da coisa.

No parágrafo 1.º, n. II, do artigo 184, o Código enumera casos equiparados ao estelionato, sob a rubrica de "alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria". Pune todas as hipóteses de disposição de coisa própria inalienável, onerada ou prometida à venda, em que o outorgante silencia sobre estas circunstâncias. O projeto inclui a promessa de venda entre os atos de disposição reprováveis. Na atualidade, concretizam-se através desse contrato negócios que podem gerar grande prejuízo para a vítima, se o promitente vendedor estiver dispondo de coisa inalienável, gravada de qualquer ônus, ou de imóvel que prometeu vender a terceiro.

O Código Penal retirou o delito de "emissão de cheque sem provisão de fundos" do capítulo do "estelionato e outras fraudes", incluindo-o na "falsidade documental", como crime contra a fé pública (artigo 335). A medida visou valorizar o instituto do cheque, caracterizando o crime como puramente formal. Entendo, no entanto, que a recente evolução do sistema de apresentação e pagamento de cheques, consolidada na Circular n. 162, de 26.8.1971, do Banco Central do Brasil, enseja uma nova definição do instituto, para que a proteção penal se coadune com as exigências do comércio bancário. Com efeito, estabelece a Circular n. 162, no seu item VI:

"O uso indevido de cheques se caracteriza:

a) pela segunda apresentação de um cheque, feita após o mínimo de dois dias úteis da primeira apresentação, sem que a conta respectiva tenha sido suprida de fundos suficientes;

b) a critério da instituição sacada e do Banco Central do Brasil, quando se constatar o hábito do depositante em emitir cheques sem a necessária provisão de fundos, embora liquidados na segunda apresentação, e quando se verificarem casos de jogo de cheques e outras ocorrências que evidenciem práticas condenáveis do emitente."

O projeto abrange, no artigo 184, § 1.º, VI, a emissão de cheque sem fundos e a frustração do seu pagamento. Na verdade, não parece adequado distinguir e tratar em separado essas hipóteses. Embora idealmente possa assim ser decomposta a etiologia do delito, fé pública e patrimônio, é inegável que o fim decisivo do instrumento é o pagamento.

No artigo 138, que regula o crime de fraude no comércio, o projeto inclui um parágrafo que tipifica atos, hoje impunes, como a fabricação de bebidas falsificadas, nos casos em que não se caracteriza delito contra a saúde pública:

"§ 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."

21. No artigo 200, inciso II, o Código determina que, nos crimes contra o patrimônio, somente se proceda mediante representação se a vítima é irmão ou cunhado do agente. O projeto inclui também a hipótese em que o crime seja

cometido contra os afins em linha reta, que normalmente têm mais ligação com o agente do que os cunhados.

No parágrafo único do art. 258, o projeto inclui a televisão como meio de comunicação utilizado para recitação ou audição de caráter obsceno, no delito de ultraje público ao pudor.

No artigo 259 o Código define o crime de incesto: "Ter conjunção carnal com descendentes ou ascendente, com irmão ou irmã." Para resolver o problema do concurso aparente dessa norma com as que regulam vários crimes contra os costumes, o projeto acrescenta a cláusula "se o fato não constitui crime definido no título anterior".

No artigo 267, que dispõe sobre o crime de "falso registro, parto suposto, ocultação ou substituição de recém-nascido", o projeto faculta ao juiz deixar de aplicar a pena "se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza", favor de que indubitavelmente carecia a legislação.

22. O crime de perigo de inundação deixa de constituir artigo autônomo (284), passando a parágrafo do artigo 283. O projeto aproveita o artigo 284 para definir o delito de "exercício legal da engenharia ou arquitetura". Essa infração penal, que na legislação vigente constitui apenas a contravenção de *exercício ilegal de profissão ou atividade*, é elevada à categoria de crime, dentre os de perigo comum, dada a acentuada relevância que o exercício regular de tais profissões assume em nosso meio.

No artigo 295, o projeto estabelece uma forma qualificada para os crimes contra a segurança dos meios de transporte, se resulta lesão grave.

23. No artigo 314, incorpora-se ao Código Penal a nova redação do crime do comércio clandestino de entorpecentes ou substâncias que determinem dependência física ou psíquica, com todas suas formas equiparadas, agravantes e figuras afins, na conformidade da Lei n. 5.726, de 29.10.1971. Emenda-se apenas o § 5.º, estabelecendo uma forma qualificada quando duas ou mais pessoas se reúnem para a prática do crime.

Dispõe o Decreto-lei n. 1.004, no artigo 347:

"Se o crime contra a fé pública for o único meio empregado na prática de outro crime, o agente responderá tão-somente pela falsidade, mas com a pena aumentada de um a dois terços."

O projeto, adotando no artigo 65 o princípio do concurso formal, propõe nova redação para o artigo 347, mandando aplicar aquele princípio, mais adequado à hipótese.

No artigo 377, que prevê o delito de impedimento, perturbação ou fraude de *concorrência*, o projeto substitui esta última expressão por *licitação*, que abrange a concorrência, a tomada de preços e o convite, de acordo com as normas constantes do Título XII do Decreto-lei n. 200, de 25.2.1967.

O crime de *desobediência a decisão judicial* (artigo 359) recebe nova redação e é trasladado do capítulo dos crimes praticados por funcionário contra a administração em geral para o dos crimes contra a administração da justiça (art.

403). Deste para aquele capítulo passa o crime de *reingresso de estrangeiro expulso* (artigo 403 do Decreto-lei n. 1.004, artigo 368 do projeto).

O projeto aprimora a redação de diversos dispositivos do novo Código Penal e suprime: a) o artigo 45, que manda aplicar a pena de multa nos delitos praticados com o fim de lucro, ainda que tal sanção não esteja expressamente estabelecida, porque esta regra esbarra com o princípio da necessidade de prévia cominação para a imposição de qualquer pena, tanto mais que, na Parte Especial, já estão previstos casos expressos de agravação de pena a tais delitos; b) a pena que se segue ao artigo 128, parágrafo único, por ser mera repetição; c) o artigo 275, que trata de espécie quase-culposa de abandono moral, incompatível com os costumes da vida moderna; d) o artigo 291, que trata da fuga após acidente de trânsito, matéria que é incluída entre as hipóteses de omissão de socorro; e) o artigo 335 que trata da emissão de cheque sem fundos, qualificada como uma das figuras de estelionato; f) e finalmente o artigo 376 que trata dos delitos de fraude fiscal, que deve continuar a ser regida em lei especial.

Ressalva ainda o projeto a aplicação do sistema de medidas de segurança do Código de 1940 para os fatos ocorridos sob sua vigência e disciplina as remissões contidas em leis especiais a artigos do Código Penal, que poderiam gerar dificuldades interpretativas ao entrar em vigor o novo diploma legal.

Estas são, Senhor Presidente, as alterações que tenho a honra de propor e que visam aperfeiçoar a legislação penal, pondo-a em consonância com a realidade brasileira e os princípios mais modernos e justos do Direito repressivo.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência protestos de profundo respeito.

ALFREDO BUZARD

Ministro da Justiça

Em 21.8.1973.

PROJETO DE LEI

Altera dispositivos do Decreto-lei n. 1.004 de 21 de outubro de 1969, que institui o Código Penal.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1.º. Os seguintes artigos do Código Penal baixado com o 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, Território, Município ou do Distrito Federal.

Legislação especial

Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

Salário mínimo

Parágrafo único. Para os efeitos penais, salário mínimo é o maior mensal vigente no País, ao tempo do fato.

Pena de tentativa

Art. 14.

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. Nova rubrica.

Atenuação de pena

Art. 26. Nos casos do art. 23 e do art. 24, letras *a* e *b*, se era possível resistir à coação, ou se a ordem era manifestamente ilegal; ou, no caso do art. 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.

§ 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 anos;

II — após completado um terço de sua execução, se superior a dois anos, 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

Parágrafo único. O montante do dia-multa não pode ser inferior ao valor de um trigésimo, nem superior a um terço do salário mínimo e será fixado pelo juiz, tendo em conta a situação econômica do condenado.

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 prestação de trabalho livre em obras públicas ou empresa pública, autarquia ou sociedade de economia mista.

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.

j) contra criança, velho, enfermo ou 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 aquele que, pela sua periculosidade, motivos determinantes e meios ou modo de execução do crime, revela extraordinárias 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 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, devam os subseqüentes 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.

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 não pode ultrapassar trinta anos, se é reclusão, ou quinze anos, se é detenção.

Art. 66.

§ 2.º. Não é igualmente reconhecida a continuação no caso da letra b do § 2.º do art. 64.

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 suspensão 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.

Suspensão do pátrio poder, tutela ou curatela

Art. 86.

Parágrafo único. Ao condenado a 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 (art. 94).

Imposição da pena acessória

Art. 88. Salvo os casos do art. 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.

Superveniência de sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação

Art. 111.

§ 1.º. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos.

Art. 111, § 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 incapacidade 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.

Minoração facultativa da pena

Art. 121.

§ 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 a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena, de um sexto a um terço.

Art. 121.

§ 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.

Minoração facultativa da pena

Art. 132.

§ 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 a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena, de um sexto a um terço.

Substituição de pena

Art. 132.

§ 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.

Aumento de pena

Art. 133.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço se ocorre qualquer das hipóteses do § 4.º do art. 121.

Formas qualificadas pelo resultado

Art. 136.

§ 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

Art. 136.

§ 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 que possível e oportuno, o socorro da autoridade pública:

Pena — detenção, até seis meses, ou pagamento de dez a quarenta dias-multa.

Formas qualificadas

Art. 138.

§ 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

Art. 138.

§ 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, salvo quando inequívoca a intenção de ofender:

Ação penal

Art. 154.

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.

Forma qualificada

Art. 158.

§ 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 meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

Art. 158, § 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 art. 162, nos casos deste capítulo somente se procede mediante representação.

Furto atenuado

Art. 165.

§ 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.

Art. 165, § 4.º.

Pena — reclusão, de dois a oito anos, e pagamento de vinte a oitenta dias-multa.

Art. 165, § 5.º.

IV —

Pena — reclusão, de três a dez anos, e pagamento de trinta a cem dias-multa.

Art. 165.

§ 6.º. A mesma pena do parágrafo anterior é cominada ao furto de reses deixadas em currais, campos ou retiros.

Aumento de pena

Art. 166.

§ 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 ou sociedade de economia mista.

Formas qualificadas

Art. 170.

§ 1.º. Se o seqüestro dura mais de vinte e quatro horas, ou se o seqüestrado 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.

Usurpação de águas

Art. 173.

§ 1.º. Nas mesmas penas incorre quem:

I — desvia ou represa, em proveito próprio ou de outrem, águas alheias.

Esbulho possessório

Art. 173.

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.

III — contra o patrimônio da União, do Estado, Território, Município, do Distrito Federal, de empresa pública, autarquia ou sociedade de economia mista.

Art. 177.

Pena — detenção, de um a quatro anos, e pagamento de trinta a oitenta dias-multa.

Agravação da pena

Art. 180.

Parágrafo único. A pena é agravada se o agente recebeu a coisa:

Ação penal

Art. 182.

§ 1.º. Somente se procede mediante representação.

Coisa fungível

Art. 182.

§ 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.

Disposição de coisa alheia como própria

Art. 184, § 1.º.

I — vende, promete vender, permuta, dá em pagamento, ou em garantia, coisa alheia como própria.

Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria

Art. 184, § 1.º.

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

Art. 184, § 2.º.

VI — emite cheque sem suficiente provisão de fundo em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

Art. 184.

§ 2.º. As penas são agravadas se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público, de empresa pública, autarquia, ou sociedade de economia mista.

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 encomendada, 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

Art. 188.

§ 3.º. Aplica-se o disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 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.

Receptação atenuada

Art. 196.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 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

Art. 197.

Parágrafo único. Se o agente é primário e a coisa é de pequeno valor (art. 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.

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 ou sociedade de economia mista.

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.

§ 2.º. Somente se procede mediante queixa, salvo quando o crime é praticado em prejuízo de entidade de direito público, empresa pública, autarquia ou sociedade de economia mista.

Art. 215. Nos crimes previstos neste capítulo, só se procede mediante queixa, salvo quando praticado em prejuízo de entidade de direito público, empresa pública, autarquia ou sociedade de economia mista.

Art. 218.

Parágrafo único. Somente se procede mediante queixa, salvo quando o crime é praticado em prejuízo de entidade de direito público, empresa pública, autarquia ou sociedade de economia mista.

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 pena.

Inseminação artificial

Art. 268. Permitir 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 à 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 deve 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:

Omissão de providência cautelares

Art. 275. Omitir, quando podia fazê-lo, cuidados e providências que preservem de corrupção moral menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:

Pena — detenção, até três meses, ou pagamento de dez dias-multa, no máximo.

Induzimento a 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 a 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.

Modalidade culposa

Art. 283.

§ 1.º. Se o crime é culposos:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos.

Perigo de inundação

Art. 284.

§ 2.º. Remover, destruir ou inutilizar, em prédio próprio ou alheio, expondo a perigo de 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.

Formas qualificadas pelo resultado

Art. 295. Se de qualquer dos crimes previstos nos arts. 292 e 294, no caso de desastre ou sinistro resulta lesão grave ou morte, aplica-se o disposto no art. 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.

Poluição de fluidos

Art. 303. Poluir lago, curso de água, o mar ou, nos lugares habitados, 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 culposo, 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.

Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica

Art. 314.

§ 1.º. Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

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 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 número I do § 3.º.

Bando

§ 5.º. Associarem-se duas ou mais pessoas, em bando, 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. 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, estudantil, beneficente ou do 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.

Art. 330.

Parágrafo único. Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público os emanados de entidade de direito público, de empresa pública, autarquia ou sociedade de economia mista, 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.

Falsidade material de atestado ou certidão

Art. 338.

§ 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 art. 65.

Forma qualificada

Art. 362.

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

Art. 367.

Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em empresa pública, autarquia ou sociedade de economia mista.

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 ou sociedade de economia mista; 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 cinco a quinze 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

Art. 387.

Parágrafo único. Somente se procede mediante queixa, salvo se o crime for praticado contra entidade de direito público, empresa pública, autarquia ou sociedade de economia mista.

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.

Pena — detenção, até três meses, e pagamento de três a dez dias-multa.

Art. 395.

§ 1.º. Se o crime é praticado a mão armada, ou por mais de uma pessoa, ou mediante arrombamento, a pena é reclusão, de dois a seis anos.

Art. 395.

§ 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 a 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 especiais 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 de imposto, definido no artigo 2.º do Decreto-lei n. 326, de 8.5.1967, bem como os previstos em outras leis especiais 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, 362, 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 artigos 45, 68, 275, 291, 335, 376 e a pena que se segue ao parágrafo único do artigo 128.

Art. 4.º. Aos fatos ocorridos antes da vigência do Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, aplica-se o sistema de medidas de segurança detentivas do Código Penal baixado com o Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, devendo o condenado receber o tratamento adequado até a cessação de sua periculosidade.

Art. 5.º. As remissões contidas em leis especiais a artigos do Código Penal baixado com o 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. 6.º. Esta lei entrará em vigor no dia 1.º de janeiro de 1974.

Art. 7.º. Revogam-se as disposições em contrário.

DECRETO N. 72.383 — DE 20 DE JUNHO DE 1973

Promulga a Convenção para a Repressão aos Atos Ilícitos Contra a Segurança da Aviação Civil

O Presidente da República,

Havendo sido aprovada, pelo Decreto Legislativo número 33, de 15 de junho de 1972, a Convenção para a Repressão aos Atos Ilícitos Contra a Segurança da Aviação Civil, concluída em Montreal, a 23 de setembro de 1971;

Havendo sido depositado, pelo Brasil, o Instrumento de Ratificação junto aos Governos da Grã-Bretanha, dos Estados Unidos da América do Norte e da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, em 24 de julho de 1972;

E havendo a referida Convenção, em conformidade com o seu artigo 15, § 3.º, entrado em vigor, para o Brasil, a 26 de janeiro de 1973;

Decreta que a Convenção, apensa por tradução ao presente Decreto, seja executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Brasília, 20 de junho de 1973; 152.º da Independência e 85.º da República.

EMÍLIO G. MÊDICI

Jorge de Carvalho e Silva

CONVENÇÃO PARA A REPRESSÃO AOS ATOS ILÍCITOS CONTRA A SEGURANÇA DA AVIAÇÃO CIVIL

Os Estados Partes na Presente Convenção

Considerando que os atos ilícitos contra a segurança da aviação civil colocam em risco a segurança de pessoas e bens, afetam seriamente a operação dos serviços aéreos e minam a confiança dos povos do mundo na segurança da aviação civil;

Considerando que a ocorrência de tais atos é objeto de sérias preocupações;

Considerando que, a fim de prevenir tais atos, existe uma necessidade urgente de medidas apropriadas para a punição dos criminosos;

Convieram no seguinte:

ARTIGO 1

1. Qualquer pessoa comete um crime se, ilegal e intencionalmente:
 - a) pratica um ato de violência contra uma pessoa a bordo de uma aeronave em vôo se tal ato pode colocar em risco a segurança da aeronave; ou
 - b) destrói uma aeronave em serviço ou causa à mesma dano que a torne incapaz de voar ou possa colocar em risco a sua segurança em vôo; ou
 - c) coloca ou faz colocar numa aeronave em serviço, por qualquer meio, um dispositivo ou substância capaz de destruir a referida aeronave, ou de causar à mesma dano que a torne incapaz de voar, ou que possa colocar em risco a sua segurança em vôo; ou
 - d) destrói ou danifica facilidades de navegação aérea ou interfere na sua operação, se qualquer dos referidos atos é capaz de colocar em risco a segurança da aeronave em vôo; ou
 - e) comunica informação que sabe ser falsa, colocando em risco desse modo a segurança de uma aeronave em vôo.
- Qualquer pessoa também comete um crime se:
 - a) tenta cometer qualquer dos crimes mencionados no parágrafo 1, do presente artigo; ou
 - b) é cúmplice de uma pessoa que cometa ou tente cometer qualquer dos mencionados crimes.

ARTIGO 2

Para os fins da presente Convenção:

- a) uma aeronave é considerada em vôo desde o momento em que todas as suas portas externas estejam fechadas após o embarque até o momento em que qualquer de referidas portas seja aberta para o desembarque; no caso de uma aterrissagem forçada, o vôo deve ser considerado como continuado até que as autoridades competentes assumam a responsabilidade pela aeronave e pelas pessoas e bens a bordo;
- b) uma aeronave é considerada em serviço desde o começo de sua preparação, para um vôo específico que antecede ao vôo, pelo pessoal de terra ou pela tripulação, até vinte e quatro horas depois de qualquer aterrissagem; o período de serviço deverá, em qualquer hipótese, estender-se por todo o período durante o qual a aeronave estiver em vôo, nos termos da definição da alínea (a) deste artigo.

ARTIGO 3

Cada Estado Contratante obriga-se a tornar os crimes mencionados no artigo 1 puníveis com severas penas.

ARTIGO 4

Não se aplicará a presente Convenção a aeronaves utilizadas em serviços militares, de alfândega e de polícia.

2. Aplicar-se-á a presente Convenção nos casos mencionados nas alíneas (a), (b), (c) e (e) do parágrafo 1, do artigo 1, sendo irrelevante se a aeronave realiza um vôo internacional ou doméstico, desde que;
 - a) o lugar de decolagem e aterrissagem, real ou pretendida, da aeronave, fique situado fora do território do Estado de registro da referida aeronave; ou
 - b) o crime for cometido no território de um Estado que não seja o Estado de registro da aeronave.
 3. Não obstante o parágrafo 2 deste artigo, nos casos mencionados nas alíneas (a), (b), (c) e (e) do parágrafo 1, do artigo 1, aplicar-se-á também a presente Convenção se o criminoso ou o suposto criminoso for encontrado no território de um Estado que não seja o Estado de registro da aeronave.
 4. Com relação aos Estados mencionados no artigo 9, e nos casos mencionados nas alíneas (a), (b), (c) e (e) do parágrafo 1, do artigo 1, não se aplicará a presente Convenção se os lugares referidos na alínea (a) do parágrafo 2 deste artigo estiverem situados no território do mesmo Estado quando este por um dos Estados referidos no artigo 9, a não ser que o crime seja cometido, ou o criminoso ou o suposto criminoso seja encontrado no território de um outro Estado.
 5. Nos casos mencionados na alínea (d) do parágrafo 1, deste artigo, só se aplicará a presente Convenção se as instalações e serviços de navegação aérea forem utilizados na navegação aérea internacional.
 6. Aplicar-se-ão também as disposições dos parágrafos 2, 3, 4 e 5 deste artigo aos casos mencionados no parágrafo 2 do artigo 1.
- ## ARTIGO 5
1. Cada Estado Contratante deverá tomar as medidas necessárias para estabelecer a sua jurisdição sobre os crimes nos seguintes casos:
 - a) quando o crime for cometido no território do referido Estado;
 - b) quando o crime for cometido contra ou a bordo de uma aeronave registrada no referido Estado;
 - c) quando a aeronave a bordo da qual o crime é cometido aterrisar no seu território com o suposto criminoso ainda a bordo;
 - d) quando o crime for cometido contra ou a bordo de uma aeronave arrendada sem tripulação a um arrendatário que possua o centro principal dos seus negócios ou, se não possuir tal centro principal de negócios, residência permanente no referido Estado.
 2. Cada Estado Contratante deverá igualmente tomar as medidas necessárias para estabelecer a sua jurisdição sobre os crimes mencionados no artigo 1, parágrafo 1, (a), (b) e (c), e no artigo 1, parágrafo 2, até onde se parágrafo, se refere aos crimes mencionados, no caso de o suposto criminoso se encontrar presente no seu território e o Estado Contratante não o extraditar em conformidade com o artigo 8, para qualquer dos Estados mencionados no parágrafo 1 do presente artigo.

3. A presente Convenção não exclui qualquer jurisdição criminal exercida em conformidade com a lei nacional.

ARTIGO 6

1. Todo Estado Contratante em cujo território o criminoso ou o suposto criminoso se encontrar presente, se considerar que as circunstâncias o justificam, procederá à sua detenção ou tomará outras medidas para garantir a sua presença. A detenção e as outras medidas serão conformes a lei do referido Estado e somente terão a duração necessária a instauração de um processo penal ou de extradição.

2. O referido Estado fará imediatamente uma investigação preliminar dos fatos.

3. Toda pessoa detida em conformidade com o parágrafo 1 deste artigo terá facilidades para se comunicar imediatamente com o representante competente mais próximo do Estado do qual é nacional.

4. O Estado que, em conformidade com este artigo, houver detido uma pessoa, deverá notificar imediatamente os Estados mencionados no artigo 5, parágrafo 1, o Estado da nacionalidade da pessoa detida e, se considerar aconselhável, todo outro Estado interessado, de que tal pessoa se encontra detida e das circunstâncias que autorizam sua detenção. O Estado que fizer a investigação preliminar prevista no parágrafo 2 deste artigo comunicará imediatamente seus resultados aos referidos Estados e declarará se pretende exercer sua jurisdição.

ARTIGO 7

O Estado Contratante em cujo território o suposto criminoso for encontrado, se não o extraditar, obrigar-se-á, sem qualquer exceção, tenha ou não o crime sido cometido no seu território, a submeter o caso a suas autoridades competentes para o fim de ser o mesmo processado. As referidas autoridades decidirão do mesmo modo que no caso de qualquer crime comum, de natureza grave, em conformidade com a lei do referido Estado.

ARTIGO 8

1. Os crimes deverão ser considerados crimes extraditáveis em todo tratado de extradição existente entre os Estados Contratantes. Os Estados Contratantes obrigam-se a incluir os crimes como extraditáveis em todo tratado de extradição que vierem a concluir entre si.

2. Se um Estado Contratante que condiciona a extradição à existência de tratado receber um pedido de extradição da parte de outro Estado Contratante com o qual não tenha tratado de extradição, poderá, a seu critério, considerar a presente Convenção com base legal para a extradição com relação ao crime. A extradição estará sujeita às outras condições estabelecidas pela lei do Estado que receber a solicitação.

3. Os Estados Contratantes que não condicionam a extradição à existência de um tratado reconhecerão, entre si, os crimes como extraditáveis, sob as condições estabelecidas pela lei do Estado que receber a solicitação.

4. Cada crime será considerado, para o fim de extradição entre os Estados Contratantes, como se tivesse sido cometido não apenas no lugar em que ocorreu, mas também nos territórios dos Estados solicitados a estabelecerem a sua jurisdição, em conformidade com o artigo 5, parágrafo 1 (b), (c) e (d).

ARTIGO 9

Os Estados Contratantes que estabelecerem organizações conjuntas de transporte aéreo ou agências internacionais, que operem aeronaves sujeitas a matrícula conjunta ou internacional, designarão dentre eles, na forma apropriada e para cada aeronave, o Estado que exercerá a jurisdição e possuirá as atribuições do Estado de registro para os fins da presente Convenção, o qual dará ciência desse fato à Organização de Aviação Civil Internacional, que o comunicará a todos os Estados Partes na presente Convenção.

ARTIGO 10

1. Os Estados Contratantes, de acordo com o Direito Internacional e o Direito interno, tomarão todas as medidas exequíveis para evitar a ocorrência dos crimes mencionados no artigo 1. *previu*

2. Quando, em virtude da ocorrência de um dos crimes mencionados no artigo 1, um voo for atrasado ou interrompido, todo Estado Contratante em cujo território a aeronave ou os passageiros estejam presentes facilitará a continuação da viagem dos passageiros e da tripulação com a possível urgência e devolverá sem demora a aeronave e sua carga a seus legítimos possuidores.

ARTIGO 11

1. Os Estados Contratantes prestarão entre si a maior assistência possível em relação aos processos criminais instaurados com relação aos crimes. Aplicar-se-á em todos os casos a lei do Estado que receber a solicitação.

2. As disposições do parágrafo 1 do presente artigo não afetarão as obrigações assumidas em qualquer outro tratado, bilateral ou multilateral, que discipline, ou venha a disciplinar, no todo ou em parte, a assistência mútua em matéria criminal.

ARTIGO 12

Todo Estado Contratante que tenha razões para acreditar que um dos crimes mencionados no artigo 1 será cometido deverá, em conformidade com um Direito interno, fornecer toda informação relevante em sua posse ao Estado que acredite seja um dos Estados mencionados no artigo 5, parágrafo 1.

ARTIGO 13

Todo Estado Contratante deverá, em conformidade com um Direito interno, relatar ao Conselho da Organização de Aviação Civil Internacional, tão rápido quanto possível, qualquer informação relevante em sua posse com relação:

- a) às circunstâncias do crime;
- b) às providências tomadas em conformidade com o artigo 10, parágrafo 2;
- c) às medidas tomadas em relação ao criminoso ou ao suposto criminoso e, em especial, aos resultados de qualquer processo de extradição ou outros processos legais.

ARTIGO 14

1. Qualquer controvérsia entre dois ou mais Estados Contratantes, relativa à interpretação ou à aplicação da presente Convenção, que não puder ser solucionada por negociação será, mediante solicitação de um deles, submetida à arbitragem. (Se, no prazo de seis meses a contar da data do pedido de arbitragem, as Partes não tiverem chegado a um acordo sobre a organização da mesma, qualquer uma delas poderá submeter a controvérsia à Corte Internacional de Justiça, nos termos do Estatuto da Corte).

2. Cada Estado poderá, no momento da assinatura ou da ratificação da presente Convenção ou da adesão à mesma declarar que não se considera obrigado pelo parágrafo anterior. Os demais Estados Contratantes não estarão obrigados pelo parágrafo anterior com relação a qualquer Estado Contratante que haja feito tal reserva.

3. Qualquer Estado Contratante que tiver feito reserva nos termos do parágrafo anterior poderá a qualquer tempo retirá-la por meio de notificação aos Governos Depositários.

ARTIGO 15

A presente Convenção será aberta à assinatura em Montreal, em 23 de setembro de 1971, pelos Estados que participaram da [Conferência Internacional sobre Direito Aéreo] realizada em Montreal, de 8 a 23 de setembro de 1971 (doravante denominada a Conferência de Montreal).

Depois de 10 de outubro de 1971, a Convenção estará aberta a todos os Estados, para assinatura, em Moscou, Londres e Washington. Qualquer Estado que não assinar a presente Convenção antes da sua entrada em vigor, em conformidade com o parágrafo 3 deste artigo, poderá aderir à mesma a qualquer tempo.

2. A presente Convenção será sujeita a ratificação pelos Estados signatários. Os instrumentos de ratificação ou adesão serão depositados junto aos Governos da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e dos Estados Unidos da América, que são aqui designados Governos Depositários.

3. A presente Convenção entrará em vigor trinta dias após a data do depósito dos instrumentos de ratificação de dez Estados signatários da presente Convenção que tenham participado da Conferência de Montreal.

4. Para os demais Estados, a presente Convenção entrará em vigor na data da entrada em vigor da mesma, nos termos do parágrafo 3 do presente artigo, ou trinta dias após a data do depósito dos instrumentos de ratificação ou adesão, se esta data for posterior à primeira.

5. Os Governos Depositários informarão imediatamente todos os Estados signatários e que tenham aderido à presente Convenção da data de cada assinatura, da data do depósito de cada instrumento de ratificação ou adesão, da data da entrada em vigor da Convenção e de qualquer outra notificação.

6. Tão logo a presente Convenção entre em vigor, ela será registrada pelos Governos Depositários em conformidade com o artigo 102, da Carta das Nações Unidas, e em conformidade com o artigo 83, da Convenção sobre Aviação Civil Internacional (Chicago, 1944).

ARTIGO 16

1. Qualquer Estado Contratante poderá denunciar a presente Convenção, mediante notificação escrita aos Governos Depositários.

2. A denúncia produzirá seus efeitos seis meses após a data em que a notificação for recebida pelos Governos Depositários.

Em Testemunho do que os Plenipotenciários abaixo assinados, devidamente autorizados pelos seus Governos, assinaram a presente Convenção.

Feita em Montreal, aos vinte e três dias de setembro de mil novecentos e setenta e um, em três originais, cada um em quatro textos autênticos, nos idiomas inglês, francês, russo e espanhol.

(Publicada no DO de 22.6.73).