

REVISTA DE DIREITO PENAL

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

Diretor: Prof. HELENO C. FRAGOSO

Ns. 15/16

JULHO-DEZEMBRO/1974

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, SILVIO 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	
Giuseppe Bettiol — Estado de Direito e <i>Gesinnungsstrafrecht</i>	7
Alcides Munhoz Neto — Criminosos habituais e por tendência	18
Enrique Bacigalupo — A personalidade e a culpabilidade na medida da pena	34
COMENTÁRIOS E COMUNICAÇÕES	
Evandro Lins e Silva — A liberdade provisória no Processo Penal	45
Juarez Cirino dos Santos — Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico	51
PARECER	
Heleno Cláudio Fragoso — Ofensa a chefe de Estado estrangeiro. Imunidade parlamentar. Crime contra a segurança nacional	65
NOTAS E INFORMAÇÕES	
Resoluções do XI Congresso Internacional de Direito Penal	81
Reformas penais na legislação francesa	90
Seminário de Direito e Processo Penal	91
"Litis" — Nova revista de direito processual. IX Congresso da Associação Internacional de Juizes de Menores	93
V Jornadas Ibero-americanas de Direito de Menores	95
Argentina — Novo projeto de CP	96
RESENHA BIBLIOGRÁFICA	97
JURISPRUDÊNCIA	
Apropriação indébita e estelionato	129
Citação. Funcionário público	129
Corpo de delito. Boletim de atendimento	129
Delito de circulação de veículos. Sinal aberto	131
Exame do mérito em ação penal prescrita	131
Falsidade documental. Falsificação de carteira de habilitação de motorista. Competência da Justiça Estadual	133
HC. Inquérito policial	134

Ofensa a chefe de Estado estrangeiro. Crime contra a segurança nacional .	134
Oficiais e praças da Polícia Militar. Competência	135
Porte de substância entorpecente. Erro	135
Prova. IPM. Insuficiência	137
Revisão criminal. Interpretação da cláusula "decisão contrária à evidência dos autos"	137
Testemunho único. Validade	138
Vadiagem. Condenado foragido	140

LEIS E PROJETOS

Lei n. 6.063, 27.6.74 — Altera a data de entrada em vigor do CP	141
SNFMMF — Portaria 26, 26.7.74 — Produção, comercialização, prescrição e uso de drogas e especialidades farmacêuticas perigosas	141
Lei n. 6.091, 16.8.74 — Dispõe sobre o fornecimento gratuito de transporte, em dias de eleição, a eleitores residentes nas zonas rurais	150
Lei n. 6.174, 9.12.74 — Dispõe sobre a aplicação do disposto nos arts. 12, alínea "a" e 339 CPPM, nos casos de acidentes do trânsito	152
Índice alfabético geral dos números 5 a 15/16	153

EDITORIAL

Esta revista tem divulgado, em nosso país, importantes trabalhos de eminentes mestres estrangeiros, procurando sempre fazê-lo através de bem cuidadas traduções. Neste número, temos o prazer de incluir dois trabalhos dessa natureza: o primeiro, do Prof. GIUSEPPE BETTIOL, sobre o Direito Penal do comportamento interior, retomando o tema a que já havia anteriormente dedicado sua atenção e que tão bem se ajusta à sua concepção do direito punitivo. Seu trabalho anterior sobre o tema foi divulgado no Brasil (RT 442/315). O segundo artigo traduzido é de autoria do Prof. ENRIQUE BACIGALUPO, que é hoje, sem favor, uma das figuras mais destacadas no campo do Direito Penal, integrando aquele pequeno e seleto grupo de jovens professores que, reunidos em torno de JIMENEZ DE ASÚA, fundaram a revista Nuevo Pensamiento Penal. Esse trabalho do Prof. BACIGALUPO foi apresentado ao Colóquio realizado pelo Instituto de Ciências Penais do Chile, em abril de 1973 e de que participou o diretor desta Revista. Trata de um dos temas que hoje se põem ao centro das profundas transformações por que passa o Direito Penal de nosso tempo, assinalando as dificuldades técnicas trazidas por novas idéias, que vão dominando as legislações mais modernas.

A esses dois trabalhos, em tradução, ajunta-se o estudo do Prof. ALCIDES MUNHOZ NETO, da Universidade Federal do Paraná, a respeito dos criminosos habituais ou por tendência, tema particularmente difícil e polêmico em face do CP de 1969, por suas soluções tão discutidas e criticadas. O trabalho do Prof. MUNHOZ NETO constitui valiosa contribuição ao estudo da matéria.

Entre os Comentários e Comunicações publicamos excelente artigo do Min. EVANDRO LINS E SILVA, de quem já temos divulgado outros trabalhos, sobre a liberdade provisória no Processo Penal, tendo-se em vista as novas disposições introduzidas a respeito em nosso direito. Tais disposições, infelizmente, vêm sendo aplicadas pelos tribunais com timidez e espírito conservador. Nessa seção incluímos também estudo do Prof. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, sobre a culpabilidade, focalizando uma série de questões importantes que sobre o tema trouxe a teoria finalista da ação.

Publicamos também o parecer do diretor desta revista sobre o rumoroso processo penal movido perante o STF contra o ex-deputado

Francisco Pinto, onde são analisadas várias questões jurídicas da maior importância, sobre as imunidades parlamentares no regime da atual CF, e sobre a ofensa política e subversiva.

Nas seções habituais o leitor encontrará extensa resenha bibliográfica, sobre obras nacionais e estrangeiras, no campo da nossa especialidade. Nessa resenha colaboram não só os responsáveis pela parte editorial desta revista, inclusive a Prof.^a YOLANDA CATÃO, como também os Profs. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, HORTÊNCIO CATUNDA DE MEDEIROS e RAPHAEL CIRIGLIANO FILHO.

Na parte de noticiário merecem destaque as conclusões do XI Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em setembro do corrente ano em Budapeste, do qual fomos um dos co-presidentes (juntamente com MARC ANCEL, HANS-HEINRICH JESCHECK e IGOR ANDREJEV). Esse congresso tratou de temas extremamente importantes, entre os quais os dos novos métodos e meios do Direito Penal e o que se refere a drogas e substâncias perigosas.

Neste número publicamos o índice geral desta revista compreensivo de todas as matérias publicadas de seu número 5 até o presente, inclusive a resenha bibliográfica e a jurisprudência. Este índice foi organizado por uma de nossas colaboradoras, a Dr.^a LÍDIA SEQUEIRA. O índice geral dos números anteriores foi publicado no n. 4, organizado pelo Dr. FERNANDO FRAGOSO.

Desejamos na oportunidade chamar a atenção dos interessados para o importante V Congresso das Nações Unidas Para Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, que se realizará em Toronto, no Canadá, no período de 2-12 setembro de 1975. O diretor desta revista embora desvinculado de qualquer representação governamental, foi escolhido pelas Nações Unidas para vice-presidente do referido congresso.

H. C. F.

DOCTRINA

ESTADO DE DIREITO E "GESINNUNGSSTRAFRECHT"*

GIUSEPPE BETTIOL

1. Nossa atenção deve ser dirigida a toda novidade que possa se inserir no tronco do sistema para indagar se, através da mesma, se determina ao menos uma modificação ou um reposicionamento sobre tradicionais fundamentos do próprio sistema penal. Seria, agora, natural falar da grande revolução que, a partir de 1940, ocorreu na dogmática penal por obra de WELZEL, que hoje homenageamos, o qual, com a sua concepção finalística da ação e personalística do ilícito, operou uma verdadeira reviravolta na metodologia mecanicístico-causal que, por um século, dominou o campo do Direito Penal. A obra de WELZEL permanece como uma obra de significado histórico que todos reconhecemos pelas conseqüências que teve no processo de eticização e de humanização das categorias penais, não mais meras figuras abstratas de qualificação jurídica, mas conexas a um momento ontológico e, portanto, à essência e ao valor das coisas.

É também verdade que assim o sistema, passando, no que concerne ao crime, de uma plataforma objetiva para outra subjetiva, pode haver provocado interpretação ou impressões erradas, mas o subjetivismo de WELZEL não é o subjetivismo do *Willensstrafrecht* de amarga memória, nem um subjetivismo de caráter "burguês" como os juristas da Alemanha Oriental censuraram no mesmo autor, quase como se com a ação finalística, fosse colocada em perigo a própria segurança jurídica. Quando se parte do pressuposto de que o Direito Penal é tutela de bens jurídicos em um quadro de estrita legalidade, não se faz isso pelo arbítrio que rompe a lei, ainda se momentos subjetivos sejam tomados em maior consideração. Mas são sempre momentos subjetivos que vêm em exame a *parte objecti*, a *parte delicti*, e não em relação a um querido e deliberado aumento dos poderes discricionários subjetivos do juiz, como nos sistemas políticos

(*) Tradução do Prof. LUIZ ALBERTO MACHADO.

antiliberais. Mais do que subjetivar as categorias penais, trata-se de humanizá-las, ligando-as a uma substância da qual viviam desprendidas. Eis então que surge a ação finalística como um dado que revoluciona o sistema tradicional. Poder-se-á aceitá-la em uma concepção sistemática até as suas mais longínquas conseqüências ou se poderá limitar a sua produção em um quadro sistemático mais circunscrito, mas certo é que humanizou o que estava cremado, vale dizer, aquele conceito de ação que é o suporte de toda construção penal. A ação finalística não é um elemento de natureza cega, mas o momento vidente de um ser que sabe dirigir as suas ações em um mundo no qual suscitam momentos de valor, mesmo porque foram ligados ou inseridos em dados personalísticos. WELZEL no seu *Direito Penal*, 11.^a ed., pág. 79, indica alguns destes elementos: a) a intenção, que dá à ação dolosa finalística uma particular intensidade; b) particulares tendências da ação, como em certos delitos sexuais, nos quais não podemos prescindir de certas orientações libidinosas do sujeito; c) os particulares momentos da *Gesinnung*, que encontramos em certos particulares tipos delituosos (sobre os quais SCHMIDHÄUSER, por primeiro, atraiu a nossa atenção: ex.: “agir por brutal malvadeza”, matar pelo gosto de matar, usar particular crueldade e assim por diante). Disse WELZEL que estes momentos subjetivo-pessoais vêm constantemente em relevo no fato do crime e colore o conteúdo ético-social da ação em determinado sentido. Do tipo subjetivo de comportamento ou da posição do autor, pode-se determinar de maneira relevante o particular significado ético-social da ação. WELZEL, em substância, avalia a individualização destes momentos ético-personalísticos, mas faz a respeito uma asserção de grande valor. O insigne autor afirma que enquanto tudo isso não faça esvanecer o “fato” — e pois a certeza jurídica — não se corre nenhum perigo, admitindo no entanto que, em certas situações, o fato, através da incidência desses momentos ético-personalísticos, possa enfraquecer-se, restringir-se, limitar-se, e se possa chegar à aceitação de um *Gesinnungsstrafrecht*, vale dizer, a punir um simples comportamento interior do sujeito, o que contrastaria com nossa política criminal, nossa legislação e nossa dogmática.

2. O autor deste trabalho teve oportunidade, na Itália, de atrair, recentemente, a atenção dos estudiosos sobre esses momentos personalísticos que se encontram na pesquisa científica. O escrito “Sobre direito penal do comportamento interior” (*Riv. Ital.*, 1971) encontrou, porém, forte resistência e oposição. Antes de mais nada os positivistas perfilharam com SANTORO (*Scuola Positiva*, 1972) a dizer que em tudo aquilo que BETTIOL escrevera, nada havia de novo, porque já valorizado pelo positivismo criminológico italiano. Disse ainda SANTORO que tudo se reduz a palavras que voam (*verba volant*), como se o positivismo, com as suas subjetivações, não se tivesse já volatilizado e terminado em nada. Mas não é duvidoso que com o dogma-

tismo dos últimos descendentes italianos da escola positiva, nada há a fazer. São fósseis que refutam toda modificação às suas tradicionais atitudes e soluções dos problemas penais, repetindo críticas já superadas por conclusões de longas pesquisas, mesmo no setor das ciências naturais que — segundo eles — deveriam ainda sufragar uma concepção estática e mumificada da realidade humana. Não há nenhuma possibilidade de diálogo fecundo, porque o conceito de “homem”, de “personalidade humana”, é entendido em termos por tudo estáticos, como se a biologia, a psicologia, a sociologia, se fundamentassem sobre posições de há um século, quando as expressões “constituição”, “ambiente”, “reflexos condicionados”, “hereditariedade”, eram mantidas como palavras mágicas, capazes de resolver todos os problemas de que o direito penal e a criminologia ocupavam.

Devemos, porém, reconhecer — ainda no juízo negativo que exprimimos — que os positivistas da *Nouvelle Défense Sociale* romperam esse encanto com uma atitude mais solta, mais viva, mais colorida, dos problemas penais, admitindo o que um positivista tradicional e ortodoxo consideraria uma heresia. SANTORO é um destes que bem pouco se assemelham a um MARC ANCEL ou a um GRAVEN!

É certo que “o comportamento interior”, como nós o consideramos, reconduzindo-o a um “estado de consciência eticamente relevante” e inserível no mundo jurídico, não pode ser entendido por quem professa ainda um puro positivismo naturalístico e legal. Se também para esses a ética é ligada à metafísica, deve desaparecer como a metafísica, que não tem nenhuma razão de existir, enquanto é uma pura ilusão da mente humana. A única atitude ética aceitável torna-se aquela da “simpatia” ou da “felicidade do maior número”, não aquela categorial, que deriva da voz de uma consciência ligada a um absoluto. Torna-se inútil que os positivistas venham dizer que o seu sistema é impregnado de eticismo, porque não condena, mas “compreende”, quando para nós a função da moral é indicação do juízo de mérito ou demérito, não já a simples indagação sobre causas ou condições que possam ter conduzido um sujeito a um delito, resolvendo em um puro dado da natureza aquilo que, ao contrário, é uma expressão do espírito. Mas o espírito, no âmbito do seu sistema, está morto, e a natureza inerte, em razão do que nenhum progresso científico se encontra nas elucubrações e pesquisas. Se a “periculosidade do delinquente” é o centro do seu sistema, o que nos diz seu conceito de “homem”? Uma coisa é certa: essa periculosidade, até sendo uma categoria personalística, não tem nada a ver com a *Gesinnung* ou comportamento interior do agente. Mas ainda quando se fala da periculosidade, não se pretende, de fato, referir-se ao homem “pessoa”, mas ao homem “coisa”. A personalidade da periculosidade é puro ponto da relação, mas não apresenta qualquer valor ontológico. Para o positivismo, o único valor ontológico é o homem como puro e simples “fragmento do cosmo”, de um cosmo

que é uma realidade fechada em si mesma, opaca, cristalizada e, até, parada e bloqueada. Não há — repetimos — uma abertura acima de um mundo finalístico interpretado, mas somente causalmente entendido. Se a periculosidade é probabilidade de novos eventos delituosos (segundo a definição de GRISPIGNI), esta probabilidade se insere sobre a causalidade, a que se submete tão-só a um juízo naturalístico. O juízo moral se ocupa apenas do ato consumado ou que se está consumando. O futuro foge a um juízo ético, porque, para a moral, inexiste.

Se, na verdade, o crime perpetrado é só ocasião do juízo de periculosidade, esta escapa de toda possibilidade de um juízo de valor, que supõe a transgressão de um dever. Só na culpabilidade este juízo é possível, enquanto é reprovabilidade por um fato acontecido; se até dos estados de consciência pode-se falar, estes são admissíveis apenas no âmbito e intensidade de um juízo de culpabilidade. Compreende-se a impossibilidade para um positivista de entender e valorar um estado de consciência que não se pode identificar com um puro elemento psicológico, mas pode constituir um impulso para a ação. Assim, os “motivos”, sendo também dados positivos de caráter subjetivo, não são, necessariamente, expressões de um “estado de consciência”, ou, quando menos, um positivista não lhes poderá jamais compreender e valorar nesse sentido. O positivista está morto para esse mundo de valores, de impulsos conscientes, eticamente relevantes, dos fins que iluminam o ânimo de quem obra no mundo social. Para esses a consciência cria ilusões, não autoriza juízos, prospectivas éticas válidas para a ação. SANTORO não conseguiu, nem poderia conseguir entrar nesse mundo.

3. Uma ampla avaliação do meu escrito sobre direito penal do comportamento interior foi feita por TORÍO (*Anuario de Derecho-Penal*, Madri, 1973). O escrito é cheio de atenção e compreensão, feitas com aquele cuidado que é uma das características da publicação madrilenha. TORÍO, após afirmar que é certo o influxo metodológico que o escritor teve sobre a nova geração de juristas espanhóis (e por este reconhecimento o agradeço), passa a salientar amplamente os momentos salientes da minha publicação, maravilhado, porém, do fato de ter ousado ultrapassar alguns limites e criar a confusão entre os jovens que ainda acreditam em *verbo magistri*.

Creio oportuno deter-me a respeito.

Disse TORÍO que a ampla síntese por ele feita do conteúdo da minha publicação é “suficientemente indicativa da mudança que representa esta contribuição do professor de Pádua no conjunto de sua obra científica”. O trabalho, até, representaria por si mesmo um retorno sobre critérios metodológicos da pesquisa até agora levada a efeito, e se bem não representa uma refutação dos elementos objetivos do crime, sempre significa um perigo para a segurança jurí-

dica e para os princípios de um direito penal que se pretende inserir na moldura dos princípios de um Estado de Direito. Subsiste, até, quando menos no espírito de um Direito Penal do comportamento interior, um perigo para as liberdades individuais que só o Estado de direito garante. É bem verdade que TORÍO não me fez a desfeita de colocar-me no número dos irracionais mais ou menos contemporâneos, aos quais se refere a crise de segurança trazida pelo *Wilensstrafrecht* há quarenta anos no coração da Europa, mas não há dúvida que a observação crítica do escritor espanhol vai colhida e discutida para dissipar dúvidas e incertezas que uma apressada meditação das minhas páginas poderia trazer.

Antes de mais nada, nego que se trate de uma mudança. Mudança quer dizer trocar de estrada, fazer o avesso daquilo que se fez primeiro, indicar diversos critérios de hermenêutica. Quero, antes de mais nada, dizer que as constantes lógicas do direito penal são plenamente respeitadas: ninguém pensa em tocar ou revolver a correlação “fato-crime”, “crime-retribuição”, “retribuição-pena”, para negar ou alterar seus termos. Só então estaríamos como diz NUVOLONE — por fora dos limites de um Direito Penal verdadeiro e próprio. Não estamos diante do binômio “periculosidade-pena” ou “culpa-medida de segurança”. Esse seria o retrocesso que sempre quisemos evitar decididamente. Os limites clássicos do Direito Penal permanecem invariáveis na sua ordem: de um lado o crime, de outro a pena retributiva. Só que no âmbito de um Direito Penal do comportamento interior, não o limite lógico, mas o tom, pode vir a mudar. Se é verdade que, aqui, nos movemos sempre sobre o terreno do classicismo, não é menos verdade que o classicismo de hoje não é o de ontem e que também no âmbito de uma mesma impostação lógica, conteúdo e significado de certos conceitos podem sofrer uma mutação.

O Direito Penal sob o influxo e a cultura de hoje não é o racionalismo formal de CARRARA ou a ainda tímida dialética de PESSINA. As correntes do pensamento humano sofreram profundas transformações e seria absurdo que o direito penal não sofresse as suas consequências. Tome-se o Código Penal italiano de 1931 e as numerosas correntes filosóficas que o influenciaram: racionalismo liberalizante, dialética hegeliana, filosofia do autoritarismo e por aí afora. Todo filão deixou o seu rastro. Só mudando a correlação lógica “crime-pena” muda o Direito Penal, mas enquanto essa correlação permanecer, uma mudança ou um enriquecimento dos critérios metodológicos de pesquisa e de interpretação serão plenamente lícitos e ainda oportunos. O desprezo professado por muitos para com a ciência jurídica, é a consequência do imobilismo da dogmática e da recusa de adequar-se aos tempos. Em minha opinião, o Direito Penal do comportamento interior ou dos estados de consciência é exatamente o fruto de uma nova maturação dos tempos que — sem

negar o que a tradição e o Estado de Direito lhe deram traz um enriquecimento metodológico que analisa a pessoa humana sob uma luz diversa. Isso não se choca com qualquer regra tradicional, transmitida pelo liberalismo e o Estado de direito. Em verdade: a) não nega validade ao princípio da legalidade, já que preserva crime, pena, medida de segurança. Esta é a única base sobre a qual se pode construir um Direito Penal a serviço da liberdade e dos direitos fundamentais da pessoa humana, ainda que hoje, nos tipos, encontremos encastoados momentos normativos, um tempo considerados inadmissíveis pela segurança jurídica; b) não nega a interpretação lógico-racional da norma penal, ainda se em situação de dificuldade sugerisse um método teleológico de procura, que poderá, para alguns, ser razão de um círculo vicioso. Mas a lógica sempre conheceu esses círculos viciosos; c) não refuta o *Tatbestand*, mas ainda se alimenta de BELING. Depois de tanto irracionalismo, digamos com RITTLER: *Zurück zum Beling!* E isso representa, sobre plano programático, uma exigência de segurança, com a tipicidade colocada na base de toda pesquisa; d) não refuta os limites psicológicos do dolo e da culpa como tipos de nexo de causalidade subjetiva, ainda se não resolve a culpabilidade só com a sua presença; e) não nega a retribuição como fundamento da pena e portanto é hostil à pena indeterminada e olha com suspeita a medida de segurança.

Se isso é verdade, a nós parece que o Estado de Direito, com as suas fundamentais e essenciais exigências de segurança, está salvaguardado. A segurança jurídica não é colocada em discussão, ainda que uma certa margem venha reconhecida à discricção do juiz, característica esta de todo o Direito Penal moderno.

4. Tudo o que foi dito permanece, mas é ainda verdade que alguma coisa muda na evolução das coisas e das idéias. Quarenta anos atrás — ao tempo da elaboração do Código Penal italiano — o conceito de uma responsabilidade objetiva estava tranqüilamente aceito, como se isso representasse quase um modo de ser normal do Direito Penal e não já uma aberração dos tempos passados. Era acolhida, como a única válida em tema de causalidade objetiva entre a ação e o resultado, a teoria condicionalística, fundada na qual a causalidade ligava-se só a um dado lógico-naturalístico, como se, nela, ao contrário, não se refletisse o homem com a sua carga espiritual e psicológica. Dolo e culpa eram construídos apenas sobre dados psicológicos, sem referência alguma ao empenho de consciência típico do homem quando age em modo conforme ou disforme à vontade do ordenamento jurídico. Portanto, todo um mundo fechado entre os apertos de uma concepção de pura natureza mecânica, que não deixava passar a luz de uma concepção espiritual-personalística do homem posto no centro de todo valor social.

Quando afirmamos, no passado, que a norma constitucional (art. 25), afirmativa da personalidade da responsabilidade penal, é uma

norma revolucionária do sistema, fomos considerados negativamente, mas a verdade é que alguma coisa de novo entrou no ordenamento penal, e foi o conceito de “pessoa”. Se ainda recordamos toda a evolução da escola clássica, não encontramos uma expressão similar, à qual o Direito Penal esteja vinculado. Fala-se de homem (quando nele se fala), de indivíduo, de sujeito ativo do crime, de destinatário das normas jurídicas, mas se a expressão “pessoa” vem usada, é usada em sentido naturalístico ou não adequada ao fato. Com efeito, se um significado tem a “pessoa”, é aquele de ser “anti-sistema”, vale dizer, uma idéia de valor que encontra em si mesma o seu significado, sem necessidade de ser relacionada a outra ou a outras que constituíssem, em verdade, o sistema dentro do qual pode vir inserida, ainda que desvanecida. O Direito Penal é o direito da “individualidade”, que vê nas relações do direito uma superestrutura formal, uma qualquer coisa que pode servir para desdobrar alguns aspectos do Direito Penal, mas nunca para compreendê-lo; tanto é verdade que, malgrado a distância abissal entre classicismo e positivismo, o problema das relações não muda. Estende a vocação normal interpretativo-sistemática do Direito Penal, mas esquece que este é, paradoxalmente, o direito da solidão. Direito da solidão que quer significar um reingresso em nós mesmos para pesquisar as razões últimas da ação, que não são psicológicas em sentido naturalístico, mas morais. Se ainda é verdade que o homem atua sob o impulso de motivações conscientes, tais motivações foram estudadas à luz de uma psicologia naturalístico-descritiva, mas não foram referidas aos estados de consciência que toda pessoa tem, a respeito de tudo aquilo que a circunda. O homem emerge, não quando atua sob o influxo de estímulos psicológicos ainda que bem definidos, mas quando embora não negligenciando esses estímulos — toma uma posição de significado afirmativo ou negativo a respeito dos aspectos do mundo em que vive. E não são as coisas ou os estímulos em sentido naturalístico que despertam as soluções, mas as exigências que neles brotam. Quais os motivos, não contam mais; contam as avaliações da consciência que urgem no homem, vale dizer, o valor que o homem atribui a um determinado fim e o empenho que sente para respeitar ou negar esse valor. Por este perfil, o direito se sublima na ética. Mas pode-se conceber um Direito Penal sem uma relação estreita com a ética? Não é que o Direito Penal tutele só as exigências éticas de caráter social; o mínimo ético de MANZINI. Isto é certo, e é a prova de que mesmo um técnico-positivista como MANZINI, que refutava todo influxo filosófico no Direito Penal, o recebia através do objeto da tutela penal. Mas o que, com efeito, conta, é o modo através do qual o Direito Penal chama o homem a responder. O comportamento da consciência a respeito dos valores é, em verdade, o critério de fundo que interessa aos fins de uma responsabilidade penal personalisticamente entendida. Pessoa é síntese de natureza, história e valor. O homem não é pura natureza, mas é história enquanto atua e se move

pelos valores, nos quadros e em vista dos mesmos. A sua responsabilidade subjetiva está exatamente nisso e só por isso o Direito Penal adquire um seu (ou o seu) significado ético, que o caracteriza e diferencia o homem como o ser que não pode subjacer passivamente a esquemas puramente legais. É, em todo o caso, a consciência do homem na sua singularidade o critério decisivo de escolha. Todo o problema dos conflitos entre deveres contrastantes em Direito Penal permanece um enigma insolúvel se não vem referido a um estado de consciência, sobre cuja base se opera a escolha. Com tudo isso, não estamos no campo de fórmulas privadas de significados, nem no de abstrações, porque dolo, culpa, boa-fé, consciência da ilicitude do fato, reincidência e por aí afora, são noções que só podem ser compreendidas no aprofundamento ou na incidência que os valores possam ter na consciência humana. Quanto tempo, em verdade, se perdeu, por tentar desdobrarem-se tais conceitos sobre o plano de uma psicologia formal-naturalística, quando tudo isso serve para assinalar os limites externos da pesquisa, não para exprimir um conteúdo. Sem, em verdade, andar à procura de um mínimo denominador comum entre o dolo e a culpa no plano puramente psicológico, basta sublinhar que dolo e culpa são conceitos que nascem por um empenho de consciência, que está na raiz da ação do sujeito. O mesmo conceito de boa-fé (tanto pregado e jamais aplicado) é um mistério aos estranhos a uma referência a um estado de consciência que exclui todo o empenho no mal da pessoa que atua. E só o homem-pessoa pode ser objeto de referência de um estado de consciência, porque a pessoa “sem consciência” é opaca, no sentido em que se identifica com a objetividade que a circunda, sem entender, sem inserir-se no mundo dos valores morais, que só podem tornar compreensível a vida ou a história e também o ambiente no qual alguém vive e atua.

5. Por quanto disse, parece resultar claro que o Direito Penal do comportamento interior é o Direito Penal relacionado à pessoa ética e singularmente entendida. Depois da orgia do coletivo, exaltado e organizado por um sociologismo brutal que referia a pessoa humana ao coletivo, isso deve hoje exprimir-se em toda a sua plenitude. Isso não significa negar a sociedade, por fazer triunfar a anarquia individualista. O Direito Penal do comportamento interior sabe bem que o direito é *proportio hominis ad hominem* e que a relação inter-subjetiva — ainda se elemento formal — é sempre necessária à noção do direito; mas há sociedades e sociedades. Há a sociedade livre ou permissiva e a sociedade opressiva. Há um Direito Penal opressivo, que subordina tudo à razão do Estado, em limites de aspereza e dureza; há um direito liberal ou permissivo, que subordina a intervenção do Estado, no campo da punibilidade, a precisas exigências éticas, políticas, sociais. Quero dizer que toda referência a exigências contingentes é excluída. Não se nega o direito de punir, e a comunidade (comunhão de homens livres) tem tal direito se o

exercita na tutela mais absoluta da personalidade humana. Isto quer dizer respeito à autonomia, à dignidade, à liberdade do homem sob o particular reflexo dos seus estados de consciência, que se refletem no fato delituoso. Não temos de incorrer nas críticas daqueles que afirmam que, com isso, se identifica o juízo jurídico com o juízo moral. Para nós o Direito Penal é sempre moral cristalizada em regras precisas, não caíndo no arbítrio, não findando em carência total de garantia. A garantia formal deve permanecer e, com ela, todas as que o Estado de direito oferece ao cidadão, mas há uma garantia de caráter substancial que deve estar presente e sobre a qual vai graduada e fundada a culpa moral do homem. Se é verdade que, há trinta anos, no nosso *Direito Penal* (1945) havíamos falado de um primado da antijuridicidade no quadro dos elementos do crime, o fizemos em razão de que, então, certas determinantes tendências aberrantes conduziram ao Direito Penal da vontade, com o correspondente aberrante juízo de culpabilidade, mas hoje a situação mudou, no sentido de que o ambiente cultural sofreu uma profunda transformação, sob o influxo da filosofia personalística. Nós não negamos o bem jurídico, não negamos uma interpretação teleológica da norma desligada da *ratio*, mas se de uma primazia se deve falar, essa dirá respeito à culpabilidade nos limites do comportamento interior do agente. É exigência da nova Constituição italiana, que encontra a sua mais alta expressão no reconhecimento de que a “responsabilidade penal é pessoal”. Como disse outras vezes, não pode tal norma ser simplistamente entendida como exclusão cabal de toda responsabilidade penal por ato alheio. A norma quer dizer também isso, porém se trata de uma afirmação pleonástica. Em qualquer caso, a responsabilidade por fato de outrem desaparece pelo esquema lógico constante que caracteriza o Direito Penal. Não há necessidade de afirmá-lo sobre o plano constitucional, se não como reação a tristes episódios de tempos passados. Mas a mesma responsabilidade objetiva por fato “próprio” está fora do Direito Penal, porque está fora da personalidade do homem. O homem responde nos limites do querido ou, quando menos, do previsível, que supõe uma sucessão normal entre um tipo de ação e um tipo de resultado. Ainda a exceção é estranha ao Direito Penal. A áspera campanha que sustentamos em vão na comissão de justiça do Senado, para a adoção explícita da causalidade adequada pelo Código Penal, contra a teoria da *conditio sine qua non*, em tema de relação causal, responde também a uma exigência de personalização da mesma responsabilidade, em tema de causalidade. O resultado excepcional suplanta a pessoa, mesmo porque não é, por ela, previsível. Só um Direito Penal fechado pode aceitar a teoria condicionalística.

Não se humaniza o Direito Penal tão-somente mitigando as penas. Ainda um direito penal humanizado em tal sentido pode ser fechado e opaco, quando em tema de crime acolhe ou torna próprias

idéias e concepções nas quais todo sopro de humanidade desapareça. Se é verdade — como afirma JESCHECK — que a humanização deve ser considerada uma das linhas constantes e fundamentais de um Direito Penal moderno, toda a matéria penal deve ser permeada e não só a consequência jurídica do crime, isto é, a pena. Não se podem coligar os seus dois limites, dos quais um permanece fechado e o outro aberto: isso significará partir o conceito unitário do Direito Penal e fazer obra de prevaricação científica. Ainda as categorias “formais” do direito devem ser humanizadas. Quando a Corte Constitucional italiana nega a possibilidade de responder por fato de outrem, mas não rejeita explicitamente a responsabilidade objetiva, e, mais, sublinha que o processo de humanização é irreversível, cai em uma série de confusões, que não levam adiante o Direito Penal, mas antes o fazem recuar. Todo momento ou fragmento do sistema deve dele separar-se iluminado. E que razão tem, agora, o estupor de quem pensa que um ulterior exame e aprofundamento sobre os momentos subjetivos do crime (ressalvados, em todo caso, todos os aspectos ou momentos objetivos) possa representar um retrocesso perigoso para uma dogmática penal assente sobre a segurança jurídica? Trata-se somente de um aprofundamento subjetivo na substância dos estados de consciência do sujeito agente, que normas penais específicas ou gerais impõem ao pesquisador. Uma coisa, em verdade, é a causalidade e a interpretação do fato, outra aquela da motivação, e outra ainda aquela do comportamento interior ou de consciência, a respeito do valor que o fato exprime. Assim nós nos aproximamos e, em certos casos, identificamos a capacidade de delinquir (art. 133, do CP) com os estados de consciência do réu. Isso significa romper ou fender a crosta da segurança jurídica, ou enriquecer, pelo contrário, a pesquisa com momentos ou situações que dão maior relevo ou significado ao elemento subjetivo do crime, melhor ainda, à culpabilidade? Se esta não é um dado puramente psicológico (ergo naturalístico), mas uma essência normativa que exprime o não dever ser da vontade a respeito de um fato delituoso, não é talvez válido critério hermenêutico também o estado de consciência do sujeito agente a respeito do fato no seu desvalor, quando o está consumando? Assim os motivos são uma coisa (psicológica) mas o seu caráter abjeto e fútil (por exemplo o art. 62, do CP) é uma nota ou uma coloração que assumem a respeito de uma orientação da consciência do réu. Se o Código os considera, porque a doutrina não lhes pode trazer consequências de caráter hermenêutico ou sistemático? O Direito Penal tradicional da “voluntariedade do fato” sai enriquecido e humanizado pelo comportamento da consciência, enquanto no fato voluntário se reflete o tom da personalidade do réu, o seu caráter e as suas orientações.

Há uma filosofia que fala da “morte do homem”, como uma teologia que fala hoje da “morte de Deus”. A filosofia da morte do homem

nasceu primeiro com os sistemas positivistas, por um lado, que reduzem o homem a um “fragmento cego da natureza”, e com aqueles do idealismo absoluto, que o dissolvem na dialeticidade do Espírito. O homem como pessoa singular, que vive e faz a história, não existe mais. É um simples mito, uma simples criação da mente, que pretende ver o absoluto no fim de toda transcendência metafísica ou religiosa. Hoje também alguns teólogos estão dispostos a convalidar a profanação da teologia e de tudo que lhe está coligado, como o direito, fundando-se em que todo sistema jurídico se liga a um preceito. E agora se fala de um “*requiem* para os direitos do homem” (DE MENASCE, in *Studium*, 1973, n. 4) porque o direito pode subsistir somente onde o conceito de homem é, ainda, reconhecido como um conceito vivo e vital, como uma realidade biológico-racional que vive na história eticamente entendida e interpretada. O Direito Penal deve contribuir para um tal conceito do homem, porque somente onde existe o homem, existe um Direito Penal que o garanta nos seus direitos, nascidos da sua natureza moral, evitando as concepções tanto do positivismo como do idealismo absoluto. Para entender o homem e para considerá-lo como o fulcro do Direito Penal, não basta em verdade construir os conceitos que lhe são relativos, com base em dados naturalísticos. É necessário tomar em consideração ainda os dados de consciência, porque é a consciência que faz o homem, isto é, a possibilidade de sentir e de exprimir um juízo de valor sobre motivos e razões da ação e, depois, sobre o significado moral desta, a respeito dos valores tutelados. Sem a consciência do significado moral da ação, sem a prova de um determinado comportamento de consciência e o relativo grau de sensibilidade frente ao bem e ao mal, não se gera o homem que serve aos fins do Direito Penal. O homem salta vivo diante de nós, não apenas porque entende ou quer alguma coisa, mas porque se empenha em alguma coisa por uma razão que entende como lícita ou como ilícita. Os estados de consciência são eticamente relevantes se o homem não é entendido apenas como uma entidade naturalístico-zoológica; e o Direito Penal — ligado como é à ética — não pode deles prescindir, não já para substituí-los (e este é o ponto) ao fato ou à voluntariedade, mas sim para medir o grau da culpabilidade ou da reprovabilidade, próprio a todo seu comportamento. O direito penal do comportamento interior (*Gesinnungsstrafrecht*) não está apenas ancorado — como na Alemanha — a algumas expressões típicas de alguns tipos, mas exprime uma idéia mais ampla e mais profunda, enquanto, partindo da natureza ética do homem, pretende sensibilizar todos os setores do Direito Penal a uma dada concepção do homem, única realidade ética da História. Trata-se de uma mudança significativa de posição, não de um retrocesso, que pretende compreender o direito servindo-se de uma concepção aberta e dinâmica do Homem. E o Estado de Direito, ligado aos direitos do homem, sai fortificado e não humilhado.

CRIMINOSOS HABITUAIS E POR TENDÊNCIA

ALCIDES MUNHOZ NETO

1. O Código Penal de 1969 trata, em seu art. 64, dos criminosos habituais e por tendência, para o efeito de agravação da pena, por tempo relativamente indeterminado. Conquanto, de há muito, a matéria haja sido disciplinada na legislação de outros países,¹ representa novidade em nosso direito. Efetivamente, foi omissa a respeito o Código Imperial de 1830. Também o Código Republicano de 1890, silenciou sobre tais espécies de criminalidade crônica, muito embora, na doutrina, TOMÁS ALVES já houvesse reclamado, para os pluri-reincidentes, a aplicação de pena indefinida, até darem mostras de mudança de sentimentos ou inclinações.² O Código de 1940, por igual, preferiu não tratar especificamente de classes especiais de delinquentes, sob o exposto fundamento de que, quanto aos criminosos por tendência, “nem mesmo se pode asseverar que existam, isto é, não se pode afirmar que haja uma inclinação especial ou fatalística para o crime”. Quanto aos criminosos habituais, consignou-se não haver “razão para destacá-los da família dos reincidentes, uma vez que a estes seja aplicado um tratamento especialmente rigoroso”.³

Se, no campo legislativo não há antecedente brasileiro acerca dos criminosos habituais ou por tendência, outro é o panorama quanto aos projetos de Código Penal. Com efeito, o Projeto SÁ PEREIRA, original e revisto, classificou os criminosos reincidentes em profissionais, incorrigíveis e por índole.⁴ Como o profissional é subespécie do criminoso habitual e confundindo-se o delinquente por índole com o criminoso por tendência,⁵ cabe atribuir ao Projeto SÁ PEREIRA a primeira tentativa de disciplinar a matéria em nosso país. Para os aludidos tipos de reincidentes, previa-se, ali, a aplicação da pena

1. CP Itália, arts. 102, 103, 108; Suíça, art. 42; Alemanha, § 20, a, introduzido por lei de 24.11.1933; Iugoslávia, art. 40, a; Grécia, art. 90.

2. *Anotações Teóricas e Práticas ao Código Criminal*, 1870, tit. I, págs. 304 e 305.

3. Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, n. 24.

4. Projeto SÁ PEREIRA, arts. 40, 41 e 42.

5. *Infra* n. 5.

correspondente ao último dos delitos, acrescida de medida de segurança por até 3 anos, sistema, evidentemente criticável, por não atender que é da essência das medidas de segurança detentivas a indeterminação de seu tempo máximo.⁶ Com maior perfeição técnica, o Projeto ALCÂNTARA MACHADO catalogou os criminosos em ocasionais, habituais, por tendência e reincidentes em crimes dolosos. Para os últimos, estabeleceu uma presunção de periculosidade com a consequente aplicação de uma medida de segurança complementar à pena, segundo o sistema do duplo-binário, de franca aceitação na época.⁷

Duas décadas depois do repúdio pelo Código Penal de 1940 da divisão de delinquentes sugerida pelo Projeto ALCÂNTARA MACHADO, voltou-se a considerar útil a expressa regulamentação do tratamento aos criminosos habituais e por tendência. O anteprojeto de Código Penal de 1962, do saudoso Min. NELSON HUNGRIA, ao lado do reincidente (art. 53), definiu os criminosos habituais e por tendência (art. 60 e §§), para estes estabelecendo uma agravação da pena até o dobro, com obrigação de cumprir-lhe 3/4 para obter livramento condicional (art. 71, c) e aumento dos prazos para a prescrição e para a reabilitação (arts. 111 e 116). O aumento da pena, em vez da aplicação de uma medida de segurança complementar, explica-se, no Anteprojeto HUNGRIA, ante a função finalística atribuída àquela, a ser executada como as medidas de segurança, isto é, “de modo que exerça sobre o condenado uma individualizada ação educacional, no sentido de sua gradativa recuperação social” (art. 35).

O Código Penal de 1969, mantendo do Projeto HUNGRIA as definições de criminoso habitual e por tendência (art. 64), bem como o sentido educativo da pena (art. 37), exasperou a agravação reservada a estes delinquentes: em lugar de um aumento até o dobro, preferiu uma pena relativamente indeterminada, cujo mínimo é a duração da sanção aplicada ao crime cometido, desde que superior a três anos, sendo o máximo constituído pelo excesso de até 10 anos, após o cumprimento da pena fixada na sentença, ou seja, após esgotado o cumprimento da sanção mínima (art. 64). A obtenção do livramento condicional ficou subordinada ao cumprimento da integralidade da pena mínima, isto é, da imposta à infração (art. 76) e manteve-se o aumento nos prazos da prescrição e da reabilitação (arts. 112 e 117, § 4.º).⁸

6. Neste sentido foram os reparos ao Projeto SÁ PEREIRA, de DEMÓSTENES MADUREIRA DE PINHO, “Medidas de Segurança no Projeto do Código Criminal”, in *Arquivo Judiciário*, vol. 28, 1933, Supl., págs. 279 a 284 e da 1.ª Conferência Brasileira de Criminologia, realizada no Rio de Janeiro em 1936 (cf. RDP, 1936, V. XV, fasc. I a III).

7. Projeto ALCÂNTARA MACHADO, art. 77.

8. Consigna a Exposição de Motivos do Código Penal de 1969, que, com a pena relativamente indeterminada para os criminosos habituais e por tendência, transfere-se a individualização para momento posterior à sentença, con-

Com as alterações introduzidas no Código de 1969 pela Lei n. 6.016, de 31.12.1973, novas modificações sofreu a disciplina dos criminosos habituais e por tendência. Com efeito, seguindo o critério da lei anterior para a reincidência específica (art. 47, n. I, do CP de 1940), estatuiu-se que a duração mínima da pena relativamente indeterminada não poderá ser inferior à metade da soma do mínimo com o máximo cominados (art. 64), excluindo-se, porém, a necessidade de ser tal mínimo superior a três anos. Paralelamente, acrescentou-se a obrigatoriedade do juiz, na sentença, classificar como de acentuada periculosidade o criminoso habitual ou por tendência (art. 52, § 1.º, n. I, *b* e *c*), para o efeito de cumprimento da pena em estabelecimento penal fechado (art. 38, § 1.º, *b*), ressalvada a hipótese de revisão da declaração de periculosidade (art. 52, § 2.º), com possibilidade de transferência para estabelecimento penal aberto (art. 38, § 4.º). As definições de criminosos habituais e por tendência também foram ampliadas: deixou-se de exigir, quanto à habitualidade, que os sucessivos crimes fossem puníveis com pena privativa de liberdade (art. 64, § 2.º) e aboliu-se a limitação do reconhecimento da tendência criminosa aos autores do homicídio ou lesão corporal grave, de sorte a permitir que, como tais, possam ser tidos autores de outras categorias de delitos, notadamente sexuais e patrimoniais (art. 64, § 3.º). Outrossim, incluiu-se, entre os elementos de constatação da tendência criminosa, a periculosidade do autor.

2. Parece ser pacífico que a introdução em Códigos Penais de dispositivos específicos para os criminosos habituais ou por tendência decorre da necessidade de combate mais eficaz a estas espécies de criminalidade crônica e endurecida. As normas tradicionais acerca da reincidência revelaram-se inadequadas para tal luta, por isso que a agravação da pena decorrente da reincidência estava, via de regra, limitada ao máximo da sanção cominada.⁹ Assim, embora aplicadas em seus maiores limites, as penas mostraram-se ineficazes para conter os reincidentes, sobretudo quando autores de delitos mais leves, como o furto. Já se disse que, para os ladrões, as sanções relativamente pequenas que lhes são impostas por delitos sucessivos

siderando a impossibilidade de determinar, rigorosamente, a medida da culpabilidade do agente e o momento em que estarão atingidas as exigências da retribuição e da reparação, inclusive da reparação social do delinqüente, que se deve realizar sempre por via judicial (n. 26).

9. Esta teria sido a causa do fracasso das legislações do século XIX. A própria agravação pela reincidência foi objeto de vivas controvérsias entre os clássicos. Contra a agravação argüia-se que, atingindo fato anterior pelo qual o réu já fora condenado, constituiria *bis in idem*, sendo, a final, a culpa do próprio Estado que não o soube corrigir. CARRARA, no entanto, justificava a agravação pela insensibilidade do reincidente ante a punição anterior (in *Programa del Curso de Derecho Criminal*, trad. de Sebastian Soler, Buenos Aires, 1944, § 740).

constituem-se em meros descansos, ou em simples riscos profissionais ou, até mesmo, em contribuições assecuratórias para a prática de novas infrações, após a temporada de cárcere.¹⁰ Daí a afirmação de BELEZA DOS SANTOS, no XII Congresso Penal e Penitenciário, de que a habitualidade decorre exatamente da insuficiência da pena, sendo mesmo possível estabelecer uma espécie de equivalência entre as noções de habitualidade criminal e de inutilidade da pena.¹¹ À mesma conclusão chegou, em 1948, a Comissão Penal e Penitenciária, acentuando, conforme cita a Exposição de Motivos (n. 26), serem “raros os países que se limitam a procurar combater a criminalidade endurecida, pelas disposições sobre a reincidência”.¹²

No Brasil, na vigência do Código Penal de 1940, dois fatores contribuíram para acentuar a ineficácia de nossa legislação quanto aos delinqüentes crônicos: o desaparecimento de nossos Estados para a aplicação das providências destinadas aos reincidentes e a deservoltura com que a nossa Justiça reconhece delitos sucessivos como crime continuado. Com efeito, de nada adiantou haver a lei estabelecido para os reincidentes em crimes dolosos uma presunção de periculosidade (art. 78, n. IV), a fim de aplicar-lhes, além da pena, a medida de segurança de internação em colônia agrícola, em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, se estes estabelecimentos inexistem na quase totalidade das unidades

10. LUIS JIMENEZ DE ASÚA, *La Ley y El Delito*, Buenos Aires, 1954, pág. 581. Observa o mesmo autor que a crítica que a Escola Positiva dirigiu ao sistema clássico correspondia ao sentimento comum, ante o absurdo de se colocar em liberdade quem, por tendência ou hábito, prosseguiria praticando delitos. Ao positivismo deve-se, efetivamente, intensa elaboração acerca da classificação dos delinqüentes. Mas os tipos delinqüenciais dos positivistas, como observa BETTIOL, estavam em função de providências preventivas, que a sociedade poderia usar, para uma mais eficaz defesa e estes tipos tomariam o lugar dos tipos de ação, próprios das concepções ético-retributivas da pena. No Direito Penal da culpa, a qualidade do réu não se apresenta como simples sintoma de periculosidade, mas como um *quid* pelo qual o autor é chamado a responder, vale dizer, uma grandeza que é imputada retributivamente ao sujeito. A pena é um juízo de valor da comunidade sobre o agente de um fato e não sobre um autor potencial (“Azione e Colpevolezza nelle Teorie dei Tipi di Autore”, in *Scritti Giuridici*, 1966, vol. II, pág. 548).

11. Cf. JACQUES BERNARD HERZOG, “Le Delinquant d’Habitue en Droit Comparé”, in *Delitto e Personalità*, 1955, pág. 388 e HELENO CLAUDIO FRAGOSO, “A Reforma da Legislação Penal”, in *Rev. Bras. de Crim. e Direito Penal*, n.º 3, pág. 26.

12. Em outros conclave internacionais também se reconheceu a necessidade de especial tratamento aos criminosos habituais. No Congresso Penal e Penitenciário de Haia, 1950, concluiu-se que deveriam ser submetidos a uma observação atenta, sob o ponto-de-vista social, psicológico e psiquiátrico (*Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, 1950, pág. 978). O Grupo Consultivo Europeu, em matéria de Prevenção e Tratamento de Delinqüentes, em 1956, ressaltou a importância da psiquiatria no tratamento dos habituais, para os quais a pena tradicional pode resultar ineficiente ou inadequada (*International Review of Criminal Policy*, julho de 1956).

federativas, obrigando a substituição da medida detentiva por liberdade vigiada, substituição esta que, embora prevista como expediente provisório pela Lei de Introdução ao Código Penal,¹³ se perpetuou no tempo, com graves prejuízos para a defesa comunitária. Realmente, pela inexistência de patronatos e pela precariedade de nossas organizações policiais, a liberdade vigiada tornou-se providência absolutamente inócua. Quanto ao crime continuado, trata-se de instituto que também tem comprometido a realização da justiça, mercê da facilidade com que se admite a continuação criminosa, em favor, muitas vezes, dos que reiteram o crime por pura inclinação para o delito. Para os que, em matéria de crime continuado, adotam o critério objetivo, basta, via de regra, que os vários delitos sejam da mesma espécie e temporalmente conexos, para que se admita a homogeneidade de execução e a conseqüente aplicação da pena de um só dos delitos reiterados, com insignificante majoração. Perante os subjetivistas, a dificuldade de prova da unidade de resolução ou de desígnio leva, comumente, a que tal fator psíquico seja deduzido da afirmação do autor, de que teria praticado os vários crimes segundo um prévio programa ou plano ou sob o domínio de uma vontade única, para a satisfação de um interesse desde o início visado. Com isso, a figura do crime continuado chega até a atuar como fator de habitualidade, pois, ciente de que após a prática da segunda das infrações da mesma espécie, mínima será a agravação da pena pelos delitos subseqüentes, o criminoso encontra incentivo para prosseguir em suas atividades ilícitas. Aliás, a constatação destes inconvenientes levou o III Congresso Nacional de Direito Penal, realizado em São Paulo, em 1968, a aprovar trabalho de nossa autoria, propondo uma revisão da disciplina do crime continuado.¹⁴

Do ponto-de-vista da defesa social, justifica-se, portanto, que, em nosso direito, as disposições penais sobre a reincidência sejam complementadas por normas especificamente dirigidas aos criminosos habituais ou por tendência.

3. Mas, se há acordo quanto à conveniência e utilidade de especial tratamento repressivo à criminalidade crônica, muitas são as divergências acerca das posições que o direito positivo pode adotar na regulamentação legislativa da matéria. Não obstante diga a justificativa do Ministério da Justiça às alterações propostas pela Mensagem n. 260/73, que o art. 64 do novo Código "foi aplaudido com entusiasmo pela generalidade dos estudiosos"¹⁵ não foram pou-

cos os reparos, dirigidos, quer ao Anteprojeto HUNGRIA, quer ao texto do Código de 1969, em sua primitiva e atual redações.

Dentre os críticos, alguns chegam até a duvidar do acerto da classificação dos criminosos em habituais ou por tendência. É a posição de MANOEL PEDRO PIMENTEL que a considera perigosa inovação frente à realidade brasileira, pela ausência de meios habilitadores da infância desprotegida, pelo abandono moral de muitos jovens, pelo analfabetismo, fatores que conduzem o homem a um estado de vida típico que não lhe pode ser imputado inteiramente, mas também à própria sociedade.¹⁶ Impugnam outros os critérios para identificação dos criminosos por tendência, sob o pressuposto de que a fórmula do Código não se coaduna com o significado biológico, psicológico, filosófico ou léxico da palavra tendência.¹⁷ Há ainda os que defendem, como o saudoso THEODOLINDO CASTIGLIONE, que os habituais sejam submetidos à medida de segurança substitutiva da pena, sob o fundamento de que a maior parte dos habituais é constituída por psicopatas,¹⁸ não faltando também quem ache, como JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO, que o Código devia ter permanecido fiel ao sistema do duplo-binário, errando ao tentar substituir a medida de segurança detentiva ao imputável perigoso pelo castigo por tempo indeterminado.¹⁹ Sob uma perspectiva mais doutrinária, entende-se que há dificuldades imensas em justificar a agravação da pena, prevista pelo novo art. 64, com o Direito Penal da culpa, fundado na idéia de que a pena é retribuição ao comportamento censurável do autor. É o ponto-de-vista de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, que depois de ter impugnado a fórmula do Anteprojeto por achar em princípio repugnante punir mais severamente o criminoso habitual, em virtude de uma condição de sua pessoa que independe de culpa,²⁰ volta a insistir, com base em JESCHECK, que por mais que se pretenda justificar o regime da pena relativamente indeterminada para os habituais imputáveis, é evidente que a pena, em tais casos, se afasta da culpabilidade, passando a exercer também funções de segurança.²¹

16. MANOEL PEDRO PIMENTEL, "A Reforma Penal", in *Estudos e Pareceres de Direito Penal*, pág. 79.

17. VICENTE FERNANDES CASCIONE, "Criminosos Habituais e por Tendência", in *O Estado de S. Paulo*, ed. 17 e 31 de março e 7.4.1974.

18. THEODOLINDO CASTIGLIONE "Criminosos Habituais e por Tendência perante o Anteprojeto de Código Penal de Nelson Hungria", in *Rev. Bras. de Crim. e Dir. Penal*, n. 2, pág. 133 e segs.

19. É esta a conclusão da tese com que JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO concorreu ao Concurso de Titular de Direito Penal, na Universidade Federal da Bahia (*Tipos Legais Criminológicos do Código de 1969*, Salvador, 1973).

20. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, "A Reforma da Legislação Penal", in *Rev. Bras. de Crim. e Direito Penal*, n. 3, pág. 26.

21. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, "Pena e Culpa", in *Ciência Penal*, vol. I, pág. 5.

13. Lei n. 3.914, de 9.12.1941, art. 22.

14. ALCIDES MUNHOZ NETTO, "Aspectos do Crime Continuado", in *Rev. da Fac. de Direito da Univ. Fed. do Paraná*, vol. 12, pág. 137 e seguintes.

15. Exposição de Motivos à Mensagem 260/73, anexa ao Projeto de Lei n. 1.457/73, item n. 9.

São perfeitamente compreensíveis as perplexidades e divergências suscitadas pelo art. 64 do novo Código. O tema de criminosos habituais ou por tendência é essencialmente controvertido. De um lado, não há coincidência perfeita entre os tipos de autor previstos pela lei e os tipos classificados pela Criminologia.²² De outro, a forma de tratar a criminalidade crônica depende do próprio fundamento que se atribua à pena. Para quem a reputa mera medida de defesa social, destituída de qualquer sentido expiatório, a sanção indeterminada encontra fundamento no simples estado perigoso do delinquente. Quando, ao contrário, parte-se da premissa que a pena é retributiva da antijuridicidade e, sobretudo, da culpabilidade, impõe-se indagar se a habitualidade e a tendência são qualidades que não podem ser imputáveis à culpa do autor por decorrerem de fatores estranhos à sua vontade, ou se, ao inverso, há uma culpa, com o sentido de censura pessoal, em ser alguém criminoso habitual ou por tendência. Da resposta a tal indagação decorre, logicamente, a forma de tratar tais tipos de delinquentes. Afastada a idéia de culpa, isto é, de censura pela habitualidade ou pela tendência, torna-se insustentável agravar a pena por qualidades estranhas à vontade e à liberdade do autor, só se lhe podendo impor medida de segurança pelo estado perigoso. Aceita a culpa pela habitualidade ou tendência, surge a dificuldade em determinar em que consista tal culpa. A agravar o problema existe ainda o sentido pragmático da legislação, que, aos esquemas lógicos, tem, muitas vezes, de preferir esquemas práticos, optando por soluções que parecem em contraste com os fundamentos em que se alicerça o sistema mesmo da lei.²³

Ao estudioso, entretanto, cumpre procurar bases doutrinárias que harmonizem as aparentes contradições, seja fixando os conceitos que das fórmulas legislativas podem ser deduzidos, seja coligando tais conceitos à estrutura básica e ao sistema da lei, segundo as melhores contribuições que a ciência penal lhe proporcione.

4. No art. 64, os conceitos de criminosos habituais e por tendência são de natureza mais jurídica do que criminológica. Isto evidentemente não quer significar que o Direito Penal se haja divorciado da Criminologia, ao classificar tais tipos de autor. Significa, ao inverso, que o direito positivo estratificou em definição legislativa as características que as ciências criminológicas atribuem àquelas espécies de delinquentes. E o fez para que o reconhecimento da habitualidade ou da tendência, com graves reflexos na medida da resposta penal, não varie ao sabor das concepções pessoais do que seja

22. São inúmeras as classificações criminológicas de delinquentes, baseadas nos mais díspares critérios. A respeito ver JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO, ob. cit., págs. 22 e segs. e ALBERTO S. MILAN, *El Tipo de Autor en la Investigación Criminológica*, Buenos Aires, 1955.

23. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, ob. cit. (n. 21), vol. I, pág. 1.

criminoso habitual ou criminoso por tendência. O sentido das definições é, portanto, de limitação do arbítrio judicial, em favor da segurança do direito, decorrente do princípio da reserva legal.²⁴

O Código, desta forma, prevê tipos legais de autores, especificando os requisitos, condições e circunstâncias para que alguém possa ser contemplado como especial sujeito de Direito Penal. Não se cogita, pois, de tipos puramente criminológicos,²⁵ pois estes não pertencem ao Direito Penal, mas à Criminologia, que procura estabelecer diferenciações entre autores segundo critérios biológicos, caracterológicos ou sociológicos.²⁶ É claro que nem a classificação legislativa, nem a criminológica são isentas de críticas. Todas as tentativas em estabelecer, de modo preciso, caracteres constitucionais ou sociais que distingam o delinquente dos homens normais redundaram em comprovado fracasso. O homem é ser individual que, pelo infinito número das possibilidades inatas, herdadas de mil antepassados ou adquiridas de mundos circundantes diferentes, é único e distinto, ou, como quer MEZGER, “algo singular que não se repete nunca da mesma maneira”.²⁷ Não obstante, considera-se útil e válido qualquer esforço para captar o que haja de “finito na infinidade dos autores”, mesmo para o fim de apontar certas características frequentes em determinadas espécies de criminosos. É isto que faz a Criminologia para dar base às suas investigações e é também o que faz o Direito, para individualizar, dentre os destinatários da norma penal, os que merecem tratamento mais rigoroso.

5. Segundo o art. 64, § 2.º, b, criminoso habitual é quem, em período não superior a cinco anos, comete sucessivamente 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*.²⁸ Como a enunciação do número e espécie de delitos e do espaço em que tenham sido praticados tem função meramente limitativa,²⁹ o traço preponderante do criminoso habitual é a acentuada inclinação para o crime. Tal inclinação é presumida em quem reincide pela segunda vez na prática de crime

24. JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit. vol. III, pág. 3.

25. ALBERTO S. MILAN, ob. cit., pág. 9.

26. WELZEL distingue três classes de tipos criminológicos de autor: por disposição, caracterológico e sociológico, in *Derecho Penal Alemán*, pág. 180.

27. MEZGER, apud ALBERTO S. MILAN, ob. cit., pág. 45.

28. Para apreciar a inclinação criminosa nos habituais reconhecíveis pelo juiz, pode servir-se de auxílio de peritos. O Projeto de Código de Processo Penal de JOSÉ FREDERICO MARQUES regula a realização deste exame em seus arts. 391 e 395 (correspondentes aos arts. 392 a 396 do Projeto revisto — DOU de 10.5.1974).

29. Observa ASÚA que os requisitos da pluralidade de infrações, em sua natureza dolosa, têm dupla função: são uma garantia contra a arbitrariedade judicial e são indícios de um estado perigoso, ob. cit., pág. 583.

doloso da mesma natureza, em período não superior a cinco anos (art. 64, § 2.º, a).

Embora a lei não o diga expressamente, a acentuada inclinação para o crime há de decorrer do costume adquirido pela repetição do ato delituoso, pois esta é a consequência necessária da denominação de habitual. Efetivamente, como pondera ANTOLISEI, a habitualidade origina-se da lei biológica, segundo a qual o ato repetido requer menos esforço, tornando-se a reiteração mais fácil e rápida.³⁰ Como já se salientou (supra n. 1), entre os criminosos habituais incluem-se os profissionais que ao costume unem o fim de lucro, fazendo das práticas delituosas modo de vida ou ofício, a exemplo do que ocorre com os ladrões, proxenetas, chantagistas, exploradores de jogos e contrabandistas.

Afora a hipótese da presunção legal do art. 64, § 2.º, a, a habitualidade não se confunde com a reincidência. Na exata observação de JIMENEZ DE ASÚA, a habitualidade é, a um só tempo, mais e menos que a reincidência: mais, porque, na habitualidade, a reiteração deve constituir costume do autor; menos que a reincidência, porque a habitualidade independe de condenações definitivas intercorrentes.³¹

Já o criminoso por tendência, nos termos do § 3.º, do art. 64, é quem, pela periculosidade, motivos determinantes e meios e modos de execução do crime, revela extraordinária torpeza, perversão ou malvadez.³² Desde que a torpeza, perversão ou malvadez são reflexos da má índole do autor, resulta que o traço, característico do criminoso por tendência é a propensão para o crime por fatores de caráter pessoal.³³ Observe-se que não se trata de uma versão do criminoso nato como querem os neo-positivistas.³⁴ O criminoso por tendência definido pelo Código, não é, como o delinqüente nato, o constitucionalmente destinado ao crime, nem o incorrigível. É apenas

30. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, 1947, pág. 345.

31. ASÚA, ob. cit., pág. 582.

32. A definição de criminoso por tendência não é muito feliz, porque não alude à propensão para o delito que caracteriza aquela espécie de delinqüente. Como está redigido, o dispositivo pode levar a confundir-se criminoso por tendência, com o autor de homicídio qualificado por paga ou cupidez (torpeza) ou pelo emprego de veneno, asfixia ou outro meio cruel (malvadez).

33. Acentue-se que o delinqüente por tendência é o criminoso sem piedade ou humanidade. Sua inclinação para delitos de sangue é reflexo da índole perversa que os caracteriza.

34. Os neo-positivistas confundem criminoso por tendência com delinqüente nato, como ocorre com OTTOLENGHI (cfr. ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, Madrid, 1963, pág. 462). Recorde-se que, segundo FERRI, o delinqüente nato caracterizar-se-ia pela vontade anormal, impulsividade e debilidade congênita dos freios inibitórios. Tais delinqüentes passariam precipitadamente da idéia ao ato por motivos desproporcionados e por falta de sentido moral (*Principios de Derecho Criminal*, trad. de J. A. Rodrigues Muñoz, pág. 251).

o que é perigoso, isto é, apresenta probabilidade de reincidência, e age por índole perversa, a qual pode ser contida ou corrigida.³⁵

Há, assim, entre os tipos legais de criminosos habituais e criminosos por tendência traços comuns e traços diversificadores. Assemelham-se em que ambos denotam acentuada inclinação para o crime. Distinguem-se porque, enquanto no habitual a propensão para repetir delitos decorre de causas externas ou ambientais, no criminoso por tendência, a inclinação para praticar ou repetir o crime tem origem em fatores endógenos.³⁶

6. Quanto ao tratamento penal destas duas formas de inclinação para o delito, o novo Código optou pela agravação da pena em quantidade relativamente indeterminada, inspirando-se no Projeto de EDUARDO CORREIA.³⁷

Afastou-se, assim, a nossa legislação do modelo italiano, que, fiel ao sistema do duplo-binário, impõe aos criminosos habituais e por tendência pena, sem agravação, complementada por medida de segurança.³⁸ Também não foi seguida a orientação do Código suíço, que permite ao juiz aplicar ao criminoso por tendência custódia de segurança em substituição à pena,³⁹ característica do sistema vicariante. Nem impressionou ao legislador pátrio o critério alemão da lei nazista, de 24 de novembro de 1933, de agravar a pena dos habituais e ainda complementá-la com medida de segurança detentiva.⁴⁰

Em nosso modo de ver, boas razões existiam, para que o novo Código preferisse o sistema preconizado por EDUARDO CORREIA a qualquer outro figurino europeu.⁴¹ A solução do duplo-binário, além de partir, quanto aos criminosos crônicos, da inexata premissa de

35. BELEZA DOS SANTOS nota que, ao mencionar os criminosos por tendência, a lei não teve em vista um certo tipo criminal constituído por dados morfológicos e características psíquicas especiais. Partiu de um fato averiguado: a existência de pessoas que praticam crimes por motivos que, por um lado, revelam falta de piedade pelo sofrimento alheio ou até prazer de o provocar e, por outro, denunciam um perigo de reincidência em certos crimes graves (*apud* FREDERICO MARQUES, III, p. 59).

36. F. ANTOLISEI, ob. cit., pág. 349.

37. Segundo B. MORAIS FILHO, na criação das penas relativamente indeterminadas, observou-se a doutrina exposta pelo jurista português EDUARDO CORREIA, transferindo-se a individualização da pena para momento posterior à sentença ("Visão Panorâmica do Novo Código Penal", in *Rev. de Informação Legislativa*, n. 27, pág. 23).

38. Código Rocco, art. 109 — o critério também foi preferido pelo § 85, do Projeto alemão de 1960, in HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Rev. Bras. Crim. Dir. Penal*, cit., n. 3, pág. 25.

39. Código suíço, art. 42.

40. § 20, a, do Código Alemão de 1871.

41. Entre estes outros sistemas incluía-se o Projeto FERRI, que estabelecia para os habituais segregação rigorosa por tempo absolutamente indeterminado (art. 29).

que a habitualidade e a tendência são condições pessoais que sempre independem da culpa, tem a comprometê-la os maus frutos produzidos pelas experiências de acrescentar a medida de segurança à pena. Em verdade, desde que as medidas de segurança, sobretudo quando detentivas, revestem-se de caráter aflagrante, assemelhando-se, por outro lado, às penas, em seu objetivo de recuperação social do delinquente, a sua aplicação, por tempo indeterminado como é de sua essência, leva à perpetuidade da sanção, com burla das proibições constitucionais a respeito.⁴² Ademais, a solução revela-se extremamente difícil nos países menos ricos que às voltas dos problemas de seu desenvolvimento, não podem canalizar recursos para a construção de estabelecimentos destinados ao cumprimento de medidas de segurança detentivas, a exemplo do que sucede no Brasil, que, nos trinta anos de vigência do atual Código, não conseguiu fazer funcionar as casas de custódia e os institutos de trabalho, reeducação e ensino.

De semelhantes defeitos padece o critério vicariante. Se, em tal sistema, a pena for equiparada à medida de segurança, a imposição desta fatalmente conduzirá à perpetuidade daquela. Se, ao contrário, a pena e a medida de segurança forem encaradas de forma diversa, pressupondo a primeira a responsabilidade do autor e a segunda sua inimputabilidade, não se compreende como possam furtar-se da pena os criminosos habituais e por tendência quando imputáveis e culpáveis.

Menos aceitável, ainda, é a solução de adicionar a medida de segurança à pena já agravada. Ou existe culpa pela habitualidade ou tendência e a retribuição a esta culpa se exaure na agravação da pena, ou a periculosidade decorrente daquelas condições pessoais não é atribuível à culpa do autor, desaparecendo, então, qualquer fundamento para que a habitualidade e a tendência agravem a pena. O ilogismo da solução alemã de 1933 foi, de resto, ressaltada pela própria Exposição de Motivos do projeto alemão de 1960, por não distinguir a periculosidade da agravação da pena, sendo incompatível com um Direito Penal da culpa. Se ao agente não pode ser reprovado o fato de ser delinquente perigoso, proíbe o Direito Penal da culpa puni-lo mais severamente.⁴³

O sistema do Projeto de EDUARDO CORREIA e do Código Penal brasileiro de 1969, não apresenta os inconvenientes acima apontados. Longe disto, ostenta vantagens sobre o critério de medida detentiva por tempo indefinidamente prorrogável. Realmente, a agravação

42. A condenação ao sistema do duplo-binário foi manifestada no Congresso de 1953, da A.I.D.P.

43. E. MEZGER, aludindo ao projeto alemão de 1930, cujo § 78 previa uma essencial agravação de pena para os habituais, fundando-a na periculosidade do autor, a classificou de figura híbrida e pouco clara (*Tratado*, II, 424); MAURACH acha inadmissível que um autor, simplesmente pelo prognóstico de periculosidade, possa ser mais gravemente castigado (*Tratado*, II, § 64, a, pág. 532).

da pena, até um limite máximo, previamente determinado, além de não levar à perpetuidade da privação de liberdade de um indivíduo imputável, com ilusão de garantia constitucional, obriga a administração penitenciária, como salienta o penalista português, a um trabalho ativo para a recuperação do delinquente, sob pena de tornar-se co-responsável pelos seus futuros crimes, ao invés de assumir uma atitude de passiva indiferença, como ocorre com as medidas de segurança, em relação às quais parece que, às vezes, prepondera o pensamento de que se o delinquente não se corrige tanto pior para ele, que continuará no estabelecimento.⁴⁴

7. Mas, a agravação da pena, mormente por tempo relativamente indeterminado, impõe que se identifique no delinquente crônico uma culpabilidade em ser criminoso habitual ou por tendência. É preciso que por estas qualidades ou condições pessoais o agente mereça maior censura que a incidente sobre um infrator de ocasião. Do contrário haverá uma intolerável quebra de sistema. Com efeito, se o princípio básico do Direito Penal da culpa, ao qual, segundo a Exposição de Motivos, o Código aderiu plenamente,⁴⁵ é o de que *a culpa do condenado é o fundamento da medida da pena que lhe é imposta*, só a maior culpabilidade do criminoso habitual ou por tendência pode justificar-lhe a exasperação da resposta penal.⁴⁶

É necessário, portanto, encontrar o fundamento que permita censurar o autor nem só *pelo que fez, mas, ainda, pelo que é*, ou seja, quer pelo crime cometido, quer pela sua periculosidade, decorrente do estado de criminoso habitual ou por tendência.⁴⁷

Embora muitos impugnem o cabimento de atribuir-se a alguém culpa, ou maior culpa, por ostentar qualidades pessoais que conduzam a atos delituosos,⁴⁸ é, via de regra, possível imputar ao criminoso habitual ou por tendência a omissão “em orientar a formação ou preparação de sua personalidade, de modo a torná-la apta a respeitar os valores jurídico-criminais” e, por tal omissão, atribuir-lhe

44. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, 1.º vol., pág. 328, nota 2.

45. Ver Exposição de Motivos do Código de 1969, ns. 3 e 11.

46. Ver Projeto Alemão, E. 1962, § 60.

47. Não são satisfatórios os outros fundamentos excogitados pela doutrina para fundamentar a agravação. NAGLER aludia a uma maior culpabilidade pelo ato, face à nova rebeldia do autor perante a lei. Mas, o argumento só valeria se o novo crime do habitual fosse cometido após ter sentido o agente a eficácia da lei pela condenação e cumprimento da pena. Ora a habitualidade dispensa condenação anterior. Para H. MAYER, os vários crimes do delinquente habitual formariam delito *sui generis*, porque cometidos com vontade da constante reiteração criminosa, vontade esta que acarretaria menor culpabilidade. Ocorre que a lei não exige tal vontade, nem é possível presumi-la (*apud* MAURACH, ob. cit., vol. II, § 64, I. B., pág. 554).

48. Ver HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, “Pena e Culpa”, in *Ciência Penal*, vol. I, págs. 5 e 6.

maior censurabilidade pessoal. Surge, assim, ao lado da culpabilidade pelo fato, uma culpabilidade referível ao autor. O conceito é de origem moralista, pois, conforme observa BETTIOL, já ARISTÓTELES proclamava que, assim como a virtude, também o vício se adquire com o exercício dos atos a este relativos, idéia desenvolvida por TOMÁS DE AQUINO para quem, ao lado da culpa relativa ao pecado, existe também uma culpa que incide sobre o pecador como habitual, porque, deixando-se dominar pelo pecado, fez que toda sua vida se orientasse no sentido da aquisição de uma marca pecaminosa.⁴⁹ Esta origem moral da culpa referida ao autor também foi ressaltada, entre nós, por JOÃO BERNARDINO GONZAGA, que alude à aproximação entre o conceito de tal culpa e o modo pelo qual os moralistas equacionam o seu sistema sancionador, estabelecendo que “o sujeito deve responder não só por cada pecado que cometeu, mas também pelo sulco que deixou formar-se em sua alma. Haverá, assim, uma culpabilidade porque ele se deixou dominar pelo mal, porque permitiu que sua personalidade se impregnasse de teor pecaminoso, o que é moralmente censurável e digno de reprimenda.”⁵⁰

Em verdade, estes princípios morais foram transpostos para o Direito Penal por TESAR e KOLLMAN⁵¹ e aceitos por MEZGER, BOCKELMANN, WELZEL e outros, através das teorias de culpa pelo modo de vida, da culpa na decisão de vida e da culpa pelo caráter.⁵² Destas construções utilizou-se, também, EDUARDO DA SILVA CORREIA para

49. G. BETTIOL, “Azione e Colpevolezza nelle Teoria dei Tipi di Autore”, in *Scritti Giuridici*, 1966, vol. II, pág. 562.

50. J. BERNARDINO GONZAGA, “Concurso de Crimes. O Criminoso por Tendência e o Habitual”, in *Anais do Ciclo de Conferências sobre o Novo Código Penal*, São Paulo, 1972, pág. 50.

51. Com estas construções o direito não invade a interioridade da pessoa humana nem se confunde com a moral. Segundo E. CORREIA, tal não sucede porque, num primeiro momento, exige-se a culpa pelo fato. O Direito Penal é sempre um Direito Penal do fato, que parte dos interesses ou bens jurídicos que protege. Mas, isto não impede que depois venha a atingir a verdadeira substância ético-jurídica do crime, que é a personalidade de seu autor, ao menos no que ela se relaciona com o respectivo fato (ob. cit., vol. I, § 21, pág. 327).

52. Assinala MAURACH que foi MEZGER que, sem abandonar a culpabilidade pelo ato isolado, recorreu à culpabilidade pelo modo de vida para harmonizar com o Direito Penal da culpa, o tratamento dos habituais e dos que, por cegueira jurídica, agem sem a consciência da antijuridicidade. O autor será responsável quando sua habitualidade ou cegueira seja devida a sua delitosa conduta vital. Objetou-se que tal solução abrangeria também os casos de queda da personalidade contra a qual nada podia fazer o autor. Para sanar o inconveniente, BOCKELMANN limitou o alcance da teoria de MEZGER, proclamando que a culpabilidade do autor não reside tanto em sua defeituosa conduta de vida, como em uma resolução vital. Todo o sujeito tem o dever de formar uma firme personalidade não deixando perecer as forças morais. A culpabilidade reside, pois, em eleger uma falsa via e deixar vencer o seu pior eu. Indo mais adiante, WELZEL, que persevera na culpabilidade pelo ato isolado, distingue uma culpabilidade pelo modo de vida e uma culpabilidade de caráter que corresponde à culpabilidade pela decisão no sentido de BOCKELMANN. LANGE também distingue entre a cul-

justificar a exasperação da pena aos criminosos habituais e por tendência. Segundo o notável jurista português, na medida em que o direito criminal afirma certos valores ou bens jurídicos, cria para os seus destinatários o dever de formar ou, pelo menos, preparar a sua personalidade de modo a que, na sua atuação na vida, se não ponham em conflito com aqueles valores ou interesses. Violando este dever, constitui-se o delinqüente em culpa pela não formação ou não preparação conveniente de sua personalidade. Esta culpa referida à personalidade não pode justificar o prolongamento indefinido da pena, mas conduz a uma pena relativamente indeterminada. Sendo como é retributiva, a pena há de ter um limite máximo de duração. Como o autor é punido pelo fato que praticou, a pena mínima que deve cumprir é a correspondente a que lhe seria imposta se não fosse criminoso habitual ou por tendência, em vista das circunstâncias do crime. Pela omissão no passado do dever de preparar a personalidade de modo a respeitar o direito criminal, a pena é aumentada em retribuição a tal culpa até o prazo máximo fixado em lei. Mas, como não é fácil calcular, desde logo, o quantum do aumento da pena correspondente à omissão do já citado dever, deixa-se a determinação deste quantum para a face da execução.⁵³

Desde que, como consigna a Exposição de Motivos (n. 26), inspirou-se o novo Código nas idéias de EDUARDO CORREIA, a agravação da pena para os criminosos por tendência ou habituais decorre de uma *periculosidade imputável à culpa do autor*.⁵⁴ Ao lado do estado perigoso não culpável, que justifica a imposição de medida de segurança em substituição à pena (art. 92), há, assim, no nosso novo diploma punitivo, um *estado perigoso culpável*, pelo qual o autor responde através da agravação da pena retributiva.

8. Mas, se a agravante lastreia-se na periculosidade culpável do criminoso por tendência ou habitual, segue-se que, não terá lugar nas hipóteses em que a inclinação ao delito for insuperável, demonstrando o delinqüente, que, a despeito de todos os esforços que fez ou procurou fazer, foi arrastado para o crime por tendência ou hábitos irresistíveis. Em tais casos, porém, estar-se-á em face de uma anomalia de personalidade, apta a determinar a própria inimizabilidade do autor, com a conseqüente isenção de pena. Passa-se, então, do campo da censurabilidade para o campo da enfermidade mental.⁵⁵

pabilidade pelo modo de vida, baseada em uma orientação de vida culpavelmente incorreta e uma culpabilidade pelo modo de vida por não haver dominado, com suas potencialidades pessoais, uma natureza da qual não é culpável (MAURACH, ob. cit. vol. II, § 35, III, pág. 82).

53. EDUARDO CORREIA, ob. cit. vol. I, § 21, pág. 325.

54. G. BETTIOL, ob. e loc. cit.

55. O art. 108 do Código italiano estatui expressamente a inaplicabilidade das disposições sobre a tendência a delinqüir, nos casos em que a inclinação ao delito se origine de enfermidade mental (ob. e loc. cit.).

Advirta-se, entretanto, que estas situações não se apresentam com a freqüência que lhe atribuem alguns criminólogos.⁵⁶ Há evidente exagero em afirmar que todos ou quase todos os criminosos por tendência ou habituais são psicopatas. O caráter individual pode ser modificado e as inclinações superadas. O caráter, diz GEMELLI, não é qualquer coisa de fixo, de inalterável, de hereditário, de indissolavelmente ligado à constituição pessoal mas se apresenta plástico e transformável⁵⁷ e a força de certos impulsos ou sentimentos pode ser anulada, compensada ou equilibrada por outras tendências ou disposições. Consoante EDUARDO CORREIA, “se não é possível destruir determinadas inclinações ou complexos, é, pelo menos, possível elevar o nível da personalidade de modo a permitir uma corrente normal de vida”.⁵⁸

9. Da necessidade de que a agravação da pena prevista pelo art. 64 tenha a informá-la a periculosidade atribuível à culpa do autor, cabe extrair outra consequência: a habitualidade presumida pela bi-reincidência, ou mesmo por pluri-reincidência,⁵⁹ pode conduzir a uma espécie de responsabilidade objetiva, quanto à agravação indeterminada da pena. Efetivamente, havendo reincidência, pela segunda vez, na prática de crime doloso da mesma natureza, em período de tempo não superior a cinco anos, não é necessário verificar se, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias do fato, o autor demonstra acentuada inclinação para o crime; tal inclinação é presumida pela lei, *juris et de jure*. A agravação, portanto, decorre do dado objetivo da existência de três ou mais condenações de crime doloso da mesma natureza, sem que se indague se os sucessivos delitos derivam de uma habitualidade culpável.

Nem se suponha que a simples prática de crimes da mesma natureza, com intercorrentes condenações definitivas, indique, com segurança, a condição de delinqüente habitual. A reiteração no crime, diz JOSÉ FREDERICO MARQUES, pode revelar não um criminoso habitual, e sim, como fala BELEZA DOS SANTOS, um delinqüente *pluri-ocasional*. A insistência na prática de crimes pode não significar um hábito de delinquir, mas unicamente o efeito de uma crise, de uma sugestão temporária ou de outra situação especial, ocorrida na vida do criminoso, donde resultou a prática de varias infrações.

56. MEZGER diz que a tendência criminosa interna de certos criminosos aproxima-se da zona mórbida, sem que limites possam ser traçados com precisão (*Tratado*, vol. II, pág. 424).

57. A. GEMELLI, *Metodi, Compite, Licente*, pág. 79.

58. EDUARDO CORREIA, ob. cit., vol. I, § 21, pág. 329.

59. As presunções de culpabilidade ou de periculosidade devem ser evitadas pelo legislador. Por ser o mais realístico dos ramos do ordenamento jurídico, o Direito Penal é o que menos se compadece com as ficções. As presunções só devem ser mantidas enquanto, cientificamente, não se possa chegar a soluções mais satisfatórias, com base na realidade.

Em certos casos, se for ultrapassada a crise, o delinqüente deixará de cometer crimes. E assim poderá ser um *pluriocasional* e não um habitual perigoso.⁶⁰ A habitualidade, pois, não pode ser deduzida tão-só da pluri-reincidência, devendo decorrer de uma valoração conjunta do fato e da personalidade do delinqüente, donde resulte a afirmação de um hábito de delinquir.⁶¹

Ora, se a presunção de habitualidade do art. 64, § 2.º, *a*, nem sempre corresponde à realidade das coisas, segue-se que a agravação da pena para o pluriocasional reincidente excederá sua culpa (circunscrita ao fato), constituindo-se em forma de responsabilidade objetiva, que a Exposição de Motivos diz que se visou proscrever (n. 3).

Procurando sanar tal inconveniente, incompreensível num sistema que diz adotar os postulados básicos do Direito Penal da culpa, o Sen. ACCIOLY FILHO, relator, na Câmara Alta, do projeto de reforma do Código Penal de 1969, apresentou emenda, por nós sugerida, no sentido de sempre subordinar o reconhecimento da habitualidade à verificação, *in concreto*, da acentuada inclinação para o crime.⁶² A emenda, aprovada, foi incorporada ao substitutivo ACCIOLY FILHO (*Parecer* n. 657/73). A Câmara dos Deputados, entretanto, a rejeitou, restabelecendo a primitiva redação do dispositivo em apreço. Com isso, infelizmente, persiste a responsabilidade objetiva na aplicação da pena relativamente indeterminada aos habituais presumidos.

60. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Curso*, III, pág. 58. No mesmo sentido, EDUARDO CORREIA, ob. cit., vol. II, págs. 157 e 270.

61. EDUARDO CORREIA, ob. cit., vol. II, § 14, pág. 275.

62. A emenda sugerida tinha o seguinte teor: Art. 64 § 2.º — “Considera-se criminoso habitual quem 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 ao cumprimento da pena, ou quem embora sem condenação anterior comete sucessivamente, em igual período, quatro ou mais crimes da mesma natureza, desde que, em qualquer dos casos, demonstre, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para o crime”.

A PERSONALIDADE E A CULPABILIDADE NA MEDIDA DA PENA*

ENRIQUE BACIGALUPO

I

Em termos gerais, pode-se dizer que a idéia da culpabilidade pelo fato — como base e limite da medida da pena — tem permanecido estranha aos sistemas penais hispano-americanos.

Já nos velhos códigos penais (como por exemplo: da Bolívia, 1834, art. 89; Chile, 1874, art. 12, n. 15), a reincidência foi considerada como agravante da pena e esta tendência se manteve em códigos mais modernos (como por exemplo: Argentina, 1921; Colômbia, 1936; Brasil, 1940 e 1969; Uruguai, 1933).

Nos códigos e projetos mais modernos, não apenas são mantidos estes preceitos, que há um quarto de século JIMÉNEZ DE ASÚA considerava destinados a desaparecer, porque, frente aos tipos habituais, profissionais e propensos ao delito “a agravante do castigo não tem efeito algum”¹ (ver Projeto argentino de 1960, art. 89 e segs.; Código Penal brasileiro de 1969, art. 52; Projeto de Código Penal Tipo para a América Latina, art. 69 e segs.), senão que, ademais, tende a predominar fórmula que vincula a gravidade da pena à *personalidade do autor* (assim, por exemplo, Projeto argentino de 1960, art. 73; Código espanhol, art. 61, inciso 4.º, Código Penal do Brasil de 1969, art. 52).

Sem dúvida, fórmulas como estas não admitem a chamada culpabilidade pelo fato como limite da pena e, em realidade, não na admitem porque partem de uma concepção da pena que não se refere *estritamente* à culpabilidade. Quero me referir precisamente a esta fórmula, do ponto-de-vista do direito argentino, embora seja provável que muitas conclusões deste trabalho possam se estender a outros sistemas hispano-americanos.

* Tradução de YOLANDA CATÃO.

1. *Códigos Penales Ibero-americanos*, Caracas, 1946, I, pág. 362.

II

Efetivamente, a fórmula que vincula a medida da pena à personalidade do autor (que poderia chamar-se fórmula da *personalidade*), é produto de mais de meio século de ininterrupto, predomínio das tendências preventivo-especiais na ciência penal hispano-americana.²

Este predomínio é resultante de duas vertentes que apesar da contraposição em que se colocaram, não questionaram este aspecto da teoria da pena. Na Argentina, principalmente, a tendência preventivo-especial é consequência, primeiramente, da influência da escola positiva italiana e, depois, das particulares elaborações com que se receberam as construções da dogmática alemã.

A chamada, entre nós, escola penal técnico-jurídica (SOLER, NUÑEZ FONTÁN BALESTRA e FRIAS CABALLERO) se opôs à chamada escola positiva (mais propriamente uma tendência periculosa e defensiva) no que se refere à possibilidade de aplicar medidas assegurativas pré-delitais, fundadas no estado perigoso do autor.³ Todavia, a periculosidade do autor como fundamento e medida da pena não foi questionada, mas, no entanto, a pena tem se mantido relacionada, em seu quantum, com a periculosidade do autor.⁴

A relação pena-periculosidade entronizada na fórmula da personalidade é, a partir destes pressupostos, mais que uma consciente reflexão sobre os fins político-criminais da pena, uma consequência de erros metodológicos no âmbito da dogmática e uma correlativa atitude de abandono da reflexão (em profundidade que apenas se inicia) sobre o fundamento e fim da pena.

A introdução das idéias da dogmática alemã referentes à teoria do delito, esteve, contudo, recoberta por forte corrente formalista, tributária, em parte, da teoria pura do Direito e, em parte, da corrente da escola técnico-jurídica italiana representada, principalmente, por ARTURO ROCCO.⁵ Dentro do estreito marco formalista e da convicção de que todo conhecimento dogmático é produto da *lei* penal, faltou espaço para uma reflexão valorativa referente ao fim

2. Ver ANTÓN ONECA, *Homenaje a Jiménez de Asúa*, II, 1970, pág. 337 e segs.; MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *Dorado Monteiro*, 1962, pág. 61.

3. Sobre os projetos legislativos argentinos neste sentido, ver MARIANO RUIZ FUNES, *Tres experiencias democráticas de legislación penal*, Madri, 1931; SEBASTIAN SOLER, *Teoría del estado peligroso*, Buenos Aires, 1929.

4. Cf. SOLER, *Derecho Penal Argentino*, 4.ª ed., 1970, § 71, n. V; NUÑES, *Derecho Penal Argentino*, II, 1960, pág. 452 e *Manual*, 1972, pág. 330; FONTÁN BALESTRA, *Tratado*, III, 1966, § 604.

5. O repúdio de toda consideração de fim na construção dos conceitos dogmáticos é expressamente repellido por Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, pág. 57 e segs., especialmente págs. 72/84. O formalismo é muito claro em ARTURO ROCCO, “Il problema e il metodo della scienza del diritto penale”, 1910, em *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, 1933, pág. 263 e segs. Nesse traba-

da pena. Portanto, uma relação entre o conceito de pena e os elementos do conceito de pressuposto da pena, uma relação que permitisse explicar os pressupostos em função da consequência prevista para eles, constitui a grande carência da dogmática argentina atual. É inútil buscar em nossos autores uma explicação da razão pela qual o delito é “ação típica, antijurídica e culpável”. O formalismo conduziu a independência total entre o pressuposto da pena e a pena mesma,⁶ em primeiro lugar. Além disso, conduziu a conceitos dogmáticos da teoria do delito que, por sua vez, foram ineficazes para produzir uma relação entre delito e pena.

No âmbito específico da culpabilidade, a disputa em torno ao conceito psicológico ou normativo da culpabilidade, é precisamente um exemplo disto. Em nenhum momento se aduziu contra a teoria psicológica da culpabilidade — que defendiam SOLER,⁷ FONTÁN BALESTRA,⁸ e, até o aparecimento de seu *Manual*, NUÑEZ,⁹ que ela não permitia estabelecer uma quantificação adequada da culpabilidade. Pois a quantificação da culpabilidade tem razão de ser somente na medida da pena, mas é desnecessária se o delito é somente o motivo (sintomático) para que se faça um juízo sobre a personalidade do autor, à qual, em definitivo, se referirá a medida da pena. Ao contrário, FONTÁN BALESTRA tem sustentado a não quantificação da culpabilidade, compreendida como relação psicológica não quantificável.¹⁰

Isto, torna-se muito difícil entender a relação que ROCCO concebe entre exegese e dogmática. A dogmática parece servir somente — enquanto ciência da explicação sistemática dos princípios jurídicos — para cobrir as insuficiências da exegese. A literalidade adquire, assim, prevalência sobre outros métodos interpretativos (ver *loc. cit.*, págs. 300 e 301). Kelsen e ROCCO tiveram influência decisiva no pensamento de SEBASTIAN SOLER. Ver, também, MAGGIORE, *Arturo Rocco e o método técnico jurídico*, Buenos Aires, 1961.

6. A necessidade desta relação é destacada entre outros autores por MAX GRÜNHUT em “Methodische Grundlage der heutigen Strafrechtswissenschaft”, em *Festg. für Frank*, I, 1930, pág. 1 e segs.; ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlim, 1970, pág. 15; FELIX KAUFMANN, *Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld*, 1929, pág. 61 e segs. (com referência especial à culpabilidade), e GALLAS, *Beiträge zum Verbrechenstheorie*, 1968, pág. 1 e segs. De toda maneira o fim da pena pode determinar o conteúdo da culpabilidade e, talvez, do injusto, mas não a ação enquanto tal. Se a pena se dirige ou não a uma ação, é, certamente, outro problema e a resposta depende de uma decisão valorativa.

7. “Culpabilidad real y culpabilidad presunta”, *Rev. del Col. de Abog. de La Plata*, 1964, pág. 300 e Der. Pen. Arg. § 34. (Trabalho publicado também na *Revista Bras. Crim. Dir. Penal*, n. 4, jan.-mar., 1964, pág. 5. N. T.).

8. *Tratado* § 37, 7.

9. *Der. Pen. Arg.* II, pág. 21.

10. *Tratado*, § 61, I, 3. Cf. também JAMES GOLDSCHMIDT, *Festgabe für Frank*, I, 1930, pág. 455. A impossibilidade de estabelecer relações quantitativas dentro do marco da teoria psicológica não me parece de todo modo absoluta. O novo Código Penal do Brasil art. 52, intenta fazê-lo. Também EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910, pág. 215, realça que o dolo — como relação psicológica — não admite graduação alguma.

A função da culpabilidade num sistema como o que estamos apresentando, fica reduzida a servir para a exclusão da pura responsabilidade pelo resultado. Com toda a clareza se atribui este limite ao princípio da culpabilidade no Projeto argentino de 1960.¹¹ Comprovado, então, que a lesão antijurídica não foi produto da casualidade, mas que é subjetivamente imputável ao autor, encerra-se o capítulo do delito cuja realização é simplesmente o pressuposto que abre um juízo sobre a personalidade do autor que determinará a medida da pena. De outra forma, com um conceito de delito não quantificável senão pela gravidade da lesão produzida, não restaria nenhum outro termo a que se possa referir a medida da pena senão a personalidade do autor, pois determiná-la exclusivamente pela gravidade do fato não foi aceito como desejável.

Esta construção demonstra claramente por que motivo nunca se tentou um esforço especial para explicar o fundamento da agravação da pena na reincidência e na habitualidade. Um princípio de culpabilidade reduzido à exclusão da responsabilidade objetiva, não fica prejudicado por uma pena que reprime também uma tendência do autor ao crime, além do crime mesmo e que, em todo o caso, não estamos em condições de comprovar se foi adquirida por uma livre decisão do sujeito ou não.¹² Seja qual for o grau de determinação do sujeito ao delito, enquanto seja possível estabelecer a relação psicológica que o vincule com o resultado que produziu, poder-se-á afirmar sua culpabilidade.

Esta singeleza no tratamento da reincidência e habitualidade se reflete na reforma imposta ao Código Penal argentino de 1968, em cuja fundamentação se trata o tema como uma questão de escalas penais, sem reparar que tais aumentos, nas escalas ordinárias, constituem apenas o aspecto exterior do problema, mas não explicam o fundamento da agravação.¹³ Aqui volta a se introduzir o formalismo

11. Ver nota ao art. 18 do Projeto argentino 1960: “Por isso temos preferido a forma adotada pelo texto: importa a expressa eliminação de toda forma de responsabilidade objetiva pondo um claro limite ao encadeamento de consequências da ação.”

12. Cf. Exposição de Motivos do Projeto alemão de 1960, Projeto Alternativo. A “culpabilidade pela conduta da vida” (MEZGER, *ZStW* 57, 675 e segs.) e a “culpabilidade pela decisão da vida” (BOCKELMANN, *Studien zum Täterschaft*, II, 1940, pág. 26 e segs.) somente tem sido defendida na América Latina por DA COSTA. A “culpabilidade de caráter” — que ENGELS distingue com razão das formas anteriormente mencionadas e que se prende a um ponto de partida indeterminista, ver *Die Lehre von der Willensfreiheit in der Strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 1963 — é em parte admitida por SOLER, § 34, III, embora sem nenhuma articulação metodológica. Repudia expressamente estas teorias JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. V, pág. 242 e segs. Na Itália, inclina-se pela culpabilidade de caráter. SILVIO RANIERI, “Significato della colpevolezza”, em *Scritti e discorsi vari*, I, 1968, pág. 128.

13. Ver a Explicação da Comissão Redatora do Projeto (AGUIRRE OBARRIO, FONTÁN BALESTRA e SOLER) aos arts. 50, 51 e 52 do Código Penal argentino. A

ao ponto de propor um sistema que se funda numa presunção legal da personalidade perigosa, extraída da existência de uma ou várias condenações anteriores.¹⁴

Num sistema assim caracterizado, a distinção entre penas e medidas de segurança deixa de ter sentido e os esforços de alguns autores para mantê-la, são inexplicáveis.¹⁵ Um exemplar inquestionável desta afirmação é o Projeto argentino de 1960 que prevê a reclusão como pena (art. 33) e como medida de segurança (art. 89), distinguindo uma e outra somente quanto ao tempo determinado de duração da primeira e indeterminado para a segunda.¹⁶ Por sua vez, a decisão sobre a inimputabilidade (capacidade de culpabilidade) teria somente fins administrativos tendentes a determinar a classe de estabelecimento em que deverá se alojar o autor e ao tempo determinado ou indeterminado de internamento, se é que este é cabível no caso do inimputável.

A prova decisiva da desvinculação da pena e a teoria do delito se verifica no fato de que, embora referindo-se a pena à personalidade (periculosidade) do autor, esta personalidade não tem lugar sistemático em nenhum dos elementos do delito.¹⁷

Como se percebe, a fórmula da personalidade é, antes que o produto reflexivo de uma posição relativa ao fim da pena, a consequência de uma criticável elaboração da teoria do delito sem consideração de sua funcionalidade com respeito a todo o problema penal.

III

O Projeto de Código Penal Tipo para a América Latina não tem seguido rigorosamente em seu texto a fórmula da personalidade que se pode ver no Projeto argentino de 1960 (art. 73), no Código do Brasil de 1969 (art. 52) e no Código Penal espanhol (art. 65, alínea 4.^a). Todavia, o art. 73 não difere, substancialmente, dela.

Comissão nada disse sobre o porquê da supressão da não agravção da primeira reincidência, coisa que, lamentavelmente, também fez o art. 69 do Projeto de Código Penal Tipo.

14. O Projeto de Código Penal Tipo (art. 69 e segs.) parece ser passível das mesmas críticas apesar do art. 72, pois este somente se refere às regras para individualizar a pena entre o máximo e o mínimo. Isso determina, por outro lado, que o art. 71 se torne dispensável, pois as circunstâncias que mencionam estão implícitas no art. 73 ao qual em definitivo faz remissão.

15. Assim, SOLER, § 70, II. Coerentemente não faz distinção, NÚÑEZ, II, pág. 550. Sobre a distinção entre penas e medidas de segurança, ver o importante trabalho de MARIANO BARBERO SANTOS em *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, 1972, pág. 13 e segs.

16. Ver Exposição de Motivos ns. 57 e 51.

17. Excepcionalmente JIMÉNEZ DE ASÚA dá guarida ao elemento caracterológico dentro da culpabilidade (*Tratado*, t. V, pág. 249) e, naquele, à periculosidade do autor (pág. 253).

Certamente que “as condições pessoais do sujeito ativo” (art. 73, inciso 5.^o) não podem ser entendidas de outro modo. O mesmo ocorre com a conduta posterior ao fato (art. 73, inciso 6.^o) e a anterior (art. 69 e segs.): levam à mesma conclusão. Os três primeiros incisos do art. 73 se superpõem, posto que o 2.^o é integralmente um aspecto objetivo do fato punível, como o 3.^o, o qual, no tocante ao modo, pode às vezes referir-se aos aspectos subjetivos, também incluídos no 2.^o.

IV

Até o momento, a fórmula da personalidade tem merecido muito poucos esforços interpretativos de que se possam deduzir as consequências práticas a que deveria conduzir.¹⁸ Não obstante o mistério que a rodeia neste aspecto, parece gozar de uma força de atração que exige seja ela analisada com todo o cuidado.

1. A fórmula da personalidade é, em realidade, uma fórmula em que se procura acolher a personalidade *perigosa* do autor como base para a medida da pena. Não há dúvida que com ela pretende-se expressar que, na medida em que a personalidade do autor permita concluir que é possível esperar dele futuros fatos puníveis, deve-se considerá-la para a medida da pena. A personalidade não tem por que envolver um juízo moral sobre o autor que vá além do que interessa ao Direito Penal, como instrumento de ordem social.¹⁹ Em qualquer caso, parece claro que a fórmula não pretende submeter exclusivamente à perigosidade do autor a medida da pena, pois isto permitiria que fosse mais punível um autor que demonstra tendência a furtos relativamente pequenos²⁰ que um homicida ocasional que seguramente não reincidirá. Por isso, a fórmula se completa considerando ao mesmo tempo a “*gravidade relativa do fato cometido*” (art. 73 do Projeto argentino de 1960) ou a “importância da lesão ou do perigo” (art. 73, inciso 2.^o do Projeto de Código Penal Tipo). Por outro lado, a fórmula não impediria, em princípio, que um autor culposos fosse mais punível que outro doloso enquanto as escolas penais da lei o permitam, pois a tendência da personalidade ao delito não é diretamente proporcional ao dolo ou à culpa.²¹

18. Ver JUAN DEL ROSAL, *La personalidad del delincuente en la tecnica penal*, 1949.

19. Contudo, nem sempre se exclui este sentido moral na consideração da personalidade. Ver NÉLSON HUNGRIA, *Novas Questões Jurídico-Penais*, pág. 155. O art. 71 do Projeto de Código Penal Tipo que fala de “personalidade moral”, da mesma forma que o art. 26 do Código Penal argentino.

20. Por exemplo, no art. 52 parágrafo do Código Penal argentino.

21. Cf. MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, em ZStW 57, pág. 675 e segs. (687).

2. A fórmula da personalidade poderia, sem dúvida, ser entendida de acordo com a chamada “teoria da adequação”, segundo a qual a pena para o ato concreto deve determinar-se segundo a adequação do fato à personalidade do autor, e segundo a adequação social da personalidade do autor, tanto maior seria a pena.²² Mas, certamente esta forma de tratar o problema daria lugar a duas alternativas igualmente criticáveis. Ou se aceita a “culpabilidade pela conduta da vida” e se retrotrai a culpabilidade ao momento em que se adquire a personalidade mediante um deslocamento similar à *actio liberae in causa*, que é impossível determinar no curso da vida do autor e que em realidade se substituirá por mera ficção;²³ ou bem se denomina *culpável* também a personalidade congênita do autor (não adquirida), o que parece ser absolutamente alheio ao significado com que usamos o vocábulo “culpabilidade”.

3. Também deve ficar excluída como interpretação da fórmula da personalidade, a que afirmasse que o delito dá lugar a um *balanço geral da vida do autor*. É evidente que esta extensão da consideração da personalidade não tem sido postulada em caso algum. Mas, de qualquer modo, a fórmula não o impediria e nisto reside seu principal perigo.²⁴

O Projeto de Código Penal Tipo no inciso 5.º do art. 73 estabelecerá uma limitação nesse sentido, pois permite levar em conta as condições pessoais do sujeito ativo somente “na medida em que tenham influído na realização do delito”. Todavia, esta limitação é só aparente pois em realidade reconduz ao problema da “culpabilidade pela conduta da vida”. Por que motivo deve *responder* o autor pela influência de sua personalidade no fato? Se esta responsabilidade pela personalidade não se funda num ato de livre decisão em algum momento de sua vida, somente restará a possibilidade de afirmar sua responsabilidade pelo próprio caráter.²⁵ Mas, toda concepção desta última espécie, carece de uma justificação última do dever de suportar a pena em razão da personalidade ou do caráter que se tem. A responsabilidade puramente social tal como a postulou FERRI é uma construção desse tipo.

4. A extensão que se tem dado então à fórmula da personalidade, a converte num instrumento que excede o âmbito de um Direito

22. Ver, a propósito, MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, “El principio de culpabilidad en la graduación de la pena en el Código Penal Argentino” em *Jornadas Internacionales de Derecho Penal* (ponencias), Belgrano, 1971, pág. 60 e segs. DARIÓ SANTAMARÍA, *Il fondamento etico della responsabilità penale*, 1963, pág. 8.

23. Cf. STRATENWERTH, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, pág. 7.

24. Também STRATENWERTH, *loc. cit.*, se manifesta contra esta amplitude.

25. Já M. E. MAYER em *Schuldhaftes Handeln und ihre Arten im Strafrecht*, 1901, pág. 185 e segs.; JAMES GOLDSCHMIDT, *loc. cit.*, pág. 464; ENGISCH, *loc. cit.*, págs. 54/55; HEINITZ *ZStW* 63, 57 e segs.

Penal da culpabilidade. Um direito em que só se exclui a responsabilidade pelo resultado (chamada responsabilidade objetiva) mas no qual é preciso responder *pelo que se é*, e não somente pelo que se fez não é um Direito Penal da culpabilidade.²⁶ A fórmula da culpabilidade, abre, em realidade, as portas a um balanço total da vida do autor e ao valor que mereça sua personalidade, sem aclarar que limites tem, nem quais serão considerados. Na maioria dos casos essa abertura não significará senão um juízo moral sobre o autor no qual os fins de prevenção geral atuarão oculta e talvez inconscientemente, porém, em todo o caso, de forma a utilizar o homem concreto em função da intimidação da generalidade.

Aqui se põe de manifesto que, em geral, o princípio da culpabilidade em que se têm fundado os precedentes legislativos e projetos é de alcance insuficiente; pois ao satisfazer-se com uma vinculação psicológica do autor com o resultado típico, permite — e de fato o autoriza — que o autor seja apenado *pelo que é*.

Em concreto esta objeção não parece que se possa resolver com base no critério pelo qual a personalidade que entra em consideração é a expressada pelo fato concreto. Os problemas que apresenta a personalidade em uma consideração preventiva como a que se reflete na “fórmula da personalidade”, não dependem do meio de conhecimento pelo qual se a alcance, mas são intrínsecos a ela. Por outro lado, a personalidade ou o caráter, dificilmente poderão ser conhecidos através de um único fato.

V

De qualquer modo, o que determina a rejeição da fórmula fundamentalmente é a dependência da pena da idéia de prevenção especial no sentido em que é encontrada em muitos códigos vigentes. Esta orientação, que se observa nos modernos códigos latino-americanos (especialmente no argentino de 1921), é produto de idéias de política criminal que, em todo caso não parecem admissíveis hoje em dia.

A tríplice finalidade preventivo-especial da pena elaborada por FRANZ V. LISZT (melhorar o capaz de melhorar; intimidação do que não tem necessidade de melhora; inocuidade do não melhorável) em 1882²⁷ tem pontos de apoio que hoje devem ser colocados em dúvida.

26. Cf. ERNST-WALTER HANACK, *Zur Problematik einer Sonderstrafe für Rückfalltäter, Programm für ein neues StGb*, editado por JÜRGEN BAUMANN, 1968, pág. 100 e seg. (105); CLAUD ROXIN, *Strafzweck und Strafrechtsreform*, no mesmo lugar, pág. 75 e segs. (76).

27. *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, 1905, pág. 166.

Basicamente, a categoria dos irrecuperáveis é em realidade uma categoria por demais relativa: “em princípio não existe uma distinção entre criminosos e não criminosos”,²⁸ e disto se deduz que os irrecuperáveis não configuram uma categoria irreduzível. Ao reverso, a qualidade de “irrecuperável” não depende exclusivamente de circunstâncias pessoais, senão, ademais, dos meios de que se disponha para alcançar a melhora: irrecuperável é todo aquele que não se pode ajudar com as práticas de execução penal existentes em um determinado momento.²⁹ Assim sendo, a mudança nas condições da execução pode, todavia, melhorar a quem não possui, segundo outros sistemas, tal possibilidade. A pena de reclusão por tempo indeterminado para os habituais prevista no art. 52 do CP argentino vigente e no art. 89 do Projeto de 1960, não possui na atualidade sustentação racional.

O Código brasileiro de 1969 introduziu em tal sentido uma limitação em dez anos à pena indeterminada prevista para os delinquentes habituais ou por tendência (art. 64) no que coincide com o art. 72 do Projeto de Código Penal Tipo, que estabelece para os habituais e profissionais uma agravação da pena na metade do mínimo e o máximo respectivos, com a possibilidade de substituir esta agravação por uma medida de internamento ou de vigilância. Nisso deve-se reconhecer como positivo que abandonam a idéia de inocuidade. Mas, de qualquer forma, importa transferir ao tratamento dos habituais o tipo de pena que VON LISZT previa para os “necessitados de melhora”, isto é, “uma séria e contínua reclusão”.³⁰

A idéia de que isto produzirá uma melhora, que permitirá “salvar” o delinquentes, não conta hoje em dia com uma comprovação empírica. Pelo contrário, propor prolongados internamentos em estabelecimentos carcerários deficientes e geralmente orientados por técnicos incapazes de recuperar ou ressocializar o sujeito passivo da execução, como é o caso de muitos dos nossos países, parece antes de tudo uma desumanidade. A demonstração de que as penas curtas privativas de liberdade carecem de aptidão aprimadora e devem ser abandonadas, não permite concluir que as de longa duração, apenas por esse fato, a tenham.³¹ É evidente, então, que a ressocialização — como disse WELZEL “não é suficiente para aclarar o sentido da pena como um mal merecido pela violação culpável

28. STRATENWERTH, *loc. cit.*, pág. 20.

29. *Ib. idem*, pág. 21.

30. *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, 1905, pág. 171.

31. Cf. ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurf*, em *ZStW* 81, 611 (632 e segs.); STRATENWERTH, *loc. cit.*, pág. 20.

do direito, quando a execução do mal torna o condenado pior do que era”.³²

De tudo isto não se deve deduzir que os motivos de prevenção especial devam ficar fora de consideração na medida da pena, e muito menos que devam ceder a razões impostas pela prevenção geral.³³ Trata-se de determinar que limite deve ser reconhecido às razões preventivo especiais na medida da pena. E, neste aspecto, a “personalidade” do autor (supondo-se que soubéssemos exatamente o que queremos dizer com personalidade) não proporciona um limite compatível com o princípio da culpabilidade.

32. *Das Deutsch Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, pág. 243.

33. Assim tem ocorrido na tão desafortunada reforma do Código argentino, de 1968, que seguindo o art. 46 do Projeto de 1960, excluiu a possibilidade da condenação condicional na reclusão não superior a dois anos. A razão de ser da condenação condicional nada tem a ver com a espécie de privação da liberdade. A reforma é muito mais criticável se se levar em conta que a detenção e a reclusão têm sido equiparadas em sua execução pela lei penitenciária (Decreto-lei n. 412/50). Ver em geral, ROXIN, *ZStW* 81, pág. 618.

A LIBERDADE PROVISÓRIA NO PROCESSO PENAL

EVANDRO LINS E SILVA

1. Com o advento da Lei n. 5.941, de 29.11.1973, a liberdade provisória, no processo penal, sofreu profunda alteração.

Um ligeiro histórico da evolução do problema em nosso direito dá a medida da transformação ocorrida e do progresso realizado em face da legislação anterior. De uma colocação bastante tímida e conservadora, o legislador brasileiro passou para uma posição acen-tuadamente avançada e renovadora.

2. O antigo direito português continha várias modalidades de liberdade provisória antes da condenação do réu. Havia o *seguro*, a *homenagem* (menagem), a *palavra de fiéis carcereiros* e a *fiança*. Esses institutos estavam regulados nas Ordenações.

Seguro (carta de segurança) era a promessa judicial pela qual o acusado, mediante certas condições, se eximia da prisão até a terminação da causa.

Homenagem (menagem) era o privilégio concedido aos fidalgos, desembargadores, cavaleiros das Ordens Militares, doutores e alguns escrivães, de permanecer na própria casa ou castelo, enquanto respondiam a processo. A menagem perdurou, através dos tempos, na legislação militar, e ainda hoje é

regulada no Código de Processo Penal Militar (arts. 263 a 269).

Os *fiéis carcereiros* eram fiadores idôneos, a cuja palavra o Rei concedia a graça de atender para o réu ficar solto durante o processo.

A *fiança*, que ainda conserva, atualmente, as mesmas características, consiste na faculdade do réu prestar uma caução para se livrar solto até a terminação do feito.

3. O Código do Processo Criminal de 1832 aboliu qualquer meio, que não fosse a fiança, para que os acusados pudessem obter a liberdade provisória (art. 113).

E assim continuou, com a proclamação da República, deslocando-se o instituto para o Código Penal de 1890 (arts. 405 e 406 das "Disposições Gerais" do Tit. IV). Explica-se o deslocamento: a fiança, como regra de emanção constitucional, como garantia individual, só podia ser regulada pela União, que tinha competência privativa para estabelecer os casos de seu cabimento e aplicação. Não era possível deixar a matéria à legislação processual, que passara, com a Federação, à competência de cada Estado.

4. Essa situação só se modificou com a edição do Código de Processo Penal de 1941, de âmbito nacional, cuja Exposição de Motivos esclarece: "Abolida a pluralidade do direito formal, já não subsiste razão para que a liberdade provisória mediante fiança, que é matéria tipicamente processual, continue a ser regulada pela lei penal substantiva" (n. IX).

Os casos de liberdade provisória voltaram a ser regulados na legislação adjetiva. O Tít. IX, Cap. VI, do L. I, do CPP, regulou a "*liberdade provisória, com ou sem fiança*".

Aí estão contemplados dois casos em que o réu se livra solto, independentemente de fiança (art. 321, ns. I e II). São hipóteses de infrações levíssimas, punidas com pena de multa ou com pena de prisão cujo máximo não exceda a três meses.

O legislador de 1941 não mudou a orientação até então seguida sobre liberdade provisória, adotando critérios tradicionalistas e enumerando os casos de *inafiançabilidade*, entre os quais o principal é a proibição de concessão de fiança aos crimes punidos com pena de reclusão, com a tímida ressalva de sua admissão para o "*réu maior de setenta anos ou menor de vinte e um, no caso de não ser superior a dois anos o máximo da pena cominada*" (art. 323, n. I).

Apesar do expositor dos motivos dizer que "*o projeto cuidou de imprimir à fiança um cunho menos rígido*", o certo é que o Código de 1941 foi ainda bastante conservador no que diz respeito à liberdade provisória.

5. A Lei n. 5.941, de 29.11.1973, é que operou uma verdadeira revolução sobre a matéria modificando substancialmente a sistemática anterior.

O instituto da fiança, depois dessa lei, subsiste, de modo especial, para

os *não primários*, excluídos os *reincidentes* específicos (art. 323, n. III, do CPP), e para os primários quando não lhes seja reconhecido um passado recomendável.

Ao modificar os arts. 408, 594 e 596 do CPP, a Lei n. 5.941/73 adotou uma posição inteiramente nova.

Agora, a regra geral é o réu primário e de bons antecedentes *defender-se em liberdade, independentemente de fiança*, pouco importando que o crime seja punido com pena de detenção ou de reclusão.

6. Muitas e ponderáveis razões hão de ter inspirado tão profunda reforma da legislação processual. A primeira delas foi, de certo, o abrandamento do rigor desnecessário com que era tratado o delinqüente primário, que esperava longo tempo no cárcere até ser julgado, em conseqüência mesmo do congestionamento da máquina judiciária.

A segunda razão, e não menor, é a de que ninguém deve ser preso antes de convencido plenamente de sua culpa. E esse convencimento só se dá quando a condenação é definitiva. As freqüentes absolvições de acusados presos em flagrante delito e as constantes reformas de decisões condenatórias de primeira instância aconselhavam maior cautela na privação da liberdade de réus primários e de bons antecedentes.

Quem compensaria o acusado, nessas condições, dos padecimentos e dos prejuízos causados por uma prisão que, a final, se considerou ilegal, injusta e, algumas vezes, iníqua?

Em livro recente, RENÉ FLORIOT assinala que, na França, vinte e cinco por cento das decisões de primeira instância são reformadas em grau de recurso (*Les erreurs judiciaires*, 1968, pág. 7). Essa apreciável percentagem é fator que leva, também, a justificar

e aplaudir o novo critério legislativo. A liberdade é a regra, quando se cuida de primário; a prisão só se deve efetivar quando a condenação é irrecorrível.

7. Outro motivo, de ordem pragmática, deve também ter influenciado o legislador. Como é sabido, as prisões estão superlotadas e não comportam, sequer, os reincidentes e os criminosos de alta periculosidade. Não há vantagem social alguma em encher as cadeias de réus primários e de bons antecedentes para soltá-los depois de absolvidos. Melhor será só mandá-los para lá para o cumprimento da pena definitivamente imposta.

8. Por outro lado, razão mais profunda não pode deixar de ter influído na renovação operada pelo legislador de 1973. A prisão, como método penal, é relativamente recente. No começo ela era cruel, desumana, impiedosa; eram os ergástulos, as enxovias, as masmorras, de triste memória. Requintava-se no escarmento ao criminoso, com a humilhação dos ferros e das galés.

O primeiro protesto contra a dureza das penas e das cadeias de antanho veio inspirado no humanitarismo do movimento dos Enciclopedistas, em VOLTAIRE, em ROUSSEAU, em MONTESQUIEU. Foi o grito que ainda hoje ressoa, saído das páginas imortais desse pequeno grande livro, *Dos Delitos e das Penas*, do nunca assaz louvado CESARE BECCARIA. Já então se preconizava a limitação do arbítrio judiciário na prisão provisória dos acusados.

Em excelente prefácio à tradução do famoso opúsculo do Marquês de Beccaria, EVARISTO DE MORAES, a maior formação de advogado criminal do Brasil, não escondia o seu entusiasmo e a sua admiração: "Chegam a maravilhar, tendo em mente a época em que fo-

ram enunciadas, as observações do discípulo de ROUSSEAU e MONTESQUIEU, acerca dos requisitos da prisão antes de *apurada a culpabilidade do indivíduo*" (Atena Editora, 5.^a ed. s/data, pág. 17).

O livro de BECCARIA é de 1764, tem mais de dois séculos.

Depois dele, as prisões sofreram reformas. Sistemas penitenciários foram objeto de extensas lucubrações.

Ao caráter retributivo da pena se juntou o seu aspecto de emenda e de recuperação. A prisão era o meio de recolocar o desviado do bom caminho, o infrator da norma penal, na estrada do respeito aos princípios da convivência social. A segregação não era castigo, mas medida de defesa social. A prisão serviria para reeducar o delinqüente, fazendo-o voltar ao seio da sociedade, limpo de culpa e pena, adaptado, dócil, submisso às regras de conduta impostas pelas leis e pelos costumes.

9. Caminhou-se. Um jurista de gênio, VON IHERING, observando a trajetória das sanções criminais, através do tempo, na sua marcha incessante, exprimiu numa frase a realidade que todos sentem e entendem: "a história da pena é a história de sua constante abolição."

Dentro de uma progressiva mitigação, tentou-se fazer da prisão uma espécie de reformatório, onde o condenado seria educado e polido para o retorno à vida social. Não haveria pena castigo mas pena reeducadora, com a participação de médicos, psicólogos, professores, sacerdotes, artistas e o mais que pudesse transformar a personalidade do condenado, de modo a devolvê-lo ao meio em que vivia com a segurança de manter uma conduta dentro dos padrões convencionais que havia rompido com o crime.

A experiência mostrou que a prisão, ao contrário do que se sonhou e desejou, não regenera: avilta, despersonaliza, degrada, vicia, perverte, corrompe, brutaliza.

Já estamos num estágio em que os especialistas aconselham até a supressão das prisões, utilizando-se outros substitutivos penais. Em opúsculo candente, o Mestre ROBERTO LYRA, êmulo de Beccaria, grita hoje um grito científico e não apenas humanitário: "A pedagogia, a medicina, a psicologia, a economia, a política, senão a própria moral, já não admitem discussão sobre a monstruosidade antinatural, antiindividual, anti-social, de prender, isolar, segregar. É pior do que eliminar e transportar" (*Penitência de um penitenciário*, 1957).

10. O legislador de 1973 abeberou-se em fontes modernas e acompanhou a evolução em torno da pena. Atualmente, os congressos científicos estão preocupados com a *não prisão*, com as chamadas *prisões abertas*, com a *descriminalização* etc.

O Primeiro Congresso Internacional de Prisões, realizado em Londres, em 1872, ocupou-se da possibilidade de substituição das penas curtas privativas de liberdade. E o prof. JÜRGEN BAUMANN, da Universidade de Tübingen, adere à luta contra tais penas, da qual foi paladino o grande FRANZ VON LISZT, há mais de 90 anos, em seu *Programa de Marburgo*. BAUMANN, em antigo escrito para o livro *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía*, publicado em homenagem a JIMÉNEZ DE ASÚA, preconiza a substituição da multa e das penas de curta duração por um trabalho de utilidade comum (*Existe actualmente la posibilidad de eliminar la pena privativa de libertad de hasta seis meses?*, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1970).

Foi a essas inclinações que se mostrou sensível a Lei n. 5.941, de 22.11.1973, que representa um notável avanço na temática da prisão provisória em nosso direito processual, em favor da liberdade dos réus primários e de bons antecedentes.

11. Houve uma mudança radical de que nem todos ainda se deram conta. A rotina continua a adotar os critérios antigos, inteiramente superados.

A primeira grande transformação feita pela lei nova está na permissão do réu *pronunciado*, em crime da competência do Tribunal do Júri, permanecer em liberdade até o julgamento. Por mandamento constitucional, o júri destina-se a julgar os crimes dolosos contra a vida (art. 153, § 18), entre eles o homicídio, em que o bem jurídico protegido é a vida humana, o bem maior, o bem primeiro, do qual decorrem todos os outros ou sem o qual nenhum outro existe.

O legislador de 1973 encarou o problema por um enfoque próprio, sem se deixar impressionar com a gravidade do delito e dando preponderância à personalidade do acusado. A lei seguiu, aí, o ensinamento da escola positiva, que representou, desde há mais de meio século, uma conquista sobre a concepção da escola clássica: nos processos penais julga-se o homem, não o crime, deve-se olhar uma vida inteira, não apenas um episódio dela. Essa verdade tornou-se um truísmo, um lugar-comum nos tribunais.

Só agora, porém, animou-se o legislador a estatuir como norma a liberdade dos primários, de bons antecedentes, independentemente da maior ou menor gravidade da infração.

O grande juiz e jurista que foi ANTÔNIO EUGÊNIO MAGARINOS TORRES já escrevia, em 1934, no prefácio ao livro *Crítica Penal*, de JORGE SEVERIANO RI-

BEIRO: "Ciência não será, tampouco, esse entretenimento literário de espíritos pretensiosos, que vivem a embair a ingenuidade dos moços nas escolas com a prédica de sanções rigorosas e sistemáticas, fingindo ignorar a maldade monstruosa, que caracteriza, na sua objetividade, o Direito Penal.

Prisão é somente "uma necessidade", que nenhuma ciência poderá justificar. Deve, pois, ser módica e só aplicável pelos efeitos, sempre "transitórios", que possa ter sobre a sociedade... em falta de remédio mais inteligente" (pág. V).

A Lei n. 5.941/73 alterou substancialmente o antigo conceito de que a primeira consequência da *pronúncia*, nos crimes inafiançáveis, deve ser a prisão do acusado.

Hoje, não é mais assim. Nem mesmo a *condenação*, nos casos mais graves da delinquência, importa na prisão imediata do réu.

O § 2.º, do art. 408, do CPP, com a redação da nova lei, ressalva, quanto à sentença de *pronúncia*: "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."

Em nosso entender, o preceito aí inscrito, embora, por sua redação, contenha uma *faculdade* conferida ao juiz, há de ser interpretado e aplicado como regra cogente, tendo em vista o seu inegável entrelaçamento com o art. 594, em sua nova redação: "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."

Se o réu *condenado* — seja pelo juiz singular, seja pelo júri — se assegura o direito de apelar em liberdade, desde que se trate de primário e de bons an-

tecedentes, o mesmo direito se deve garantir ao réu apenas pronunciado, em igualdade de condições.

12. A nova lei reflete uma tendência universal, que está retratada nos estudos dos criminólogos e penalistas contemporâneos. Ainda agora, no mês de setembro deste ano, o Congresso de Direito Penal de Budapeste, registrou esse sentimento generalizado. As penas privativas de liberdade irão sendo reduzidas e limitadas aos casos de delinquentes de extrema periculosidade. Os substitutivos penais estão à vista de todos: — penas preferencialmente patrimoniais, prisões abertas, ampliação do *sursis*, regimes de prova etc. O principal, no crime, é o ressarcimento do dano por ele ocasionado. Essa é a sanção primordial, esse deve ser o escopo mais importante a perseguir e conseguir.

13. Diante da Lei n. 5.941 alguns aspectos devem ser suscitados. O *primário*, de *bons antecedentes*, autuado em flagrante, por crime inafiançável, pode ser posto em liberdade? Quando? Antes ou depois da sentença de primeira instância?

Como vimos, o réu *pronunciado* ou mesmo *condenado* poderá recorrer ou apelar sem ser recolhido à prisão. Nessas duas hipóteses, de *pronúncia* ou *condenação*, há reconhecimento judicial de culpabilidade, e o réu fica solto.

Não nos parece lógico que o acusado *primário* e de *bons antecedentes*, permaneça preso, em virtude de autuação em flagrante, quando o *condenado*, por sentença judicial, só é recolhido à prisão depois do trânsito em julgado da condenação. Menos lógico ainda, é admitir que o réu *pronunciado* por homicídio ou *condenado* pelo júri, fique em liberdade, enquanto um acusado autuado em flagrante por lesão grave, ou por um "conto do vigário", ou por

ter um hotel para encontro de casais, seja conservado em prisão até o julgamento final.

Se o juiz, ao condenar, pode deixar de expedir o mandado de prisão, pensamos que pode e deve soltar o acusado preso em flagrante, desde que haja prova de que se trata de criminoso primário e de bons antecedentes.

A lei seria contraditória se permitisse a liberdade já havendo sentença condenatória e não a permitisse havendo apenas a prisão, sem reconhecimento judicial da culpabilidade.

O intuito do legislador foi evitar ao réu primário o contato com a prisão antes da condenação definitiva. Deixar o réu primário e de bons antecedentes preso até o julgamento contraria o objetivo do legislador.

14. A interpretação da nova lei não pode deixar de ser ampliativa, em favor da liberdade. Assim já entendeu o Supremo Tribunal Federal, em dois casos, quando admitiu a aplicação analógica dos benefícios da Lei n. 5.941 a recursos em andamento, mas interpostos antes da referida lei, por acusados primários e de bons antecedentes: "Ora, se é finalidade da lei evitar a réu em tais condições a submissão ao cárcere, enquanto não definitivamente condenado, a mesma razão se estende aos réus que, preenchendo as mesmas condições, porque condenados antes da vigência da lei, aguardem o julgamento dos respectivos recursos. Assim, ainda que proferida antes da lei, se a sentença condenatória afirmar ser o réu primário e de bons antecedentes, essa afirmação é válida para que possa pleitear o ulterior benefício previs-

to na Lei n. 5.941, de 1973 (STF — Ac. unân. da 1.^a T., publ. em 5.6.74 — RHC n. 52.242 — GB — Rel. Min. RODRIGUES DE ALCKMIN — Raymundo Gomes das Chagas vs. TJ-GB; id. — Ac. unân. da 1.^a T., publ. em 5.6.74 — HC n. 52.225 — MG — Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO — Pacte. Aristides Gonçalves da Silva e outro — Adv. Carlos Gomes Pinto Coelho)" (*Boletim Jurisp. Adcoas*, n. 40, pág. 634, n. 30.121).

Se o réu já condenado tem o direito de se beneficiar da liberdade assegurada pela nova lei, parece evidente que o ainda não condenado, com maior razão, deve ser favorecido pela lei que só admite a prisão do primário após a condenação definitiva.

A prisão provisória, seja em flagrante, seja a prisão preventiva e, já agora, a prisão resultante de condenação de primeira instância, não se aplica mais ao criminoso primário e de bons antecedentes, por força da Lei n. 5.941, de 22.11.1973.

15. Se houver flagrante, a prisão deverá ser relaxada, uma vez apurado que o preso é primário e de bons antecedentes. Se houver prisão preventiva já decretada, deve a mesma ser revogada para os presos que provem não ter sofrido condenação anterior e terem boa vida pregressa. Em caso de pronúncia ou condenação, não será expedido mandado de prisão, se o réu estiver solto, ou o acusado será posto em liberdade, se estiver preso, uma vez que se trate de primário, com bons antecedentes.

Essa a filosofia da nova lei, inspirada nos mais modernos princípios de política criminal.

CULPABILIDADE: DESINTEGRAÇÃO DIALETICA DE UM CONCEITO METAFÍSICO

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS

1. As origens.

1.1. O crime como ente jurídico abstraído das contradições do processo social, propunha um conceito de culpabilidade reduzido a um vínculo naturalístico: *relação psicológica* entre o agente e o resultado. Essa noção era condicionada pela compreensão do homem como entidade acabada e em si,¹ independentemente do seu contexto concreto de existência: o pressuposto metafísico da autonomia da vontade é suficiente para fundamentar a liberdade: "o sujeito pensante é o ser livre; a liberdade é um atributo da sua vontade. É o querer que é livre, de modo que a liberdade é a sua substância e essência" (HEGEL, *Filosofia do Direito*, § 1.^o, ad., cf. H. MARCUSE, *Razão e Revolução*, pág. 173, ed. Saga, 1969). A imanência da liberdade ajustava a natureza humana à atribuída origem Divina e aos conseqüentes imperativos da religião, legitimando a pena como expressão justa e, até, dignificante do ser

racional: a idéia básica de liberdade o submetia ao imperativo categórico da pena como retribuição moral (KANT), jurídica (HEGEL) ou religiosa (STAHL) do crime praticado.²

1.2. Esses apriorismos absolutos eram materializados na noção de *imputabilidade*,³ como pressuposto existencial da pena imediatamente fundamentada no vínculo psíquico entre o agente e a produção causal do resultado antijurídico: (1) *imputabilidade* e (2) *relação psicológica*, resumiam a culpabilidade justificativa da pena (a liberdade abstratamente afirmada absolutizava o imperativo da pena, como contraposição necessária à lesão de uma ordem jurídica transcendente da história, de origem divina e conteúdo imutável).

O mecanicismo do pensamento científico do século XIX, ao erigir a cau-

2. A. BRUNO, *Direito Penal*, I, pág. 94/5, ed. 1959; HANS WEITZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, § 32, n. II, 1, 11.^a ed., trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, da Edit. Jurid. de Chile, 1970.

3. HEGEL, ob. cit., pág. 173: "O reino do direito é o reino da liberdade. (...) Através da sua vontade pode o indivíduo determinar sua ação de acordo com sua livre razão."

1. HEGEL, *Filosofia do Direito*, § 23, pág. 31: a vontade é livre se é "inteiramente por si, por não se referir a nada mais que a si mesma, renegando toda dependência a qualquer outra coisa" (cf. H. MARCUSE, *Razão e Revolução*, ed. Saga, 1969, pág. 177).

salidade em coluna vertebral do Direito Penal, afetou a estrutura conceitual do chamado *ente jurídico*, pelo seccionamento simétrico dos componentes dialéticos do fato punível: (1) *realidade material da causalidade* (antijuridicidade) e (2) *conteúdo subjetivo da vontade* determinante da causalidade exterior (culpabilidade), se opunham, in-comunicáveis, no conceito.⁴

1.3. Essa noção de culpabilidade consolidou historicamente uma deficiência permanente do sistema, traduzido no *error juris nocet*: o prevalecimento de razões denominadas hoje de política criminal sobre o princípio da culpabilidade, repeliu de seu conteúdo a *consciência da antijuridicidade*. Dessa deficiência resultou a distinção paliativa entre (1) *erro penal* (desconhecimento de preceitos penais) *irrelevante* e (2) *erro extrapenal* (desconhecimento de normas jurídicas civis ou administrativas integrantes do preceito penal) *relevante* (exclui o dolo, equiparando-se ao erro de tipo).⁵ A distinção é arbitrária: o preceito não é afetado pela origem da norma que o integra. E a deficiência continua: a punição de ação praticada com desconhecimento inevitável da antijuridicidade contraria o princípio da culpabilidade.⁶

1.4. A culpa *inconsciente* não é compreendida pela culpabilidade: não há relação psicológica entre o agente e o não-previsto resultado concomitante de lesão ao bem jurídico. A idéia de

excluir os fatos culposos do Direito Penal (*Kohlrausch, Reform I*, 194) não tem êxito pela desproteção conseqüente de bens jurídicos essenciais contra lesões da negligência.⁷

2. Conceito normativo.

2.1. Situações extraordinárias de motivação *excluem* a possibilidade de cumprimento do conteúdo da norma: essa compreensão *limita* imediatamente o conceito de culpabilidade, ao revelar a insuficiência conceitual da relação psicológica entre o agente e o resultado. FRANK (*Aufbau des Schuld-begriffs*, 1907) compreendeu a limitação e subordinou a culpabilidade, que define como *reprovabilidade*, ao conceito da *normalidade das circunstâncias concomitantes do fato punível*, evoluído para o de *possibilidade de normal motivação da vontade*, fixado na fórmula do *Tatherrschaft*. O conteúdo da formulação se opõe dialeticamente aos apriorismos metafísicos anteriores: a possibilidade de normal motivação é *excluída*, precisamente, pela anormalidade das circunstâncias concomitantes do fato. A autonomia subjetiva do *querer* é limitada pelo reconhecimento do *poder vinculante* da realidade objetiva de atuação da vontade.⁸

7. WELZEL, ob. cit., § 19, n. III.

8. ENRIQUE CURY, "Culpabilidade e Criminologia", in RDP, n. 5, pág. 20, n. III: "De qualquer forma, Frank destacou o papel das circunstâncias em que atua o sujeito e, com isso a transcendência do fator intelectual. Assim, foi relacionado o agente com sua realidade vital. O delinqüente *já não é para o Direito Penal um mero motor do ato que, conseqüentemente, se contempla a partir do ato. O delinqüente condiciona agora a qualificação jurídica do ato ao nível da culpabilidade. E o condiciona enquanto pessoa; sujeito real que é,*

2.2. A negação das abstrações tomadas *a priori* promove uma mudança qualitativa do conceito: ao conteúdo naturalístico é acrescentado um conteúdo de *valor* extraído do contexto dialético da ação, com a deslocação do eixo da culpabilidade em direção à situação concreta daquela.⁹ GOLDSCHMIDT (*Der Notstand, ein Schuldproblem*, 1913), ao localizar a essência da reprovabilidade na vontade contrária ao dever, supõe o elemento normativo introduzido no conceito, e FREUDENTHAL (*Schuld und Vorwurf*, 1922) o consolida na *exigibilidade de comportamento conforme ao Direito*. O dever jurídico abstrato seria excluído pela *impossibilidade* de normal motivação da vontade, fundamentando a *inexigibilidade de comportamento ajustado ao dever* (formulação negativa).¹⁰ O conteúdo de valor limita objetivamente a eficácia da norma: a reprovação do comportamento contrário ao dever (antijurídico) pressupõe a *normalidade de motivação da vontade*, que fundamenta a *exigibilidade de comportamento conforme à norma* (formulação positiva).¹¹

para usar a conhecida fórmula, ele e suas circunstâncias; sujeito real que vive num mundo que conhece, e que o afeta. (...) Em outras palavras: o exame das circunstâncias concomitantes e de sua influência na formação da vontade, pertence ao criminólogo e condiciona o penalista. De imediato as duas ciências se encontram, já não apenas vizinhas e relacionadas, senão reciprocamente determinadas." (grifado no original); A. BRUNO, ob. cit., n. II, 27/8, nota 4, e 98, n. 2, notas 2 e 5; WELZEL, ob. cit., § 19, n. III; BAUMANN, ob. cit., p. 206; ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. V, ns. 1507 e segs.

9. WELZEL, ob. e loc. cit.: A. BRUNO, id., ib.; BAUMANN, id., ib.

10. Id., ib.

11. Id., ib.

2.3. A alteração da estrutura conceitual da culpabilidade, resultante da compreensão do fato no contexto concreto de suas circunstâncias, representa a acomodação forçada do *jurídico* a aquisições já incorporadas ao conhecimento *científico* da época: a natureza dialética do processo de formação da vontade e as limitações impostas pelo contexto social concreto da ação.¹² A estrutura conceitual compreende: (1) *imputabilidade* (pressuposto existencial); (2) *relação psicológica* entre o agente e o resultado; e (3) *elemento normativo*, expresso conceitualmente na *exigibilidade de comportamento conforme à norma*, que pressupõe objetivamente a possibilidade de normal motivação da vontade.¹³

12. E. CURY, loc. cit.: "Quando Frank inaugura a teoria normativa da culpabilidade o panorama muda por completo. E essa mudança tende a acentuar-se na proporção em que a doutrina passa a unificar-se em torno de uma concepção livre-arbitrista limitada — ou se assim se quer determinista relativa — fundada em pressupostos proporcionados pelos progressos da psicologia e da psiquiatria."

13. A determinação precisa do âmbito da normalidade de motivação é dificultada pela própria natureza das coisas: a complexidade dialética da unidade social objetivo-subjetiva da ação não pode ser reduzida a esquemas universalmente válidos. A despeito disso, foi realizada uma delimitação de algumas situações concretizadoras do conceito, em que se reconhece o poder vinculante da força (física ou moral) ou da hierarquia, caracterizadas legislativamente nas hipóteses de coação irresistível e de obediência a ordem não manifestamente ilegal. Essas situações, que concretizam objetivamente o conceito, não esgotam a sua função na culpabilidade: a idéia de exigibilidade constitui a essência da noção de culpabilidade (o limite da reprovabilidade é determinado pelo humanamente exigível). Como as excludentes não se su-

4. ROXIN, "Sobre a autoria e participação no Direito Penal", in *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, pág. 59, n. III, 1970; WELZEL, ob. cit., § 8, n. III, 2; BAUMANN, *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, trad. C. A. Finzi, págs. 206, 1973.

5. 6. WELZEL, ob. cit., §§ 22, n. II, 1.

2.4. A defecção do princípio da culpabilidade, no tratamento do *erro de proibição* origina a inclusão da *consciência da antijuridicidade* no conteúdo do conceito do *dolo*. A relação psicológica entre o agente e o resultado é constituída, essencialmente, pela (1) *consciência das características do tipo* e pela (2) *consciência da antijuridicidade*.¹⁴

A essencialidade da consciência da antijuridicidade para o conteúdo do *dolo* erradicaria a defecção do princípio da culpabilidade, representada pela irrelevância jurídica do *erro de proibição*.

2.5. A simpatia da formulação não desfaz um equívoco fundamental do conceito: (1) a natureza objetiva dos elementos do tipo permite apreensão imediata pela consciência: *consciência atual* (*dolo de tipo*); (2) a antijuridicidade é um juízo de valor objetivo resultante

da contradição entre a ação típica (*desvalor social*) e a ordem jurídica (*valor social*), cuja conscientização imediata (*atual*) é (a) normalmente rara e (b) praticamente excluída dos tipos instantâneos ou passionais: dessa natureza ontológica da antijuridicidade decorre a necessária inatualidade da consciência; a *inatualidade da consciência da antijuridicidade* possibilita um conhecimento apenas *atualizável* do injusto típico, insuficiente para o *dolo*.¹⁵ O desmembramento dos momentos de consciência dos componentes do *dolo* vicia a praticabilidade da teoria. Esse descompasso determinou algumas variações na teoria:

2.5.1. O *erro de proibição* é irrelevante se referido a conduta inconciliável com o *são sentimento do povo* (MEZGER, 1936). A inescusabilidade do erro de proibição inevitável em ações contrárias ao indeterminável *são sentimento do povo* (a) fere o princípio da culpabilidade (a falta de consciência da antijuridicidade excluiria o *dolo*) e (b) lesiona o princípio da legalidade: conduta não dolosa não pode ser punida como dolosa.¹⁶

2.5.2. O desconhecimento culposos de proibição exclusivamente dolosa se ajustaria a um tipo subsidiário de *culpa jurídica* (SCHRÖDER, *crimen culpae*). Essa formulação (a) abstrai da realidade concreta do fato e (b) a culpa (inobservância do cuidado necessário no âmbito de relação) é conceitualmente mais restrita que a falta de *consciência da antijuridicidade possível*.¹⁷ A proposição posterior de agressão de um tipo de *culpa jurídica* a cada tipo doloso, para acomodar o erro de proibição evitável, conserva o sentido de abstração da realidade concreta da ação.¹⁸

15. 16. 17. 18. WELZEL, ob. cit., § 22, n. II, 2 a-y.

2.5.3. “Os mandados e proibições fundamentais evidentes da vida em comum”¹⁹ integram o inconsciente ético individual e se manifestam no consciente com sentido de necessidade anímica em caso de vivência concreta correspondente (SCHMIDHÄUSER, *Mezger Festschrift*, pág. 316 e segs.). Simples ficção nos delitos instantâneos: *pode ser, mas não tem que ser*.²⁰

2.6. A culpabilidade se fundamenta no princípio do conhecimento: o conteúdo antijurídico da ação só pode ser reprovado se o agente conhecia a antijuridicidade; a inconsciência da antijuridicidade da ação exclui a culpabilidade por ausência do constituinte *normativo* do *dolo*. Exceções são as hipóteses de erro culposos em resultados típicos não exclusivamente dolosos: a reprovabilidade persiste para fundamentar a punibilidade por culpa.

3. A sistemática moderna.

3.1. A relação lógico-objetiva entre os elementos atribuídos ao conceito normativo da culpabilidade foi esclarecida por GRAF ZU DOHNA (*Aufbau der Verbrechenslehre*, 1935), ao conceituar a reprovabilidade como *valoração* e o *dolo* como *objeto de valoração*.²¹

19. 20. WELZEL, ob. cit., § 22, n. II, 2 a-y.

21. WELZEL, ob. cit., § 19, n. III; BAUMANN, ob. cit., pág. 208. A doutrina brasileira se enraíza no estágio anterior do desenvolvimento dogmático do conceito. A síntese de A. BRUNO (ob. cit., n. II, pág. 32, n. 4) constitui esteótipo para os expositores: “São três portanto, os elementos que entram na estrutura da culpabilidade: a) a imputabilidade, isto é, uma determinada situação mental, que permite ao agente o exato conhecimento do fato e do seu sentido contrário ao dever e a determinação da vontade de acordo com esse entendimento, dando-lhe, assim, capa-

A compreensão do caráter final da estrutura da ação humana excluiu o *dolo* do âmbito da culpabilidade (a função ontológica do *dolo* aberrava da sua posição dogmática): a teoria *finalista* o reconheceu como constitutivo final essencial da ação e, necessariamente, do tipo subjetivo de injusto, fixando-o como objeto primário da reprovação, abrangente da ação típica como configuração concreta do *dolo*. A culpabilidade é a *valoração* do *poder concreto* de configuração da vontade segundo conteúdos de valor social obrigatórios.²²

3.2. O reconhecimento do *dolo* (*conteúdo da vontade*) como constitutivo essencial final da ação (distinguindo-a da causalidade cega dos fenômenos naturais), e a compreensão unitária da dinâmica *objetivo-subjetiva* da ação^{22-bis}, em que o conteúdo da vontade (*momento subjetivo*) é o fator de direção final necessário da causalidade (*momento objetivo*) destruiu os resíduos mecanicistas do conceito de crime: (1) o *tipo* (modelo de comportamento proibido e, assim, necessária descrição da atividade final realizadora do seu conteúdo, a *matéria da proibição*) configura dogmaticamente as características essenciais da ação: (a)

cidade para sofrer a imputação jurídica do seu comportamento; b) o elemento psicológico normativo que relaciona o agente com o seu ato, psicológica e normativamente, manifestando-se sob a forma de *dolo* ou de *culpa*; c) finalmente, exigibilidade, nas circunstâncias, de um comportamento conforme ao dever, i.e., que o fato ocorra em situação em que seja lícito exigir do sujeito comportamento diferente.”

22. WELZEL, ob. cit., § 19, n. III.

22-bis. WELZEL, ob. cit., § 8, n. I; JUAREZ TAVARES, “Espécies de *Dolo* e outros elementos subjetivos do tipo”, in RDP, n. 6, pág. 21, n. 1.

bordinam ao princípio da legalidade (e, por isso, a sua enumeração legal não é exaustiva), a eficácia do princípio se amplia até situações excepcionais particulares concretizadoras do seu conteúdo, especialmente as lesões culposas resultantes de cansaço ou exaustão física ou mental justificáveis, ou as dolosas produzidas em situação de perigo para a vida ou a integridade física (cf. WELZEL, ob. cit., § 23, n. II). Finalmente, a delimitação do âmbito das proibições e dos preceitos permissivos reconhecidos expressamente é diretamente influenciada pela noção de exigibilidade.

14. WELZEL, ob. cit., § 22, n. II, 2; A. BRUNO, ob. cit., pág. 109, e segs. (notas 1 e segs.): este autor filia-se expressamente à teoria do *dolo* (poder exculpante do erro de proibição), e, assim, fundamenta uma posição moderna; E. BACIGALUPO, “Sistema del error sobre la antijuridicidad en el Código Penal”, in *Nuevo Pensamiento Penal*, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, n. 1, pág. 48 e segs., ns. 2 e 3).

tipo subjetivo (conteúdo da vontade: dolo) e (b) *tipo objetivo* (processo causal constituído fundamentalmente da ação e, se houver, do resultado); (2) a *antijuridicidade* (indiciada no tipo) é caracterizada por uma relação de contradição entre a realização concreta do tipo e o conjunto da ordem jurídica (normas proibitivas e preceitos permissivos); (3) a *culpabilidade* — um conceito depurado de elementos estranhos — é reduzida à característica normativa da reprovabilidade: juízo de valor negativo imediato da vontade e mediato da ação.²³

23. WELZEL, § 19, n. II. O argumento de BAUMANN (invocando ROSENFELD, ZStW, 32 469) de que “no conceito psicológico da culpabilidade a culpabilidade está na cabeça do autor, e no conceito simplesmente normativo tão só nas cabeças dos que julgam, os juízes” (ob. cit., pág. 209) não procede, porque a valoração da culpabilidade tem um objeto primário (tipo subjetivo), pelo qual se estende a toda a ação típica (tipo objetivo); a relação entre o poder concreto de configuração final valorativa da causalidade e o conteúdo de valor (dever) social obrigatório constitui o fundamento objetivo da reprovação (desvalor social objetivo da ação). Baumann entende que o conceito “simplesmente normativo” (como denomina a teoria da culpabilidade) “confunde culpabilidade e juízo de culpabilidade. A culpabilidade é algo existencial que está no autor, pelo menos uma propriedade da conduta do autor, ou seja, algo que também deve achar-se na cabeça ou no coração do autor” (pág. 210). A imprecisão desse conceito contrasta com a clareza da relação funcional valoração (culpabilidade) e objeto de valoração (dolo), e o conteúdo da culpabilidade como reprovabilidade fundamentada no poder concreto de configuração final valorativa da causalidade, da teoria da culpabilidade. Finalmente, a estrutura da culpabilidade, de BAUMANN (“relação do autor frente ao fato que cometeu (o que se reprova: dolo ou culpa); capa-

3.3. O fundamento da reprovabilidade é o *poder concreto* de comportamento conforme conteúdos de valor objetivos: o juízo de desvalor da reprovabilidade pressupõe o contexto dialético da ação, que fundamenta o *poder pessoal* (*liberdade*) de configuração da vontade segundo conteúdos de valor social obrigatórios (realização de valores sociais *positivos*: omissão do desvalor social da causalidade, nos crimes de ação, e realização do valor social da causalidade adequada à proteção de bens jurídicos, nos crimes de *omissão de ação*). A existência desse fundamento (*poder concreto*) é determinada por uma relação objetiva entre o dever jurídico de obediência à norma (conteúdo de valor social obrigatório) e o âmbito de poder concreto do agente de *conformar* a conduta ao referido conteúdo de *valor social* obrigatório: não é reprovável a configuração antijurídica do tipo se impossibilitada *concretamente* a realização do valor social obrigatório da norma.

3.4. A defecção do princípio da culpabilidade, no tratamento do *erro de proibição*, foi resolvida pela *teoria da culpabilidade*: a *consciência da antijuridicidade* é elemento da culpabilidade, sem conexão ontológica com o dolo (reduzido à função natural de direção final do tipo).

O *dolo de tipo* é o *objeto* de reprovação, e a *consciência da antijuridicidade* é o *motivo* da reprovação do dolo de tipo (contramotivo atual (*consciência*) ou atualizável (*possibilidade de consciência*) do sentido ético-social da ação).

cidade de culpabilidade (imputabilidade) (possibilidade de valorar); a falta de causas de exclusão da culpabilidade (possibilidade do autor de atuar de acordo com a sua valoração”) o coloca entre os partidários da teoria do dolo (pág. 211).

A consciência positiva (*atual*) da antijuridicidade fundamenta concretamente a reprovabilidade da realização do tipo; a consciência negativa da antijuridicidade (*erro de proibição*) subordina-se à qualificação do erro: (1) *evitável* (atualizável mediante: (a) reflexão e (b) informações), reprovação adequada ao grau de evitabilidade, fundamentada no corresponsivo entorpecimento da capacidade de agir conforme à norma; (2) *inevitável*, exclui a reprovabilidade.

Esse tratamento do *erro de proibição* concilia o princípio da culpabilidade com as razões de política criminal indicadas: *somente* o erro de proibição *inevitável* exclui a reprovabilidade; o erro de proibição *evitável*, é reprovável (e, assim, punível). Não procedem os temores de conversão do erro de proibição em causa de absolvições injustificadas.²⁴

3.5. A teoria da culpabilidade fundamenta a responsabilidade social de comportamentos ajustados aos valores positivos da ordem jurídica, na *capacidade* de conhecimento ético-social: por isso, a responsabilidade se *concretiza* quando o agente (1) *conhecer* a antijuridicidade, ou (2) *podia conhecer* a antijuridicidade; essa responsabilidade se situa nos limites da capacidade pessoal de compreensão ético-social.²⁵

24. WELZEL, ob. cit., § 22, n. II, 3, (pág. 232); E. BACIGALUPO, *loc. cit.*, pág. 45 e segs.; *nota*: (a) o Código Penal brasileiro atribui caráter atenuante da pena ao erro de proibição escusável (inevitável) (art. 48, n. III); essa norma infringe o princípio da culpabilidade e, por isso, é repudiada pela dogmática moderna; (b) o Código Penal alemão vigente consagra o poder exculpante do erro de proibição, na forma do tratamento no texto (§ 17).

25. WELZEL, ob. cit., § 22, n. II, 2 (págs. 229/30).

A teoria do dolo desconsidera diferenças essenciais entre (1) ações dolosas cometidas com erro de proibição evitável, e (2) realizações culposas do tipo (e, por isso, supõe a existência de *culpa* no erro evitável, com punição sob esse fundamento, se prevista a forma culposa, ou exculpação, na hipótese contrária): na hipótese (1), o objeto da reprovabilidade é o *conteúdo* da decisão; na hipótese (2), o *conteúdo* da decisão é irrelevante. Dessa forma, os tipos dolosos pressupõem a capacidade comum de realização da valoração ético-social do seu conteúdo: a realização dolosa do tipo, sob o pressuposto de existência de causa de justificação, exige o exame *exaustivo* do contexto objetivo da ação (ao cometer aborto necessário, o médico deve estar convencido da necessidade, porque sabe que realiza um tipo de injusto (*mata um feto humano*)): a *evitabilidade* ou *inevitabilidade* do erro de proibição deve ser determinada a partir desse critério.²⁶

3.6. O conceito normativo, deduzido da compreensão das vinculações dialé-

26. A distinção entre tipo — antijuridicidade fundamenta a diferença entre (1) erro de tipo e (2) erro de proibição (e não a antiga distinção entre situação de fato — conceito jurídico). Há erro sobre relação jurídica, que é erro de tipo: erro sobre circunstância normativa do tipo (a alienidade da coisa, no furto); e há erro de fato, que é erro de proibição: erro sobre pressupostos objetivos de uma causa de justificação. A diferença entre ambas classes de erro não é terminológica, mas conceitual: erro de fato e de direito correspondem às oposições lineares do mecanicismo do século XIX; erro de tipo e de proibição supõem a noção moderna de tipo e de antijuridicidade: a matéria, da proibição) e a proibição mesma (descrição da conduta proibida e norma proibitiva da conduta) (cf. WELZEL, ob. cit., págs. 229/33; E. BACIGALUPO, *loc. cit.* e *pág. cit.*

ticas da vontade ao contexto social concreto da ação (FRANK) de que pode resultar a exclusão do dever de motivação ajustada ao conteúdo de valor da norma (GOLDSCHMIDT), caracterizando a inexigibilidade de comportamento conforme conteúdos de valor (FREUDENTHAL), funde-se na síntese valorativa do *poder concreto* de configuração da vontade segundo conteúdos de valor social obrigatórios da norma (WELZEL). Assim, na colocação de v. WEBER (*Grundriss*, pág. 108), a antiga oposição *objetivo-subjetiva* foi substituída pela noção moderna emergente da oposição *dever ser-poder*, cujos conteúdos caracterizam, respectivamente, a antijuridicidade e a culpabilidade.

3.7. O *poder concreto* que fundamenta a reprovabilidade pressupõe a imputabilidade, nos seus momentos intelectual e volitivo: como pressuposto, a imputabilidade não se confunde com o conceito da reprovabilidade (*poder concreto* de conformação da conduta ao valor social obrigatório da norma). A imputabilidade afirma a existência *abstracta* (potencial) do *poder pessoal*: *poder abstrato* de configuração final da causalidade segundo conteúdos de valor social obrigatórios (capacidade de vinculação aos conteúdos ético-sociais de *dever-ser obrigatórios*).²⁷

O *poder abstrato* se concretiza no contexto social da ação típica: as conexões dialéticas da ação determinam a existência e o âmbito real do *poder concreto* (concretização do *poder abstrato*) de configuração da causalidade segundo conteúdos de valor social obrigatórios.

A concretização do *poder abstrato* pode ser excluída mediante (a) *erro inevitável de proibição* (o erro evitá-

vel de proibição atenua o *poder concreto*)²⁸ e (b) situações *extraordinárias* de motivação (situações de força subjugatórias da vontade);²⁹ a hipótese (a) exclui *concretamente* o *poder*, pela impossibilidade de compreensão real do injusto; a hipótese (b) anula a eficácia do *poder concretizado* na consciência (*atual* ou *atualizável*) da antijuridicidade.

3.8. A reprovabilidade pressupõe a possibilidade *real* de compreensão do injusto, que *concretiza* positivamente o *poder abstrato* de configuração final valorativa da causalidade, e afirma a *liberdade pessoal concreta* em relação ao fato antijurídico singular: é o elemento *especial* da reprovabilidade,³⁰ determinado *negativamente* pela exclusão das situações (1) de *erro inevitável de proibição* e (2) de *excepcionalidade de motivação*.

4. A crise da culpabilidade.

4.1. O *poder concreto* da culpabilidade exige: (1) pressuposto existencial positivo (*poder abstrato* da imputabilidade); (2) pressupostos normativos negativos (situações negativas de (a) *erro de proibição* e (b) *motivação objetiva excepcional* característica de inexigibilidade): a *ausência* dos pressupostos normativos negativos afirma *concretamente* o *poder abstrato* da imputabilidade (a imputabilidade (*poder abstrato*) contém, potencialmente, o fundamento da reprovabilidade objetivamente concretizável na *ausência* dos pressupostos normativos negativos).

A imputabilidade, como *poder abstrato*, introduz no conceito da culpabili-

dade a idéia de *liberdade real* (*poder concreto*) de decisões valorativas: essa liberdade *concretizada* é o fundamento existencial objetivo da reprovabilidade.

4.2. Aqui, a origem da crise: a *liberdade real* (*poder concreto*) é *indemonstrável*. O *poder abstrato* da imputabilidade é, realmente, uma *abstração*: um fundamento *indemonstrável* é, para a natureza do Direito Penal, um fundamento *inexistente* (essa comprovação se opõe, dialeticamente, ao conteúdo metafísico da categoria abstrata da imputabilidade).³¹

31. RICHARD SCHMID, *Kritik der Strafrechtsreform*, Frankfurt am Main, 1968, pág. 10, após definir a Criminologia como "la ciencia de las causas de la criminalidad", acrescenta: "Una criminalidad que tiene causas y una constatación de la culpabilidad son incompatibles, si es que el concepto de causa ha de tener un sentido. (...). Cualquiera que se ocupe con intensidad de hombres criminales — con mayor intensidad de la que le suele ser posible a un juez penal — llega a un punto en el que se le impone, de repente, el conocimiento de un encadenamiento causal, o, si se quiere: de un encadenamiento fatal. Ello sucede precisamente en los hechos atroces, incomprensibles para el normal sentimiento humano." (ap. GIMBERNAT ORDEIG, "Tiene un Futuro la Dogmática Juridicopenal?" in *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, 1970, pág. 496); no mesmo sentido, NEDELMANN, *Die Reform des Rechtsgüterschutzes unter dem Dogma des Strafprinzips*, 1968, ao colocar em dúvida a culpabilidade e a derivante justificação desta, fala "de la base irracional del derecho penal y de la ciencia del derecho penal", sustentando ser necessário "que la ciencia del derecho penal haga saltar su irracionalidad parcial y se convierta en una ciencia de las circunstancias sociales, o — si no lo consigue — pierda su influencia en la regulación de la protección de bienes jurídicos a favor de ciencias más ajustadas a la realidad" (ap. GIMBER-

4.3. A indemonstrabilidade da *liberdade* que fundamenta a pena expiatória da culpabilidade induz a idéia contrária da *perigosidade criminal*: a exclusão dialética dos conceitos de *culpabilidade* e de *perigosidade criminal* favorece esse radicalismo imediato. A perigosidade criminal excluiria o caráter *punitivo* do Direito Penal (expresso na pena expiatória da culpabilidade) para fundamentar um complexo normativo instrumentado por medi-

NAT ORDEIG, *ob. e loc. cit.*); identicamente, HOCHHEIMER, *Zur Psychologie der Strafenden Gesellschaft*, 1969, ao concluir que "una sociedad punitiva ha de ser considerada un anacronismo, pues con sus irracionalismos excluye el progreso humanitario" (ap. GIMBERNAT ORDEIG, *ob. e loc. cit.*); GIMBERNAT ORDEIG, "Tiene un Futuro la Dogmática Juridicopenal?", in *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, 1970, pág. 497, nota 7: "En un cartel colocado en la planta baja del Pabellón II de la Universidad de Freiburg i. Br. podía leerse, el 27 de junio de 1969, la siguiente tesis: La culpabilidad sólo es aprehensible psicoanalítica, no metafísicamente; tesis ulteriormente desarrollada en un escrito elaborado por el grupo estudiantil de base 'Derecho' de la Universidad de Freiburg i. Br., en el cual, sobre el fundamento de 'un psicoanálisis marxista', se exige la supresión de 'la pena y, con ello, de toda ejecución de la pena'. No texto, após mencionar que a "ciencia ha subrayado siempre que la culpabilidad es presupuesto indispensable de la pena, entendiéndose por culpabilidad el reproche que se le hace al autor porque se ha decidido por el mal, a pesar de que disponía personalmente de la capacidad de elegir el camino del derecho" (MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, A. T., *Ein Lehrbuch*, 3.^a ed., § 30, n. I, 2, pág. 299), conclui: "Por tanto, los actuales críticos del derecho penal están de acuerdo con la mayoría de los dogmáticos penales en la cuestión de que el derecho penal sólo encuentra justificación sobre la base de libre albedrío."

28. WELZEL, *ob. cit.*, § 22, n. II, 3 (A-B).

29. WELZEL, *ob. cit.*, § 23.

30. WELZEL, *ob. cit.*, § 19, n. IV, 2.

27. WELZEL, *ob. cit.*, § 21, n. I, 2 e § 19, n. IV.

das exclusivamente preventivas de ações anti-sociais: a Criminologia — atualmente, de romântica inconseqüência — abandonaria as veleidades *biopsicoterapêuticas* individuais socialmente ineficazes, para a crítica social da criminalidade, própria à noção de crime como fenômeno da cultura, em que o desajuste imediato à norma de comportamento ético-social materializado no crime é determinado mediatamente pelas condições sócio-econômicas existenciais do criminoso e, assim, indicar a natureza, extensão, objeto, duração etc., das medidas preventivas da criminalidade.

Entretanto, a possibilidade de (a) “severos castigos por delitos pouco importantes executados por um autor com tendência a delinquir”, contraposta à possibilidade de (b) impunidade de “crimes da maior gravidade, desde que os houvessem cometido delinquentes com uma prognose favorável” (GIMBERNAT ORDEIG, *ob. e loc. cit.*, pág. 499), excluem a praticabilidade imediata de um direito assecuratório fundado na perigosidade criminal; por outro lado, as transformações necessárias da estrutura sócio-econômica, exigidas a partir de *diagnoses-críticas* da criminogênese social retardam a sua aplicação para um futuro ainda indefinido; finalmente, o potencial incontrolável de abusos políticos encerrados na dinâmica preventiva da perigosidade criminal, desaconselha a sua adoção imediata.

4.4. A afirmação de que “*não existe Direito Penal mais liberal que um conseqüente Direito Penal da culpabilidade*” (ARTHUR KAUFMANN, JZ, 1967, pág. 559, *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1965, pág. 71)³² contém so-

32. No mesmo sentido, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, A. T., 1965, § 6, n. II, D. 3, pág. 60; WELZEL, *Das Deutsches Strafrecht, Eine Systematische Darstellung*, 1967, 235/6, ap. G. ORDEIG, *ob. e loc. cit.*

mente uma parte da verdade: a de que não é praticável um direito assecuratório fundado na perigosidade criminal, ainda; a limitação dessa verdade é dada pela impossibilidade de persistência de um Direito Penal da culpabilidade, porque *indemonstrável* a liberdade real (*poder concreto*) que fundamenta a pena expiatória em que se baseia o sistema. Por um lado, é inegável que a gravidade da pena não admite o fundamento metafísico indemonstrável da culpabilidade (para a certeza exigida pela pena, o *indemonstrável* é *inexistente*); por outro lado, o potencial de insegurança política de um sistema preventivo da perigosidade criminal, exclui a sua aplicação imediata.

Se a crise da culpabilidade é a crise da fundamentação existencial da pena, a crise do Direito Penal é determinada pelo impasse entre (1) a *impossibilidade* de manter uma pena aflitiva sem fundamento *demonstrável*, e (2) a *impraticabilidade* atual de um sistema preventivo fundado na perigosidade criminal, pelo sentido de desgarantia pública conseqüente.

5. A perspectiva possível.

5.1. A ordem jurídica (estrutura normativa da ordem social) fundamenta a organização da comunidade sócio-política nos valores da cultura considerados essenciais: o âmbito da eficácia do Direito Penal (instrumento de garantia da estrutura normativa da ordem social) é determinado pela *necessidade social* de proteção de valores fundamentais da comunidade sócio-política: os bens jurídicos.

O método normativo de realização da finalidade de proteção de bens jurídicos consiste na determinação de um âmbito social de proibições, em tipos conceituais descritivos dos conteúdos de dever social obrigatórios, nos quais se

concretiza a *matéria da proibição*: o núcleo básico da matéria da proibição é o *bem jurídico* (a *necessidade de proteção* desses valores essenciais da comunidade sócio-política *fundamenta e delimita* o âmbito das proibições sociais).³³

O conjunto desses bens jurídicos (valores de proteção) constitui a *ordem jurídica*: a ordem jurídica é um *valor social positivo* que deve ser protegido de ações que o neguem concretamente (desvalor social de ação). Aqui está o *limite* e o *fim* do Direito Penal: proteger os bens jurídicos contra lesões. A proteção de bens jurídicos requer a *prevenção real* de condutas invasoras dos limites do tipo (realização concreta do conteúdo da norma proibitiva): a eficácia preventiva das invasões anti-jurídicas do tipo é limitada (a) pela função *sócio-educativa* dos valores sociais enfatizados pela proteção do tipo (matéria do tipo), condicionadora de comportamentos ajustados aos conteúdos de valor social obrigatórios e (b) pelo caráter *desestimulante* da pena.^{33-bis}

33. BAUMANN, *ob. cit.*, cap. 1, n. I, 2 (pág. 6 e segs.); WELZEL, *ob. cit.*, parte acertadamente do conceito de bem jurídico, para fixar-se, de forma abstrata, “nos valores elementares da consciência, de caráter ético social”, aos quais associa “só por inclusão os bens jurídicos particulares”, como missão do Direito Penal (§ 1.º, n. I, pág. 11 e segs.).

33-bis. ROXIN, “As novas correntes de política criminal, na República Federal da Alemanha”, in *Nuevo Pensamiento Penal, Revista de Derecho y Ciencias Penales*, n. 3, pág. 389: “Una mera privación de libertad no sólo es inadecuada en la lucha contra la delincuencia, sino que inclusive estimula la criminalidad. Esta paradoja, que parece contradecir el sano sentido común, sin embargo es bastante fácil de aclarar: los llamados criminales no cometen sus delitos porque las malas acciones les producen una satisfacción,

5.2. No estágio atual da cultura, o instrumento dinâmico do encausamento

de la que se los privaría al ocasionarle un mal riguroso. Por el contrario, la mayoría de las veces se trata de casos de carencias sociales, de hombres débiles e inestables que, como consecuencia de las deficientes condiciones del medio y sus probísimas aptitudes, no han aprendido a afirmarse en la sociedad. Sin duda, estos sujetos querían vivir libres de la amenaza penal si pudieran lograrlo. Encerrar a esta gente en un establecimiento penal, con un bonete, como correspondería a una imagen corriente, no daría por resultado su mejoramiento. Por el contrario, estos autores dejarían el establecimiento con una mayor inidoneidad vital que la que tenían al entrar en él. A nadie se le puede enseñar a vivir en sociedad, manteniéndolo apartado y en condiciones de vida completamente distintas, respecto de las que más tarde el preso liberado deberá dar pruebas de su adaptación. Si a estos sujetos se los empuja a un mundo que se les ha hecho ajeno, sin ayuda y sin medios materiales suficientes, no será una casualidad que recaigan en el delito. Precisamente a raíz de esta comprobación es que hoy en la ciencia domina el escepticismo con respecto a la pena privativa de libertad tradicional. En este sentido, la pena privativa de libertad, en muchos casos, provoca nuevos daños: el apartamiento de la familia y de la profesión, generalmente, disuelven las últimas condiciones que hubieran podido protegerlo socialmente ligado. Por otra parte, la mácula que deja el ‘haber estado preso’, dificulta la reinserción, a la vez que dentro de la prisión la vida en común con otros autores de hechos punibles puede ocasionar que la influencia criminal a que se lo expone lo impulse definitivamente hacia un plano inclinado. Todo ello demuestra que la creencia popular de que las penas altas y ejecuciones rigurosas tendrían éxito en la lucha contra la criminalidad, es errónea desde su fundamento. Su realización lograría, precisamente, lo que quiere evitar-se, es decir, un considerable aumento de la criminalidad. Habrá que partir desde este punto, cuando se cuestione qué es lo que debe hacerse.”

final da conduta social é, ainda, a pena. Mas, é preciso distinguir: a aplicação da pena não se confunde com a proteção de bens jurídicos: é a consequência de ações lesivas do objeto de proteção (a realidade da lesão nega a efetividade da proteção). A comprovação de que a atividade repressiva não se compreende na finalidade do Direito Penal, reduz a pena a instrumento prático de afirmação pública da relevância social dos conteúdos de valor obrigatórios (bens jurídicos).

Essa formulação repudia o ranço retributivo que fundamenta a pena *expiatória* na culpabilidade pelo fato anti-jurídico singular (ao mau uso da liberdade pressuposta no poder concreto de configuração da vontade segundo conteúdos de dever social obrigatórios, é contraposto o castigo da pena).

A pena só é justificável como instrumento de *encausamento final* do comportamento social³⁴ (sentido prático de afirmação da eficácia dos conteúdos de valor social obrigatórios): a descreditada *prevenção especial* é, na melhor das hipóteses, fragmento socialmente insignificante (a compreensão do crime como fenômeno limitado pelo desajustamento individual exclui a consideração das causas sociais permanentes da criminalidade: a eficácia duvidosa daquela (*prevenção especial*) é desprezível em face da caudal da criminogénia social de origem primariamente económica).³⁵ Esse sentido prá-

34. GIMBERNAT ORDEIG, ob. e loc. cit., pág. 511.

35. GIMBERNAT ORDEIG, ob. e loc. cit., pág. 505/8: "Es un hecho que ninguna sociedad humana puede sobrevivir (a causa de la falta de comportamientos asegurados genética-hereditariamente) sin la represión de determinadas emociones impulsivas de sus individuos. Tiene que tratar de crear algo

tico justifica a pena *necessidade social* de proteção de bens jurídicos: a consequência imediata dessa conceituação

parecido a los comportamientos genética-hereditariamente asegurados de los animales" (A. y M. MITSCHERLICH, *Die Unfähigkeit zu trauern*, 1967, págs. 147/8). "La existencia del derecho penal obedece al hecho, sobre el que ha llamado la atención el matrimonio Mitscherlich, 'de que el hombre sólo mediante renuncias a los impulsos puede adaptarse a cualquier sociedad imaginable. Sólo puede convertirse en un miembro soportable de la sociedad mediante la adquisición del control de sus necesidades impulsivas, un control siempre relativo que obliga al aplazamiento y, bajo determinadas condiciones, a la renuncia a una apetencia' (ob. cit., pág. 326). Desde la perspectiva expuesta, la pena cumple otra función a la que tiene cuando se la basa en la autodeterminación del agente: la pena ya no está ahí para retribuir una culpabilidad inexistente o, por lo menos, indemostrable en el caso concreto. De la misma manera que el padre castiga al niño pequeño — evidentemente inculparable — cuando se comporta mal, a fin de, mediante la privación de cariño, forzarle a reprimir aquellos impulsos cuya satisfacción perjudican al niño o a los demás, así también la sociedad, aunque no se pueda verificar si el comportamiento prohibido tiene su origen en una libre decisión de voluntad, tiene que acudir a la pena: para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la convivencia social, para conferir en fin a tales prohibiciones — con la amenaza y con la ejecución de la pena cuando no sean respetadas — un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia su efecto inhibitorio. 3. En un derecho penal así concebido, la pena no es ya algo irracional, sino racional, es más razonable. Es un elemental recurso al que tiene que acudir el Estado para hacer posible la convivencia entre los hombres. Existe un abismo entre pensar que la pena puede imponerse con 'buena conciencia' porque es

é a *dispensa* da liberdade insita no poder concreto que fundamenta a reprobabilidade (a *idéia* de liberdade é des-

la justa retribución por el daño libremente causado — en este caso está justificado el sufrimiento del delincuente, y si la ejecución de la pena experimenta una dulcificación por motivos de prevención general o especial, ello sucede, en el fondo, con el convencimiento de que con ello la sociedad está renunciando a un 'derecho' que le corresponde, única y exclusivamente porque el 'merecido' suprimiento del delincuente tal vez esté en contradicción con la también importante tarea del Estado de impedir, en lo posible, la comisión de delitos — y concebir la pena 'como una amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que los hombres son' — si así se piensa — entonces 'las sanciones deben de ser conformadas de tal manera que, cuando sea necesario y posible, sean eficaces para la reintegración del condenado en la libre comunidad jurídica o, por lo menos, causen el menor daño posible' (*Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches*, A. T., 1969, 2.ª ed., elaborado por BAUMANN y otros, pág. 29). En esta actitud del proyecto alternativo no se percibe ya nada de aquella 'superioridad' de la sociedad sobre el delincuente fundamentada en el 'reproche de culpabilidad' porque no sabemos qué es lo que ha llevado a una persona a delinquir y porque no sabemos hasta qué punto no hemos sido nosotros mismos, la sociedad, los que hemos condicionado un delito del que aparentemente sólo uno es responsable. No sabemos la parte que nos corresponde en esa apropiación indebida o en esa estafa en una sociedad basada en la moral del éxito y que diariamente hace ver y sentir al que sólo dispone de unos ingresos modestos — modestos tal vez porque esa misma sociedad reparte injustamente los bienes — que es un fracasado. No sabemos tampoco hasta qué punto ha condicionado ese delito contra la honestidad una sociedad que reprime exageradamente el instinto sexual y que, precisamente por ello, trata de crear un escape — que es al mismo tiempo una provocación — mediante la

necessária à aplicação de medidas fundamentadas exclusivamente na necessidade social.³⁶

5.3. A compreensão da pena como instrumento de encausamento final do comportamento social tem as seguintes consequências práticas: (1) a sua aplicação deve se restringir às lesões de valores fundamentais *efetivos* da comunidade (exclusão de interesses res-

erotização, mediante el 'voyeurismo' de la contemplación de la pornografía. Como también ignoramos si ese delito contra la vida o contra la integridad corporal, en una sociedad que está continuamente desencadenando agresividad, podía haber sido evitado por quien no ha sido capaz de sublimar sus instintos agresivos como 'hinch' de fútbol o en la competencia profesional. Etcétera. En realidad, sólo sabemos una cosa: eso que sabe también el proyecto alternativo, es decir, que la pena es una 'amarga necesidad', que una sociedad que prescindiese de ella tendrían sus días contados. Porque es esto — y sólo esto — lo que justifica la potestad penal del Estado, es un abuso de derecho la imposición de cualquier pena innecesaria o la ejecución innecesariamente rigurosa de una pena (e innecesario quiere decir aquí cualquier excedente de pena)".

36. GIMBERNAT ORDEIG, ob. e loc. cit., pág. 509: "Que la potestad penal no esté fundada en la retribución y expiación no significa ni mucho menos, como piensan los representantes del derecho penal de la culpabilidad, que con ello se abran las puertas a la arbitrariedad y que el Estado puede ejercer dicha potestad a su antojo. Al contrario, precisamente porque la aplicación del aparato punitivo supone una intervención tan radical en la vida del ciudadano, hay que exigir del Estado el más exquisito, delicado y cuidadoso manejo de la 'fuerza destructiva' de la pena; el Estado debe estar siempre en situación de dar cuenta sobre la punición y la gravedad de la punición de un comportamiento: su potestad penal está justificada sólo en tanto cuanto haga un recto uso de ella".

tritos erigidos indevidamente em valores comunitários);³⁷ (2) a medida da pena instrumental (determinada segundo os critérios tradicionais: (a) valor do bem jurídico e (b) a atitude interna de rebeldia (*dolo*) ou de inobservância do dever de cuidado no âmbito de relação (*culpa*) do autor em face de conteúdos de valor obrigatórios) deve ser a *mínima necessária* para assegurar a sua finalidade social.

A função instrumental de encausamento social do comportamento não se limita ao sentido sócio-educativo ou desestimulante da pena, mas se estende à sua execução concreta: à *perda* do caráter aflitivo corresponde a natureza exclusivamente *ressocializadora* da pena (aqui se insere a noção de que a função instrumental da pena não deve — e nem pode — ser confinada aos mu-

37. GIMBERNAT ORDEIG, *ob. e loc. cit.*, pág. 508, n. 4: "El que el derecho penal sea imprescindible no significa, por supuesto, que sea imprescindible en su forma actual. Imprescindible es, por ejemplo, la prohibición jurídicopenal de los ataques a la vida o al honor. Pero numerosas prohibiciones no han sido nunca — o han dejado de ser — necesarias, en el sentido de que su no observancia no significa en absoluto una amenaza para la paz social, o en el de que responden, en realidad, a la consolidación de una situación injusta para cuya defensa se acude por el sector privilegiado por esa situación — y abusando de él — al derecho penal. El principio en base al cual deben enjuiciarse todos y cada uno de los tipos penales es el de si es posible fundamentar racionalmente por qué y cómo las acciones criminalizadas ponen en peligro de manera intolerable las bases de la convivencia social.

ros dos anacrônicos estabelecimentos penitenciários.

5.4. A exigência tradicional de culpabilidade, fundamentada na existência *concreta* de liberdade (*poder concreto*) de configuração final da causalidade segundo conteúdos de valor social obrigatórios, resultante da necessidade de justificar a pena como retribuição *justa* do *injusto* praticado, é excluída pela nova formulação. Os atuais *pressupostos normativos negativos* do (1) *erro de proibição* e das (2) *situações excepcionais de motivação* (que, no sistema da culpabilidade, *excluem* a reprovabilidade) realizam função *negativa* da necessidade social da pena instrumental: as dimensões humanas da inevitabilidade ou da inexigibilidade reduzem o dano social a uma fatalidade, e a pena — pela inflicção de sofrimento desnecessário — a instrumento socialmente inútil.

Em relação aos menores e aos psicopatas a pena carece da função instrumental de encausamento final do comportamento: a incapacidade de compreensão *dos* ou de vinculação do comportamento *aos* conteúdos de valor social obrigatórios exclui o fundamento prático da pena (continuam submetidos a regime especial).

5.5. A integração dialética objetivo-subjetiva da dinâmica social da ação desintegra o conteúdo de liberdade do conceito tradicional do *poder concreto*, que justifica metafisicamente a pena expiatória da culpabilidade, e realiza uma síntese material fundamentada exclusivamente na *necessidade social* de proteção instrumental de bens jurídicos.

PARECER

OFENSA A CHEFE DE ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE PARLAMENTAR. CRIME CONTRA A SEGURANÇA NACIONAL

HELENO CLAUDIO FRAGOSO

Consulta-nos o Dep. Francisco Pinto sobre a denúncia contra ele oferecida ao E. Supremo Tribunal Federal, na qual o eminente Procurador-Geral da República o acusa de ter cometido o crime previsto no art. 21 do DL n. 898/69, em virtude de discurso proferido na Câmara dos Deputados, em 14 de março do corrente ano.

O discurso a que alude a denúncia teve a duração de apenas dois minutos e foi feito à época em que visitava nosso país, para as solenidades de posse do Presidente Ernesto Geisel, o Gen. Augusto Pinochet, então chefe da Junta Militar que governava o Chile.

A denúncia transcreve o discurso quase na íntegra, reproduzindo o seguinte trecho:

"Mas, ontem, Sr. Presidente, chegou ao Brasil e foi recebido com honras de Chefe de Estado quem desonrou o Estado a que devia servir e a farda que o agasalha. Não fosse o Chefe da Junta Militar que oprime o Chile, seria recepcionado como um "Calley". O repúdio seria a homenagem justa ao mais truculento dos personagens que, nas duas últimas décadas, esmagaram povos na América Latina.

Passa-se à História de duas formas, Sr. Presidente; pela grandeza ou pela torpeza das ações. O Chefe da Junta Militar do Chile, Augusto Pinochet, preferiu parodiar Juvenal: "Que importa a infâmia quando fica assegurado o Poder?" A infâmia de assassinar, coletivamente, operários, mulheres e crianças, para prender um livre-atirador qualquer que, em fuga, em vila operária se homiziara. A infâmia dos julgamentos sumariíssimos que inventou para matar inocentes e culpados. A infâmia de mentir ao mundo com seus campos de concentração, tentando justificar os crimes que cometeu contra os que, no Poder, não cometeram crimes contra ninguém. Quem Allende matou, Sr. Presidente? Mas aquele que se intitula democrata, Augusto Pinochet, quantos crimes praticou? Quanto

sangue sangrou dos seus próprios patrícios para saciar sua sede de poder e para servir a patrões de outras pátrias?

Como todo fascista, serviu-se da democracia chilena para agora acusar os democratas cristãos e os marxistas de prejudicarem o Chile, de servirem a outros interesses e de receberem dinheiro, obtendo ajuda externa os primeiros da Itália e da Alemanha, e os segundos da Rússia e de Cuba. E Pinochet, a quem se vendeu? E a quem quer comprar, agora, Sr. Presidente, quando anuncia que para aqui traz a intenção de formar um eixo político Brasil-Bolívia-Chile-Paraguai? Eixo político para quê? E para servir a quem? De "eixo", Sr. Presidente, basta o Eixo de triste memória que a História registra. O Eixo formado pela Alemanha nazista, a Itália fascista e o Japão.

O que nos vem do Chile de Pinochet é o fechamento de jornais, é a censura desvairada à imprensa remanescente. O que nos vem do Chile é a opressão mais cruel, de que nos dá idéia as reportagens e as fotos publicadas pela revista Visão, do campo de concentração da Ilha Dawson. O que nos vem do Chile é o clamor dos presos, dos perseguidos, do povo oprimido. É o horror do massacre promovido pelos golpistas. Três mil mortos, segundo Pinochet declarou a Dorrit Harazin, da revista Veja; dois mil, segundo a referência cínica que um dos comparsas de Pinochet em sua sinistra empreitada, o Brigadeiro Leigh, fez ao repórter Prado, da revista Visão. Oito mil, dez mil, ou muito mais, de acordo com fontes menos suspeitas.

Agora não é a hora, contudo, para se examinar os erros das esquerdas, nem o lugar para se sondar a profundidade de sua própria cegueira. Cegueira de esquerda é pior que as outras e é menos permitida aos perdedores do que aos vencedores. E esta cegueira é tão enorme que parece ser quase voluntária.

Mas o que desejamos, Sr. Presidente, é apenas deixar registrado nos Anais, o nosso protesto e a nossa repulsa pela presença indesejável dos vários Pinochets que o Brasil infelizmente está hospedando. Se aqui houvesse liberdade, o povo manifestaria o seu descontentamento e a sua ira santa, nas ruas, contra o opressor do povo chileno. Para que não lhe pareça, contudo, que no Brasil todos estão silenciosos e felizes com a sua presença, falo pelos que não podem falar, clamo e protesto por muitos que gostariam de reclamar e gritar nas ruas contra sua presença em nosso País.

Alguns o aplaudirão — os eternos turiferários do Poder — crentes de que o aclamando agradam o Governo que se instala amanhã. Outros censurarão na imprensa o que aqui se diz para que não se saiba que há os que resistem, em todas as partes do mundo, contra a violência.

Enfim, Sr. Presidente, os anticristãos de lá e de cá, os que traem a pátria lá e aqui, os inimigos do povo em todos os quadrantes

da Terra não devem esquecer-se de que pelos crimes cometidos há sempre, mais cedo ou mais tarde, uma pena a purgar e a cumprir".

Conclui a acusação no sentido de que o discurso configura o crime previsto no art. 21 da Lei de Segurança Nacional, porque contém ofensa a chefe de Estado estrangeiro.

Indaga-nos o Consulente se realmente praticou algum ilícito penal.

I

Introdução

1. A consulta requer o exame de diversas questões. A primeira refere-se ao alcance da imunidade parlamentar mantida no texto constitucional, tendo-se em vista a ressalva contida no art. 32 da CF, *in fine*. A segunda relaciona-se com os crimes de manifestação do pensamento contra a segurança nacional, ou seja, com a configuração dessa espécie de ilícitos penais em seus extremos jurídicos, pois entre tais ilícitos se inclui a ofensa a chefe de Estado estrangeiro, como ação subversiva. Finalmente, caso seja afastada a hipótese de crime político, cumpre examinar a problemática jurídica da ofensa política, para verificar se subsiste, no caso, a ilicitude ou a culpabilidade, indispensáveis à configuração do delito, em termos de Direito Penal comum.

II

A imunidade parlamentar

2. A primeira das questões enunciadas, a que se refere à imunidade parlamentar, será aqui abordada sucintamente. O E. Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que não prevalece a inviolabilidade dos deputados e senadores em casos de ofensas à honra e nos de crimes contra a segurança nacional.

3. Não se pode, no entanto, deixar de assinalar que o art. 32 da CF, não pode ser interpretado em sua expressão literal, que é contraditória.

A CF de 1946, como outros documentos políticos liberais, previa duas espécies de imunidades. A primeira consistia num privilégio de natureza processual: os membros do Congresso Nacional não podiam ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara (art. 45). A segunda, de maior alcance, era privilégio de natureza substantiva: os senadores, e deputados eram declarados invioláveis, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos (art. 44). Essa segunda espécie de imunidade constituía *causa pessoal de exclusão de pena*.

Se o privilégio de natureza processual tem sofrido críticas e restrições, em virtude de graves e inadmissíveis abusos, relacionados com delitos que nada têm a ver com o exercício do mandato, a inviolabilidade pela manifestação do pensamento, no desempenho das funções públicas, na tribuna de qualquer das Casas do Congresso, é elementar ao regime representativo. Sempre se considerou essa inviolabilidade como inerente ao exercício do mandato.

RUI BARBOSA escreveu, a propósito páginas célebres, das quais destacamos passagem bem representativa: "O privilégio, de que se trata, é, portanto, um privilégio a favor do povo, um privilégio a favor da lei, um privilégio a favor da Constituição. Sempre se entendeu assim desde BLACKSTONE até BRUNIALTI, o mais recente dos tratadistas, que o qualifica de tão necessário quanto, nas monarquias, a inviolabilidade do monarca. Não pode ser suspeita essa apreciação de um conselheiro de Estado, colocando a imunidade legislativa na mesma altura que a imunidade régia. "Ficariam os legisladores em condição inferior à dos demais cidadãos, se unicamente por ser legisladores, se pudessem converter em alvo às violências do poder, à veleidade dos "processos célebres", ao arbítrio de certos magistrados, às perseguições dos adversários políticos: longe de pô-los em situação privilegiada, a prerrogativa parlamentar, de fato, não fez mais que nivelar a deles à dos outros cidadãos". E tanto não são do senador, ou do deputado, as imunidades, que delas lhes não é lícito abrir mão. Da representação, poderá despir-se, demitindo-se do seu lugar no Congresso. Mas, enquanto o ocupar, a garantia da sua liberdade aderirá inseparavelmente ao representante, como a sombra ao corpo, como a epiderme ao tecido celular. Assim se tem pronunciado, em toda parte, na Inglaterra, na França, na Itália, nos Estados Unidos, em resoluções e sentenças que poderíamos citar, a jurisprudência dos parlamentos e tribunais, desde Tomás Jefferson, que disse: "O privilégio não pertence aos membros da Câmara, mas à assembléia; e em culpa incorre o que o renunciar". Se o deputado se apresentar à prisão, sem licença da Câmara, se o senador se oferecer aos tribunais sem permissão do Senado, a autoridade, que o detiver, terá violado a Constituição. Essa não podia firmar em caracteres mais inequívocos o princípio de que as imunidades parlamentares não são apanágio das pessoas, mas propriedade da Nação e defesa sua. Privilégio havia, pois; mas de constituição, não de individualidades. Não é dos instituídos em vantagem dos poderosos contra o povo, mas dos reclamados pelo interesse do povo contra o poder. Longe de ser estabelecido contra a igualdade, para favorecer a um diminuto número de cidadãos, foi criado com o intuito de evitar, em benefício de todos eles, que o múnus público do seu mandato se converta, para os encarregados de executá-lo, na mais perigosa desigualdade. Não fora esta defensiva, e mais bem guardado estaria o mais modesto particular, pela sua simples obscuridade, contra as violências do poder que o homem político, indigitado

pela escolha de seus concidadãos para conter o Executivo e entregue indefeso aos seus ressentimentos". ("Campanhas Jornalísticas", *Obras Seletas*, 1957, VII, 167/8).

4. A CF vigente limitou a imunidade processual do impedimento de prisão "durante as sessões, e quando para elas se dirigirem ou delas regressarem", com a ressalva da situação de flagrante delito e de outra, extremamente equívoca e perigosa, de "perturbação da ordem pública" (art. 32, § 1.º *in fine*).

Quanto às opiniões, palavras e votos, ou seja, quanto à manifestação do pensamento, no exercício do mandato, não se poderá entender o alcance e o significado da imunidade, sem uma exegese sistemática, que abandone os critérios meramente lexicográficos (que tornam o texto contraditório), para atender às exigências dos princípios elementares do regime representativo que a Constituição incorpora.

5. Nesse sentido não é apenas o caso de lembrar a obra admirável de tantos juristas (que remonta do Direito romano), no sentido da prevalência dos critérios lógicos, sistemáticos e teleológicos na interpretação das leis, que alcança sua maior expressão na Jurisprudência de interesses, surgida na Alemanha. Parece-nos não haver dúvida de que, embora vinculado ao Direito positivo, cumpre ao Juiz, ante a realidade de leis incompletas, inadequadas ou contraditórias, formular, em torno aos textos, uma exegese criadora, para preencher as lacunas e corrigir as deficiências que apresentam. E isso, atendendo à lógica do sistema, a que aludia CRUET ao lembrar que "*un corps de droit possède une sorte de logique interne*". (*La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908/58).

Como diz SOLER (*Interpretación de la Ley*, 1962, 193), as grandes decisões, aquelas que abrem novos caminhos na vida jurídica, são, com grande freqüência, pronunciamentos nos quais se revela a existência de conexões normativas, antes ignoradas, e o grande magistrado é o que tem o poder de as descobrir e apresentar, de modo objetivamente tão convincente, que surpreenda o fato de terem permanecido inadvertidas por tanto tempo.

As idéias já assentadas, nesse sentido, os filósofos do direito vêm agora acrescentar novas perspectivas criadoras, servindo-se da fascinante ciência da linguagem. No último volume dos *Archives de Philosophie du Droit* (Tome XIX, 1974), dedicado inteiramente a *Le langage du droit*, ZYGMUNT ZIEMBINSKY observa que a linguagem do direito e a linguagem jurídica têm, em geral, o mesmo vocabulário fundamental, mas evidentemente a linguagem jurídica contém, não somente as palavras da linguagem do direito (empregadas em sua *suppositio materialis*), mas também as palavras que servem a proporcionar a característica de um sistema de normas jurídicas

(cf. *Le language du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement*, vol. cit., pág. 26).

6. A liberdade de manifestação de pensamento possui limites jurídicos que surgem através da incriminação de certos comportamentos que atingem interesses de particular relevo. Os limites jurídicos essenciais à liberdade de manifestação do pensamento, na perspectiva que aqui nos interessa, são os que surgem através da incriminação das ofensas à honra, da instigação, da apologia ao crime e de sua propaganda.

Se a CF, em seu art. 32, no início, declara que os deputados e senadores são *invioláveis*, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, e, na parte final, declara que essa inviolabilidade não subsiste nos casos de ofensa à honra e nos de manifestação do pensamento punidas pela lei de segurança, estabelece, a nosso ver, literalmente, limites que anulam a proclamada inviolabilidade.

O sentido do texto constitucional não pode, evidentemente, ser este. A imunidade deve subsistir como princípio geral e incontroverso em todas as matérias *políticas*, que são, sob esse aspecto, “*matérias privilegiadas*”.

A distinção entre “matérias privilegiadas” e “matérias não privilegiadas”, no que tange à liberdade de manifestação do pensamento, é oriunda do Direito Constitucional italiano (cf. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, 1957, 45 s.). Matérias privilegiadas seriam as de natureza política, religiosa, científica e artística, pois nestas, como diz DELITALA (“*I limiti giuridici alla libertà di Stampa*”, in *Justitia*, 1959, 385s.), “*l'esigenza di libertà appare storicamente e razionalmente connaturata*”. Vejam-se os trabalhos de ZUCCALÀ (*Personalità dello stato, ordine pubblico e tutela del pensiero*) e de CAMPISI (“*Libera manifestazione del pensiero e delitti previsti dagli artt. 290, 291 e 292 CP*”), no volume *Legge Penale e Libertà del Pensiero*, 1966, págs. 77, 329, *passim*.

7. A nosso ver, a matéria de natureza política é necessariamente privilegiada, para os efeitos da inviolabilidade de deputados e senadores, por suas opiniões, palavras e votos, no exercício do mandato. E isso, não só porque a atividade própria do parlamentar é a atividade política, mas também porque, como diz NUVOLONE, é nesse terreno que “*storicamente più frequente e preoccupante si è manifestato l'arbitrio*” (*Il Diritto Penale della Stampa*, 1971, 50).

Parece-nos, em consequência, que a ressalva do texto constitucional, para não o anular, deve referir-se exclusivamente àquelas manifestações do pensamento que realize o deputado ou senador, estranhas à matéria política que constituem, por assim dizer, o desempenho normal de suas funções e a realização de seu ofício.

O discurso do Dep. Francisco Pinto foi um discurso eminentemente político e está coberto pela imunidade parlamentar. É, *data*

venia, inconcebível que *nessa matéria*, na vigência do regime representativo, seja processado um membro do Congresso pelas opiniões emitidas da tribuna da Casa. O escândalo e o espanto que este processo está suscitando na imprensa e na opinião pública do mundo inteiro reside essencialmente nisso: trata-se de atribuir crime a um deputado por opinião política manifestada no exercício do mandato, na Casa do Congresso a que pertence.

III

Crimes contra a segurança nacional

8. Os crimes previstos no DL n. 898 são aqueles que atingem a *segurança nacional*, ou seja, aqueles que atentam contra interesses políticos do Estado, seja em termos de dano ou de perigo. Isso ocorre basicamente através de duas espécies de comportamento: a traição (*perduellio*) e a sedição (*majestas*).

Fragmentos de ULPiano, insertos no *Digesto*, relativos à *Lex Iulia majestatis*, definem: “*Majestatis crimen illud est, quod adversus populum romanum vel adversus securitatem ejus committitur*” (D. 48, 4, 1 § 1); “*Reus perduellionis est, hostili animo ad versus rempublicam vel principem animatus*” (D. 48, 4, 11). Nessa última passagem assinala-se apenas o aspecto subjetivo que sempre se considerou elemento essencial a essa categoria de delitos.

Já tivemos oportunidade de dedicar largo estudo ao exame do conceito de segurança nacional para os efeitos dos crimes contra a segurança do Estado (cf. HELENO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, 2.^a ed., n. 29). A nosso ver, por *segurança nacional*, em termos jurídicos, entende-se bens e interesses jurídicos que se relacionam com a personalidade do Estado e a segurança do regime e do governo, ou seja, o que se tem chamado de segurança externa e interna. A segurança externa se refere a interesses relacionados com a existência, a integridade, a unidade e a independência do Estado, bem como com a defesa militar contra agressão exterior (traição).

A segurança interna compreende a inviolabilidade do regime político vigente, a existência e a incolumidade dos órgãos supremos do Estado (sedição).

Vários fatos puníveis previstos no DL n. 898 configuram também crimes comuns. A enumeração comparativa seria fastidiosa e desnecessária. O que distingue os crimes políticos, por um lado, é o fato de atentarem (dano ou perigo) contra a *segurança nacional*, bem como, por outro, o fato de serem praticados com o dolo específico (especial fim ou motivo de agir, que no caso é o de atentar contra o interesse político da nação). Somente no art. 27 DL n. 898 dispensa-se o dolo específico (“assaltar, roubar ou depredar estabelecimento de crédito ou financiamento, *qualquer que seja a sua motivação*”), fato que, a nosso ver, torna o dispositivo inconstitucional.

A manifestação do pensamento subversiva

9. São vários os crimes previstos no DL n. 898 praticados através da manifestação do pensamento.

Excluindo-se figuras típicas isoladas, como a revelação de segredo relativo à segurança nacional (art. 31) e certas formas de ultraje (arts. 20 e 44), tais crimes obedecem a três espécies: (a) ofensas à honra; (b) incitação, propaganda e apologia subversivas; (c) divulgação subversiva.

As ofensas à honra estão previstas nos arts. 21 (ofensa a chefe de governo de nação estrangeira), 34 (ofensa a quem exerça autoridade) e 36 (ofensa ao Presidente da República, ao Vice-Presidente da República e a outras altas autoridades). O tipo do art. 36 está em relação de especialidade relativamente ao do art. 34.

A incitação, propaganda e apologia são formas *dinâmicas* de manifestação do pensamento, através das quais o agente se dirige à vontade de alguém, para determiná-lo à prática de certo fato. São crimes de perigo. Aqui, o agente pretende conduzir o destinatário da incitação, da propaganda ou da apologia a um comportamento que atinge a segurança do Estado. O E. Superior Tribunal Militar e o E. Supremo Tribunal Federal já decidiram, em diversas oportunidades, no sentido de que o crime em qualquer de suas formas, exige a *intenção subversiva* como atentado à segurança nacional.

No julgamento do ROCr. n. 1.116, relator o eminente Min. DJACI FALCÃO, a 1.^a Turma do Excelso Pretório, em caso que se referia a suposta incitação subversiva, afirmou que tal crime reclama vontade consciente no sentido de incitar ou estimular a prática da subversão (DJ de 22.10.71, pág. 5.864).

Decidindo a Ap. Crim. n. 38.143, o E. Superior Tribunal Militar, relator o eminente Min. WALDEMAR TORRES DA COSTA, afirmou não haver o crime de propaganda subversiva em passeata que não atentava nem importava em ameaça à segurança nacional e à ordem político-social. (Cf. HELENO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, cit., ns. 268 e 384.

Num caso de *divulgação subversiva* (art. 16 DL n. 898; art. 14 DL n. 314), o STM decidiu exigindo, para configuração do delito, a ocorrência de *dolo específico*, sendo indispensável não só a consciência e vontade da divulgação, mas o propósito deliberado de atingir valores subjetivos (bom nome, autoridade, crédito, prestígio) relacionados com o país, atentando desta forma contra a segurança nacional (Ap. Crim. n. 38.956, relator o eminente Min. JACY GUIMARÃES PINHEIRO; RDP ns. 7/8, pág. 117).

A ofensa subversiva

10. As ofensas a autoridades previstas na Lei de Segurança Nacional apresentam certos pontos comuns, particularmente as de que tratam os arts. 34 e 36 do DL n. 898, que se põem na perspectiva da *segurança interna*. As penas cominadas a tais crimes são gravíssimas (reclusão de 2 a 4 anos e reclusão de 2 a 6 anos, aumentadas de metade, se o crime for praticado através da imprensa, rádio ou televisão).

A ofensa ao Presidente da República e a outros funcionários, está também prevista no CP comum (art. 141, ns. I e II) e na lei de imprensa (art. 23).

O fato somente poderá configurar crime político, aplicando-se a severíssima lei de segurança, se apresentar o elemento fundamental de todo crime dessa natureza, ou seja, quando a ofensa ao Presidente da República possa atingir as bases da obediência que lhe é devida, atentando contra a segurança do Estado. Veja-se a lição comum, nesse sentido no excelente estudo de BOGNETTI (*Vilipendio del governo e principi costituzionale di libertà*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1960, pág. 962).

Por isso mesmo, nos países da *common law*, as expressões ofensivas ao governo só se punem quando constituem *seditionous offenses*.

Na Inglaterra, com o Fox Act (1792) e com leis promulgadas logo após nos Estados Unidos, as *seditionous offenses* somente eram puníveis quando se demonstrasse uma efetiva "intenção sediciosa" (*seditionous intent*), e a interpretação jurisprudencial, por longo tempo, exige incitamento imediato ou quase imediato ao delito. PERKINS (*Criminal Law*, 1957, 380), invocando a autoridade incontestável de STEPHEN, explica que a intenção sediciosa é, em substância, "*an intent to defame a member of the royal family or the government, or to incite the subjects to attempt to change the government otherwise than by lawful means*" — *which of course might contemplate open rebellion although not so much would necessarily be involved. If such an intention is spoken orally it is seditions speech*".

Esclarece, ainda, PERKINS, que nos Estados Unidos, durante o governo do Presidente Adams, uma lei de sedição foi aprovada, incluindo a ofensa sediciosa ao Presidente da República, tendo havido quatro processos criminais com base em tal lei. E conclui com uma lição de sabedoria: "*But its constitutionality was always disputed by a large part of our citizens, and its impolicy was beyond question. It brought about the very conditions it was intended to repress, and was soon repealed*".

11. O E. Superior Tribunal Militar já decidiu inúmeras vezes que não se configuram os crimes de ofensa ao Presidente da Repú-

blica e a outras autoridades, sem a intenção sediciosa e perigo à segurança nacional.

Assim, por exemplo, no rumoroso processo movido contra Niomar Moniz Sodré Bittencourt, em que foi relator o eminente Min. WALDEMAR TORRES DA COSTA. Igualmente no Rec. Crim. 4.466, relator o mesmo ilustre Magistrado, no qual estava em causa documento altamente ofensivo. Deu-se pela incompetência da Justiça Militar, porque “em nenhum momento aquela carta ameaçou a segurança nacional” (DO 5.5.71, pág. 315).

No mesmo sentido voltou o E. Tribunal a decidir no Rec. Crim. n. 4.513, relator o eminente Min. AMARÍLIO SALGADO: “Injúrias assacadas sem inconformismo político-social, não atentando contra a segurança nacional, configuram delito da competência da Justiça comum”. No acórdão está dito que os acusados “não puseram em risco a ordem constituída”: “Há graus nisso, compreendidos entre as simples injúrias e calúnias assacadas, até o profundo inconformismo evidenciado em o art. 34 DL 898. Há que se fazer esse “diagnóstico” não perdendo de vista o fato que possa transcender da esfera particular e daí interessar à Segurança. Pareceu ao Ministério Público, seja da primeira, seja da segunda instância, que, embora infame a ação perpetrada pelos indiciados, não se poderia chegar à conclusão de que os mesmos houvessem atingido e ferido a manutenção da ordem e da paz social, muito menos desejassem derrubar o regime. Disso não tinham eles consciência” (DO de 5.5.71, pág. 375).

Mantendo-se fiel a essa reiterada orientação, de inspiração democrática o E. Superior Tribunal Militar voltou a recusar a configuração de crime político no Rec. Crim. 4.681, relator o eminente Min. WALDEMAR TORRES DA COSTA, que é um dos mais brilhantes e lúcidos magistrados da Alta Corte. Entendeu-se que as ofensas não afetavam a segurança do Estado e não foram praticadas com o dolo específico próprio dos crimes políticos.

“Não deve prosperar a ação penal que não tem como motivação atentado à segurança nacional através de menosprezo às autoridades constituídas. Expressões, embora em linguagem censurável, à luz da moral, proferidas a esmo, como desabafos políticos, por interesses contrariados, não justificam instauração de processo. Maior homenagem se prestará aos ilustres homens públicos se nenhuma importância for dada a esses desatinos, que de modo algum alcançam a reputação e o respeito devidos a essas personalidades” (RDP, n. 6, pág. 137).

E, na Ap. Crim. n. 38.628, relator o eminente Min. ALCIDES CARNEIRO, mais uma vez, o Tribunal assentou: “Ofensas à autoridade, quando não atentem contra a segurança nacional, não configuram o delito previsto no art. 38, n. VI do DL n. 314/67.”

VI

Ofensa a Chefe de Estado estrangeiro

12. O crime previsto no art. 21 do DL n. 898 distingue-se das demais ofensas puníveis pela lei de segurança num aspecto fundamental. Ele se põe na perspectiva da *segurança externa*, encontrando sua objetividade jurídica no interesse da manutenção da paz com outros Estados, e, pois, da segurança nacional.

A mera proteção à honra de chefe de Estado estrangeiro se faz pelo direito comum (CP, art. 141, n. I), dependendo a ação penal de requisição do Ministro da Justiça (art. 145 do CP). Esse era, aliás, o sentido com que essa figura de delito surgiu nas legislações, a partir da lei de imprensa francesa, de 1819 (art. 12), que influenciou, na Itália, o Código Toscano (1853) e a lei de imprensa.

É também diversa a situação quando a ação punível é capitulada como *atentado contra países estrangeiros*, como é o caso, por exemplo, do velho Código Penal alemão, de 1871, que prevê o fato no § 103 (*Beleidigung ausländischer Staatsmanner*), subordinado ao título terceiro da Parte Especial: “Ações contra Estados estrangeiros” (*Handlungen gegen ausländische Staaten*), exigindo-se reciprocidade e a existência de relações diplomáticas. Aqui, é óbvio, a objetividade jurídica reside na proteção à honra de Chefes de Estado estrangeiros, como se pode ver pela lição dos tratadistas. Assim, por exemplo, SCHÖNKE-SCHRÖDER (*Strafgesetzbuch Kommentar*, 16.^a ed., pág. 750). A ação é aqui punível, não porque perturbe ou possa perturbar a paz, mas porque ofende interesses estrangeiros.

Diversa é a perspectiva da lei de segurança nacional (não a do CP comum): aqui o fato é punível porque atenta contra um interesse *nacional*, encontrando sua objetividade jurídica na segurança do Estado. Essa distinta perspectiva pode ver-se muito bem exposta no magistral trabalho de HELMUT v. WEBER, *Der Schutz fremdlandischer staatlicher Interessen im Strafrecht*, publicado no volume de homenagem a FRANK (*Festgabe für Reinhard von Frank*, 1930, II, págs. 276 e segs.).

Como crime contra a segurança do Estado, como ensina NAPODANO (*I Delitti contro la Sicurezza dello Stato*, Enciclopédia Pessina, 1909, VI, 217): “La ragione d'incriminazione non sta nel dovere di tutelare il diritto dello stato offeso; si bene nell'interesse dello Stato a mantenere i rapporti internazionali. Sono fatti che possono compromettere la pace, l'amicizia dello stato con altri Stati, in una parola, la sicurezza.”

É indiferente, em tal caso, a reciprocidade de tratamento e o fato de manter relações diplomáticas (ao contrário do que supõe o eminente Procurador-Geral da República). Veja-se a lição de MANZINI (*Trattato di Diritto Penale Italiano*, 1952, IV, 571): “L'appli-

cabilità degli art. 295 e s. Codice Penale si ha tanto se il delitto venga commesso contro il capo di uno Stato amico, quanto se contro il Capo di uno Stato nemico, cioè in guerra con l'Italia, perchè la legge non fa distinzioni."

No mesmo sentido, os autores franceses, comentando a lei de imprensa de 1881, única que pune o fato no direito francês (art. 36). Cf. CHAVANNE-BLIN-DRAGO, *Traité du Droit de la Presse*, 1969, 353; BARBIER, *Code Expliqué de la Presse*, 1886/7, 147; CHASSAN, *Traité des Délits et contraventions de la Parole, de l'écriture et de la Presse*, I, n. 541; DE GRATTIER, *Commentaire des lois sur la Presse*, I, pág. 174; FABREGUETTES, *Traité des délits Politiques et des Infractions par la Parole, l'Écriture et la Presse*, 1901, II, 387 etc.

13. O discurso proferido pelo Dep. Francisco Pinto não configura, de forma alguma, o crime previsto no art. 21 DL n. 898. É isso porque não atingiu nem tinha idoneidade (potencialidade causal) para atingir a segurança nacional, no aspecto das relações entre o Brasil e o Chile. Proferido por um representante da escassa minoria oposicionista, passou inteiramente despercebido, somente adquirindo notoriedade com o processo penal. Como um discurso de oposição, comum nos países democráticos, não representava qualquer responsabilidade direta ou indireta para nosso governo, nem consta que tivesse causado qualquer mal-estar ao visitante, seguramente já habituado às críticas gravíssimas e contundentes que, em todo o mundo, foram e continuam a ser feitas a seu governo.

A acusação, sob este aspecto, é, pois, a nosso ver, *data venia*, inteiramente despropositada, porque faltam objetivamente elementos essenciais à configuração de um crime contra a segurança do Estado.

Faltam, por outro lado, os elementos subjetivos. O deputado falava como político de oposição, da tribuna da Câmara, convicto de que exercia um direito, sem aquele "*hostili animo adversus rempublicam*", e sem o propósito de atentar contra a segurança nacional.

VII

Ofensa a Chefe de Estado estrangeiro como crime comum

14. Haveria, na hipótese, ofensa a Chefe de Estado estrangeiro como crime comum, a ser punido com base no CP?

A resposta exige algumas considerações sobre a chamada ofensa política.

Num sistema de ordenamento jurídico livre, mesmo as supremas autoridades do Estado estão institucionalmente submetidas ao controle, mesmo vivaz e polêmico, dos outros membros da coletividade, pelo que concerne à sua atuação política (cf. NUVOLONE, *Il Diritto Penale della Stampa*, 1971, 168).

Fala-se, assim, numa zona de *illuminabilità*, que é tanto mais vasta quanto mais alta é colocada a pessoa, porque fica mais exposta à crítica em razão de suas funções e em face do direito de opinião que todos têm, num regime democrático, quanto aos governantes.

São, pois, aqui, mais amplos os limites da licitude, porque, como observa BOGNETTI (*Vilipendio del governo*, cit., 957), a posição dos políticos difere da dos demais cidadãos. Na luta política, o caráter popular do debate e a presença de paixões acesas, justificam maior licença de sentimentos e de linguagem ("*giustificano una maggior licenza di sentimenti e di linguaggio*").

Por isso mesmo é difícil distinguir entre a crítica áspera e violenta e a ofensa punível, em face da necessidade de assegurar, numa sociedade aberta e democrática, o livre desenvolvimento do debate em relação aos administradores da coisa pública. É precisamente no campo político que é mais grave e imperiosa a necessidade de assegurar a livre manifestação do pensamento, pois é precisamente nesse setor, como diz CAMPISI (*Libera Manifestazione del pensiero e delitti previsti dagli artt. 290, 291 e 292 CP*, cit., 333), que, com maior violência se encontram as paixões dos homens e a manifestação do pensamento adquire certo tom mais emocional que racional.

NUVOLONE (ob. cit., 195), fixou, de forma magistral, os limites mais amplos a que nos referimos, nesta matéria: "*È lecito ogni apprezzamento offensivo, perchè motivato dai fatti veri o appresi come veri, in quanto esso attenga ad elementi la cui conoscenza è un diritto della collettività in funzione dell'esercizio del suo diritto di scelta, e quindi di giudizio, degli uomini chiamati a rappresentare l'autorità dello Stato.*"

Os critérios a serem adotados para, em tais casos, justificar, excluindo a ilicitude, mesmo quando há emprego de expressões objetivamente ofensivas são estes: "A ofensa simples à reputação pode ser discriminada quando aparece conexa a determinados fatos que a justificam". Nessa hipótese, socorrem os critérios da *verdade* e da *continência*.

Esses critérios são traçados pelo eminente professor de Milão tendo em vista a função da imprensa, mas é evidente que se aplicam, com maior soma de razões aos pronunciamentos políticos feitos por deputados e senadores.

O critério da *verdade* significa que a imputação ofensiva deve objetivamente corresponder à verdade (ou, pelo menos, ser subjetivamente verossímil). O critério da *continência* significa que a imputação ofensiva deve estar contida nos confins do que é a função característica da imprensa: exprimir idéias, criticar pessoas e coisas, fornecer notícias relativamente a assuntos que, na coletividade historicamente determinada, revistam *interesse social*, para que, através da informação, possa formar-se a opinião pública. Nessa *função*-

lidade entre a crônica e o direito de opinião situa-se o fundamento do limite.

Insistindo na maior amplitude do direito de opinião a crítica em matéria política, ensina o mestre: *"La tutela dell'onore personale, del prestigio, della reputazione, è per gli uomini politici, in democrazia, necessariamente meno intensa che non per i comuni cittadini. Il limite essenziale è quello della verità; il limite della continenza si identifica nella correlazione tra notizia e valutazione politica."*

15. O discurso proferido pelo Dep. Francisco Pinto é um discurso político que corresponde, como já se disse, a uma visão oposicionista. O que nele se diz, com a ênfase e a veemência próprias desse tipo de oratória, sobre o então chefe da Junta Militar que governava o Chile, e, em geral, sobre o que ocorreu no grande país após o golpe militar de 11 de setembro não é mais do que vem sendo dito e repetido por inúmeras organizações e personalidades das mais respeitáveis e prestigiosas em todo o mundo.

Seria tarefa fácil coligir e reproduzir as denúncias documentadas sobre a violação gravíssima de direitos humanos, como nunca se viu nos movimentos sediciosos da América Latina, praticadas no Chile, entre as quais o fuzilamento sumário, a tortura de presos políticos, as prisões em massa, inclusive em locais insalubres, o autêntico terrorismo posto em marcha para a perseguição de esquerdistas e os processos sumários, perante Conselhos de Guerra, com a aplicação da lei penal militar em tempo de guerra (partindo da ficção que representa a declaração de que o país se encontra em estado de guerra).

O signatário do presente teve ocasião de examinar de perto o que se passa no Chile, como membro da Comissão Internacional de Juristas, em junho último, quando ali esteve, como observador, num julgamento que se realizava perante Conselho de Guerra e na Base Aérea.

Para citar apenas alguns documentos, vem a propósito transcrever o prefácio escrito pelo embaixador sueco no Chile, por ocasião do golpe, HARALD EDELSTAM, ao documentário que vem de ser publicado na França, por numerosas personalidades (*Chili-Le dossier noir*, Paris, Gallimard, 1974): *"Cet ouvrage témoigne de façon bouleversante de la terreur et de l'oppression que la Junte Militaire a exercées au Chili depuis le coup d'État traître du 11 Septembre 1973, et qu'elle continue à exercer"*.

No *avant-propos* se diz: *"La Junte militaire a confisqué le pouvoir au Chili le 11 Septembre 1973 en instaurant la terreur. Terreur physique d'abord, d'une ferocité systématique inconnue en Amérique Latine. Terreur politique ensuite, institutionnelle, culturelle, professionnelle, syndicale — il n'est pas un domaine de la vie privée ou publique des Chiliens où ne s'exerce pas la terreur"*.

O jornalista LAWRENCE BIRNS, do *New York Times*, em 1.º.11.1973, assinalando que o que se passou no Chile não foi um movimento militar dos que ocorrem comumente na América Latina e que jamais se poderia comparar ao que ocorreu no Brasil em 1964, e na Argentina, em 1966, conclui: *"Deveríamos aproximá-lo do estilo iraquiano ou indonésio. Um movimento impiedoso, que destruiu as instituições nacionais com uma força bem mais devastadora que tudo o que jamais se produziu na história moderna da América Latina."*

A Comissão Internacional de Juristas, com sua enorme autoridade e prestígio, vem de publicar, em Genebra o seu *Final Report of Mission to Chile, April 1974, to study the legal system and the protection of human rights*. Trata-se de trabalho sereno e documentado em que se dá conta de execuções sumárias, seqüestros e prisões arbitrárias, julgamentos em que se impõe a pena de morte sem qualquer juridicidade, tortura de presos e todo um cortejo de violências e ilegalidades.

Esse tipo de referências poderia ser facilmente ampliado indefinidamente, inclusive com notícias e comentários da imprensa mundial do verdadeiro escândalo que constituiu a recente confissão da interferência da CIA nos assuntos internos do Chile, para gerar o caos que conduziu à queda inevitável do governo Allende.

Nada mais é necessário, no entanto, acrescentar. *De hoc satis*.

16. Parece-nos que estão presentes, no discurso político do Dep. Francisco Pinto os extremos da veracidade (que bastaria, como vimos, ser putativa), e da continência, cujo sentido jurídico deixamos fixado. Ele se determina, em última análise, em termos de conexão e valoração jurídica, que não pode abstrair os fatos, como os conhecia e entendia o orador e a legitimidade de sua manifestação política.

Dir-se-á que nos discursos políticos a ofensa lícita ocorre com frequência (e muito menos no Brasil do que em outros países democráticos) e que isto será, certamente um mal. Os governantes, no entanto, encaram, em regra, com superioridade, os desabafos e os excessos dos adversários políticos. Inúmeros exemplos poderiam ser citados nos Estados Unidos da América, mas talvez seja mais eloquente lembrar a figura notável do Presidente Castelo Branco, e o respeito quase religioso que ele dispensava à liberdade de manifestação do pensamento de adversários apaixonados.

É este um ônus natural do regime democrático. Estão em causa valores da maior transcendência e no conflito de interesses que ocorre, devem os menores ceder aos mais importantes. É este, como se sabe, um dos critérios gerais reguladores das cláusulas de exclusão da ilicitude.

17. Parece-nos que não houve, no discurso do Dep. Francisco Pinto, pelos motivos expostos, ilicitude.

Se assim não fosse, a culpabilidade seria mais do que duvidosa, pela falta do dolo específico, ou seja, do *animus injuriandi*. O signatário da presente já sustentou, num de seus modestos trabalhos, que nos crimes contra a honra o dolo é *genérico*. A longa experiência profissional e, sobretudo o permanente contato com a realidade palpitante da vida, convenceram-nos desde há muito que só uma visão acadêmica e artificial permitem excluir a exigência do dolo específico nesta espécie de ilícitos. Ele sempre foi, de resto, reclamado pelos nossos tribunais e pela nossa doutrina de maior prestígio, remontando, como se sabe ao Direito romano.

Parece-nos que o deputado referiu-se ao Chefe da Junta Militar em sua atuação política, criticada, como vimos, universalmente. Não tinha nem propósito nem consciência de atingi-lo em outra qualidade, e que faltou o *animus* indispensável.

CONCLUSÃO

A vista do que foi longamente exposto e examinado, concluímos, respondendo à consulta:

O Dep. Francisco Pinto, com o discurso a que alude a denúncia, não praticou qualquer ilícito penal.

Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1974.

NOTAS E INFORMAÇÕES

RESOLUÇÕES DO XI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL

(Budapeste, 9 a 14 de setembro de 1974)

Seção I

Evolução dos Métodos e Meios do Direito Penal

I

O sistema tradicional de repressão e retribuição é cada vez mais criticado e vai cedendo lugar a um sistema que coloca, em primeiro plano, entre os objetivos sociais do Direito Penal, a ressocialização e a reeducação. É necessário desenvolver e racionalizar essa nova política criminal, definindo com precisão seus métodos e meios.

Em primeiro lugar, essa política criminal deve satisfazer a três exigências essenciais:

1. ela deve procurar atingir seus objetivos com um mínimo de repressão e um máximo de eficiência e ação reeducativa;
2. ela deve ser humana (humanista) e assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais do indivíduo;
3. ela deve consagrar a regra da legalidade com todas as suas consequências, no plano processual e judiciário.

É importante, ao mesmo tempo, na busca dos métodos e meios apropriados para a organização da reação anticriminal, superar a abordagem puramente jurídico-formal dos problemas; recorrer à cooperação dos especialistas em todas as ciências humanas e não desconhecer as consequências, mesmo no campo da política anticriminal, da revolução tecnológica. Será necessário igualmente reconhecer e sem dúvida desenvolver, as relações que necessariamente existem entre a política criminal e a política social.

II

A procura e a determinação dos meios adequados de reação anticriminal devem partir da consideração de que o crime, sendo um fenômeno social complexo, não poderia ser objeto de uma única solução, mas, ao contrário, de remédios diferen-

ciados segundo os delitos e os delinquentes; de sanções ou outras medidas diversificadas apresentadas à escolha do juiz penal ou, se for o caso, de meios e procedimentos de reações extrapenais que devem ser definidos.

III

O primeiro problema a considerar é o da pena privativa da liberdade, que foi quase unanimemente criticada. Propõe-se reduzir consideravelmente sua esfera de ação. Sem dúvida, ela continua hoje, senão necessária, pelo menos inevitável, quando mais não seja, com relação a certos delinquentes, enquanto não tiver sido elaborado para substituí-la um sistema penal coerente.

Na medida em que ela subsiste, é conveniente que se indague metodicamente sobre:

- sua significação atual e suas finalidades (em que medida se pode acumular ou associar retribuição e educação?);
- os meios práticos de assegurar que ela respeite os princípios de humanidade e legalidade (problema da condição do preso e das regras mínimas);
- o lugar exato que lhe deve ser atribuído num sistema humanista moderno de reação anticriminal (não deve ser ela a *ultima ratio* da justiça penal, quando nenhuma outra medida ou sanção pode ser aplicada?);

IV

O principal esforço deve ser, pois, o da busca de substitutos para a pena privativa de liberdade, que podem ser encontrados:

- seja utilizando certas sanções existentes (privativas ou restritivas de direitos, pecuniárias, para-disciplinares etc.);
- seja instituindo novas formas de reação anticriminal, principalmente para certos delitos menores ou para certas categorias de delinquentes;
- seja recorrendo largamente a medidas de vigilância e/ou de assistência: individuais, como a suspensão condicional da sentença; de caráter coletivo ou social, pela intervenção de certos organismos de proteção.

As medidas introduzidas nessas diversas matérias por certos sistemas modernos, e especialmente pelos sistemas dos países socialistas, devem ser objeto de atenção especial.

A renovação da política criminal, como reação anticriminal organizada, requer exame rigoroso:

1. dos casos em que convém prever a aplicação de pena (ou sanção penal): problema da criminalização;
2. dos casos em que, ao invés, convém:
 - seja excluir, em princípio, a sanção penal (problema da descriminalização) suprimindo a infração como tal;
 - seja modificar ou atenuar a sanção existente (problema da despenalização).

Dada a complexidade e dificuldade do problema, o Congresso estima necessário continuar e mesmo intensificar as trocas de informação sobre o desenvolvimento dos diferentes sistemas legislativos e sobre as experiências realizadas e os resultados obtidos.

Seção II

Abuso e Tráfico de Drogas (Prevenção e Repressão)

Pedâmbulo

1. A experiência da pesquisa em que se baseou este relatório geral, o trabalho com os relatores nacionais no colóquio preparatório e os trabalhos do Congresso convenceram à Assembléia Geral que, no que concerne à atividade dos encarregados de formular a orientação política da justiça criminal e professores, a área da prevenção ao abuso de drogas tem apresentado graves deficiências, sendo tratada, em muitos países, à base da improvisação, e na maior das vezes com inadequada preparação científica.

Todos quantos, em todo o mundo, ocupam-se com a orientação da justiça criminal, reunidos na Associação Internacional de Direito Penal, reafirmaram vigorosamente seu dever e obrigação de desempenhar um papel de liderança na solução do problema nacional e internacional que constitui o abuso de drogas, a fim de assegurar solução eficiente, humana e profissional de tal problema. Para esse efeito, todos os participantes do Congresso da AIDP devem dedicar seus esforços com relação a seus respectivos governos, bem como às organizações nacionais e internacionais que se ocupam da matéria.

As recomendações e opções que se seguem constituem uma primeira e necessariamente incompleta contribuição para essa tarefa.

I — Natureza e tendência do abuso de drogas

1. A solução legislativa ou extralegislativa de um problema social requer amplo conhecimento factual. Com referência aos problemas de âmbito mundial e mesmo de caráter epidêmico, é necessária uma base de conhecimento da situação mundial.

Todos os países devem promover medidas imediatas para assegurar a fiel observância das recomendações da Comissão das Nações Unidas sobre drogas e narcóticos, quanto a informações periódicas.

2. Embora deva-se evitar a duplicação de pesquisas dispendiosas, tendo em vista que se conhece relativamente pouco sobre as causas do abuso de substâncias (inclusive álcool e drogas), devem ser realizados estudos a respeito, divulgando-se amplamente os respectivos resultados.

3. Grande dano tem resultado na área da prevenção ao abuso de drogas, por sistemas de classificação e terminologia imperfeitos e por isso parece necessária uma nova conceituação e um novo sistema de classificação. Nos trabalhos preparatórios ao congresso e nos debates que nele se travaram, a seguinte terminologia se revelou de grande utilidade.

(a) A expressão "uso de substância" indica a matéria sob consideração.

(b) O uso de substância pode ser de dois tipos diversos: 1. uso (legal e ilegal) de substâncias que conduzem ou, de forma significativa, contribuem para importante desajuste social; 2. uso que não satisfaz tais condições.

(c) A expressão *abuso* deve ser restringida ao uso que satisfaz às condições mencionadas em b/1.

II — Legislação destinada ao controle do abuso de drogas

1. Parece necessário rever os critérios de sanção legal em todos os países, tendo em vista que os relatórios nacionais revelaram grande disparidade na punição imposta aos diversos crimes relativos a drogas, sendo duvidoso que tais amplas disparidades nacionais sejam devidas a diversidades culturais. A legislação deve fazer distinção entre a intervenção legal contra produtores, fabricantes e traficantes ilícitos, por um lado, e os consumidores-possuidores, por outro, permitindo sua aplicação flexível. Estigmatizando-se aqueles que abusam de drogas como criminosos e delinquentes, é possível que mais se criem do que resolvam problemas sociais.

Em consequência, recomenda-se: a) que todas as legislações nacionais sobre drogas sejam revistas e modificadas em conformidade com o exposto; b) que se considere a possibilidade de descriminalizar ou despenalizar certas formas de comportamento referentes a drogas. Deve ser levada em consideração a experiência de medidas relativas ao álcool.

2. Qualquer que seja a legislação existente ou a ser elaborada, em qualquer país, as questões de política social que tal legislação envolve são extremamente delicadas e é muito significativa a variação entre o benefício e o detrimento que dela derivam. Todos os países devem criar um órgão governamental incumbido de controlar constantemente a eficácia de tal legislação e das instituições por ela criadas, e de recomendar alterações, sempre que necessário.

III — Observância da Lei

1. Como indica o exemplo de vários países (ex., França, Estados Unidos da América, Bulgária), a eficiente observância da lei está intimamente ligada ao treinamento dos agentes incumbidos de assegurar-lhe o cumprimento. Devem ser criados e utilizados, ao máximo possível, programas nacionais e internacionais de treinamento dos agentes incumbidos de assegurar o cumprimento da lei sobre drogas e de outras pessoas que trabalhem na área do abuso de drogas.

2. A eficiência do mecanismo de observância da lei referente a drogas não equivale a resolver os problemas mundiais do abuso de substâncias. No momento atual, não existe concordância quanto a critérios de "sucesso" na solução do problema do abuso de drogas. Sucesso em um aspecto pode significar fracasso em outro. Por conseguinte, propõe-se que se concentrem os esforços nacionais na formulação de critérios de sucesso, e que tais critérios tenham por base a prevenção máxima do desajuste dos seres humanos, como resultado do abuso de drogas, com o gasto mínimo de recursos nacionais, inclusive do mecanismo de observância da lei, a fim de atingir esse objetivo.

3. Segundo os critérios existentes, a prevenção ao abuso de substância com referência a qualquer substância considerada particularmente prejudicial, pode ser melhor alcançada pelo controle da produção, manufatura e distribuição. Por

consequente, propõe-se que seja fortalecida, em todos os países, a legislação especificamente relacionada com as anfetaminas e outras substâncias psicotrópicas.

IV — Tratamento e reabilitação dos delinquentes em drogas

1. Com relação aos delinquentes em drogas, o tratamento e a reabilitação são bem mais significativos que a punição. Em consequência, recomenda-se com insistência aos governos, seja como alternativa à punição, ou em conjunto com a punição, promover condições de reabilitação para os indivíduos que abusam de drogas e praticaram crime. No entanto, as condições de reabilitação devem ser impostas somente quando necessário para fazer cessar o desajuste do delincente, a fim de proteger a sociedade dos perigos que podem provir do desajuste dos delinquentes em drogas.

2. Os regimes de tratamento freqüentemente se baseiam numa visão equivocada do problema e do indivíduo envolvido e procuram atingir objetivos desnecessários e inalcançáveis. Para muitos indivíduos que abusam de drogas são aconselhados nada mais que medidas normais de reabilitação e nenhum tratamento médico. Todos os programas de tratamento para indivíduos que abusam de drogas, devem ser energeticamente revistos com respeito a seu objetivo, método e índices de sucesso.

3. A experiência mostra que somente ampla gama de tratamentos pode abranger todos os problemas que apresenta a grande variedade de indivíduos que abusam de substâncias. Os governos devem ser estimulados a realizar experiências com perspectivas de tratamento multimodais, para prevenção mais eficiente do abuso de substâncias.

4. O abuso de substâncias é em grande medida problema social, e, ocasionalmente, problema de saúde mental. A responsabilidade pela organização dos serviços de tratamento para os indivíduos que abusam de substâncias, deve ser transferida, na mais ampla escala possível, dos Departamentos ou Ministérios de Justiça aos Departamentos ou Ministérios da Saúde e da Previdência Social.

5. A educação quanto ao abuso de substâncias tem sido quase sempre contraproducente para a pretendida finalidade de prevenção. Deve-se ter a maior cautela no projeto e execução dos programas educativos com respeito ao abuso de drogas.

6. Com base na experiência coletiva mundial, todos os sistemas devem se esforçar em ajudar os que abusam de drogas e a resolver seus problemas, bem como a proteger o público em geral contra os perigos resultantes do abuso de drogas. Isto requer uma participação considerável da comunidade.

V — Controle internacional

1. Todas as regiões do mundo são, de alguma forma, afetadas pela produção, manufatura e comércio, tráfico ou consumo de drogas narcóticas e substâncias psicotrópicas, bem como por alguns aspectos secundários de problemas relacionados com a matéria.

2. O problema das drogas é de interesse mundial e requer o incremento imediato da cooperação entre todos os países e organizações e agências internacionais relevantes.

3. A cooperação entre os países deve, inicialmente, manifestar-se através de: a) ratificação ou adesão à Convenção única sobre drogas narcóticas de 1961 e ao Protocolo de 1972, que retificou essa Convenção; b) ratificação, ou adesão à Convenção sobre substâncias psicotrópicas, de 1971; c) maior colaboração em nível internacional, regional e bilateral em programas que tratam da observância da lei, funções judiciárias, pesquisa científica, tratamento e reabilitação e outras medidas apropriadas para prevenir o abuso de drogas.

4. Deve-se substituir a ênfase dos programas nacionais de controle de drogas do aspecto puramente repressivo aos mais socialmente orientados.

5. Em virtude dos múltiplos esforços realizados pelas organizações da ONU, suas agências especializadas e outras organizações e órgãos nacionais, deveria enfatizar-se a coordenação eficiente que deveria ser assegurada pelas Nações Unidas. Com vistas a finalmente conseguir o controle internacional efetivo de drogas narcóticas e substâncias psicotrópicas, devem ser considerados outros esquemas de controle internacional — além de fortalecer os esquemas existentes. Isto poderia ser feito, por exemplo, por um esquema de controle internacional direto. Outro campo a ser considerado é o da integração das medidas de controle de drogas em sistemas mais amplos de proteção social e humano.

6. As Nações Unidas, as agências internacionais e organizações afins devem desenvolver mais estudos, especialmente sobre substâncias psicotrópicas e seus efeitos, para alertar o público em geral e os governos dos perigos em potencial dessas substâncias e da urgente necessidade de colocá-las sob controle eficiente e constantemente atualizado.

7. Recomenda-se com insistência a todos os países que forneçam mais dados e promovam maior intercâmbio de informação com respeito a todos os aspectos do problema de drogas, de forma que os sistemas de controle possam ser científica e factualmente fundamentados.

8. O Fundo das Nações Unidas para o controle do abuso de drogas (UNFDAC) deve dedicar recursos para avaliar os programas de intervenção. Conseqüentemente, recomenda-se que se forneça maiores recursos à UNFDAC *inter alia*, com essa finalidade.

VI — Recomendação sobre a preparação dos Congressos da AIDP

Embora na maioria das vezes não familiarizados com a maneira de classificar e sistematizar em relatório escrito para comparação internacional, utilizada nesta seção, a maioria dos relatores nacionais manifestou considerável entusiasmo pelo questionário-tipo e método de classificação e sistematização aqui utilizado, concordando em recomendar a resolução de que no futuro todos os tópicos dos Congressos da AIDP sejam preparados dessa forma, a fim de assegurar a comparabilidade mundial de informações, para solucionar o problema com o má-

ximo de eficiência na linha do mais avançado pensamento das ciências sociais e do comportamento e em incentivo ao interesse da prevenção ao crime e da justiça criminal.

Seção III

Indenização às vítimas de infração penal

O Congresso, convencido de que a indenização à vítima como meio de restabelecimento do equilíbrio jurídico e social perturbado pela infração e como meio de política criminal moderna, representa um complemento eficaz da sanção penal, principalmente na perspectiva da ressocialização do condenado.

Convencido de que a realização efetiva da indenização constitui tarefa de ordem pública, que se justifica com base nos imperativos modernos da solidariedade social, especialmente nos casos em que o autor da infração permanece desconhecido ou não é criminalmente processado ou, mesmo estando condenado, é insolvente, adota as seguintes conclusões:

a) *Indenização da vítima através de fundos públicos*

I — A maioria dos participantes do Congresso recomenda, ao menos dentro de certos limites, a criação de um sistema de indenização primária à vítima de infração penal, pelo Estado ou por instituições públicas através de fundos públicos. Compete ao legislador nacional decidir se essa indenização será realizada por meio de um fundo especial, ou através de instituição pública específica (*compensation board*), ou no âmbito das instituições existentes de Previdência Social, seguro social ou assistência pública.

A minoria dos participantes, embora declarando-se favorável à indenização da vítima através de fundos públicos, recomenda, no entanto, que tal indenização tenha caráter exclusivamente subsidiário, devendo o autor da infração ter a principal responsabilidade. Outrossim, alguns participantes julgam supérflua a adoção de disposições específicas para indenização da vítima, pois estimam que as instituições atuais são suficientes ou que essa inovação contraria os fins da política criminal.

II — Os partidários de uma indenização à vítima através de fundos públicos, estimam que o legislador deve considerar os seguintes princípios na elaboração dessa nova instituição:

1. A obrigação de indenizar deve no mínimo abranger os casos de infrações dolosas contra a vida e a integridade corporal. A indenização à vítima de infrações contra a propriedade só deverá ser considerada nos casos particularmente graves, quando a ausência de indenização for julgada intolerável.

2. A qualidade de *vítima* deve ser reconhecida à pessoa diretamente lesada pela infração. Além disso, os dependentes da vítima têm o direito de receber indenização quando sua subsistência tiver sido afetada pela infração.

3. A indenização deve ser concedida como um direito e não somente *ex gratia*.

4. Em caso de indenização, o organismo estatal ou a instituição pública é sub-rogada nos direitos da vítima (*cessio legis*). Em caso de exercício desse direito contra o autor, deve-se considerar os princípios da política criminal moderna (reinserção do condenado na sociedade; consideração da situação do autor economicamente fraco).

5. Fazendo abstração de recursos de outra natureza, os fundos públicos específicos para indenização às vítimas devem igualmente provir da renda dos impostos.

6. A questão de se saber se deve instituir-se um processo judiciário ou administrativo para decidir sobre o direito à indenização deve ser resolvida pela legislação de cada país. O mesmo se diga quanto à competência do Ministério Público para requerer a indenização à vítima através de fundos públicos. Igualmente submete-se à apreciação do legislador nacional, se o juiz penal tem o poder de decidir sobre a possibilidade e/ou necessidade de indenizar a parte lesada através de fundos públicos.

7. Os estrangeiros vítimas de infração penal (*definida no n. 1*) no território nacional (compreendendo os navios e aeronaves nacionais) devem ser indenizados de acordo com os mesmos princípios aplicáveis aos cidadãos do país, sem que seja exigida reciprocidade pelo Estado estrangeiro.

b) *Indenização à vítima e o processo penal*
(*Ação civil, "Adhaesions prozess"*)

I — A maioria dos participantes do Congresso se declarou a favor do processo denominado de "adesão", que permite à vítima fazer valer nos processos penais, suas pretensões de reparação do dano causado pela infração, embora admitindo que tal processo também pode apresentar certas desvantagens.

II — Na elaboração desse processo, o legislador nacional deverá considerar os seguintes princípios:

1. A vítima deve ter direito de opção entre o processo de adesão e o processo civil normal.

2. As regras aplicáveis ao processo de adesão só podem ser concebidas a partir de um sistema misto de elementos de processo penal e processo civil.

3. Fica a critério do legislador nacional decidir se o Ministério Público pode, juntamente com a vítima ou em seu lugar, instaurar o processo de adesão. O mesmo se aplica à questão de saber se o tribunal penal pode conceder *ex officio* indenização à vítima.

4. A posição legal da vítima no processo de adesão, deve no mínimo compreender o direito de promover provas (igualmente no que concerne à lide penal) e o direito de apelação, ao menos enquanto a decisão afeta à demanda civil. O acusado deve ter os mesmos direitos processuais que a vítima, como demandante.

5. A questão relativa à obrigação do tribunal de decidir sobre a demanda por adesão permanece controversa. No entanto, recomenda-se a solução que

consiste em limitar esta obrigação a julgar se a demanda se justifica ou não, sendo que a decisão sobre o montante da indenização deve ser remetida aos tribunais civis ordinários ou a procedimento posterior no âmbito do processo penal.

6. Deve-se prever a possibilidade de execução provisória da decisão sobre o direito à reparação, a fim de garantir o mais rápido possível, ajuda à vítima.

7. No plano internacional, o julgamento do tribunal penal sobre o direito à reparação no processo de adesão deve ser admitido, da mesma forma que se admitem as decisões dos tribunais civis.

c) *Outras medidas favoráveis à indenização à vítima*

Podem ser previstas as seguintes medidas indiretas para facilitar a reparação do dano sofrido pela vítima da infração:

1. Obrigação de indenizar como condição ou encargo para a suspensão condicional do processo penal; suspensão da execução da pena, suspensão condicional da sentença ou liberdade condicional, levando no entanto em consideração a situação econômica do acusado.

2. Considerar, na fixação da pena e na concessão de indulto ou reabilitação, a indenização efetuada pelo autor, na medida de suas possibilidades.

Seção IV

Repressão à captura ilícita de aeronaves

Considerando que a aviação civil internacional é de grande utilidade para toda a humanidade, tendo, na sociedade moderna e na comunidade internacional, adquirido valor e importância considerável, ela merece, em consequência, ser particularmente protegida contra a captura ilícita de aeronaves, permanecendo alheia aos diferentes conflitos entre as nações e grupos diversos.

A captura ilícita de aeronaves, nas suas manifestações mais freqüentes, não é mais do que uma forma de terrorismo. Pode-se constatar que se realizou considerável progresso no plano internacional, pela adoção das convenções referentes aos atos ilícitos dirigidos contra a aviação civil (principalmente as Convenções de Haia de 1970 e a de Montreal de 1971).

Por essa razão a Associação Internacional de Direito Penal, no seu XI Congresso, recomenda com insistência a todos os países que ainda não o fizeram, que ratifiquem essas convenções e que as introduzam em suas legislações nacionais, a fim de aumentar sua eficiência no plano internacional e nacional.

A Associação Internacional de Direito Penal estima que decorre dessas Convenções, particularmente as de Haia e Montreal, um dever para os diversos Estados de processar seriamente os autores das infrações previstas pelas Convenções acima mencionadas, o que igualmente implica em que, conceder prematuramente a graça, a anistia e outras medidas da mesma natureza, significa desrespeitar o sentido e o espírito dessas Convenções.

A Associação Internacional de Direito Penal, reunida em Congresso, estima igualmente que se deve promover diferentes métodos e meios de colaboração entre todos os países, na luta contra a captura ilícita de aeronaves, aí compreendida a extradição e a idéia de um Tribunal Penal Internacional.

REFORMAS PENAIS NA LEGISLAÇÃO FRANCESA

Foi finalmente aprovado, pelo Conselho de Ministros francês, em agosto de 1974, o Projeto Lecanuet que prevê a execução de certas reformas no sistema de justiça penal.

Visando maior eficiência nos tribunais e na aplicação das sanções, o Projeto previu as seguintes medidas: 1.^a especialização dos magistrados em cada jurisdição para repressão dos delitos econômicos, financeiros e fiscais; 2.^a distinção, no que concerne aos delitos de trânsito, entre aqueles praticados com intenção de causar dano e aqueles resultantes de simples imprudência, sendo estes últimos praticamente depenalizados; 3.^a generalização do juiz único nas câmaras correcionais.

O desenvolvimento de medidas preventivas deverá ser estudado por uma comissão especial, também encarregada de rever a avaliação da gravidade tradicionalmente atribuída às diversas infrações.

Com o objetivo de diminuir sobrecarga dos tribunais, decidiu-se modificar a legislação no que se refere aos cheques sem provisão, atribuindo-se aos bancos maior responsabilidade no controle da emissão de cheques. Nesse sentido, foram previstos dois tipos de sanções: 1.^a) sanção automática, imposta pelo próprio banco ao cliente que emitiu o cheque, exigindo que restitua o talão de cheques, salvo se se tratar de seu primeiro cheque ou primeira série de cheques sem provisão (se tiver emitido vários ao mesmo tempo), o que poderá ser regularizado em prazo ainda não fixado. O reincidente será privado do talão de cheques por um ano. No caso em que o banco não tiver respeitado essas instruções, será responsável por outros cheques sem fundos emitido pelo cliente, sendo obrigado a pagá-los.

Porém, as reformas mais significativas relacionam-se com a detenção. A detenção preventiva ficou limitada a seis meses, tendo o presidente da República requisitado novo estudo a fim de eliminá-la completamente. E com vistas a humanizar o sistema penitenciário foram adotadas várias medidas, a saber: 1.^a atenuação do isolamento dos presos, já que se verificou que este isolamento dificultava sua readaptação na sociedade; 2.^a os presos poderão receber os livros e revistas desejados e escutar rádio (o que já era permitido em certos estabelecimentos); 3.^a diminuição da censura à correspondência; 4.^a melhora da alimentação visto que, principalmente os presos detidos longo tempo, apresentam graves carências alimentares; 5.^a melhora do serviço médico e maior integração dos hospitais penitenciários com as instituições de saúde pública; 6.^a o controle da execução das penas será feito pelos magistrados; os juízes deverão visitar mais freqüentemente as prisões e farão parte da "equipe penitenciária" (composta de médico, psicólogo, assistente social etc.) que prestará assessoria ao diretor do estabelecimento.

Com respeito à vida pós-penitenciária do preso, o projeto estipula a quase supressão da comunicação do registro de antecedentes criminais aos empregadores e a substituição da interdição de permanência em determinados lugares (*interdiction de séjour*) por um controle judiciário.

SEMINARIO DE DIREITO E PROCESSO PENAL

(Belo Horizonte, 24 a 27.10.1974)

Com a participação de destacados professores de Direito Penal de todo o país, realizou-se em Belo Horizonte o Seminário de Direito Penal e Processo Penal, promovido pelo Departamento de Direito e Processo Penal, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

As conclusões aprovadas foram as seguintes:

1.^a Que, "para ajustar a nossa legislação penal às exigências fundamentais de um Direito Penal da Culpa, que visa proscrever" toda forma de responsabilidade objetiva, como se afirma na exposição de motivos do novo Código (n. 3) cumpre rever os arts. 20 e 32: a) para permitir o facultativo perdão judicial pela suposição de licitude do fato por escusável ignorância ou errada compreensão da lei; b) para definir a forma de responsabilidade dolosa ou culposa, nos crimes praticados em estado de embriaguez completa, não proveniente de caso fortuito ou força maior, fixando como limite mínimo à punição a previsibilidade do ulterior comportamento delituoso, com a previsão, para melhor defesa social sem comprometimento da justiça material, de um crime de embriaguez, nos moldes da legislação alemã.

2.^a Que é necessária a revisão do Título V, "Das Penas", para unificar as penas privativas da liberdade, incluir outras espécies de penas", fazer maior utilização da pena de multa como substitutivo da prisão, que deve ser evitada, quando não se trate de crimes mais graves e condenados realmente perigosos, pelo que devem ser ampliados os poderes discricionários do Juiz, concedendo-se-lhe maiores alternativas para evitar a imposição da pena privativa da liberdade. Dentre tais alternativas, mencionam-se, exemplificativamente, maior uso da suspensão condicional de execução da pena, faculdade de redução da pena na fase de sua execução, ampliação dos casos de perdão judicial. A reincidência só deve impedir o uso das diversas alternativas quando as circunstâncias demonstrem que, pela repetição de conduta delituosa, o condenado revela inclinação para o crime, não bastando a simples condição objetiva da prática de novo crime após ter sido condenado por sentença transitada em julgado.

3.^a Que é conveniente rever os conceitos de periculosidade "acentuada", "escassa", ou "nenhuma", mesmo porque se as circunstâncias evidenciam a probabilidade de rápida regeneração do agente, não parece razoável formular-se contra ele qualquer juízo de periculosidade.

4.^a Que a substituição, no § 1.º, do art. 120, da expressão “logo em seguida a” pela expressão “causada pela”, é aceitável; embora não constitua alteração necessária, mas, recomenda-se a inversão da ordem dos §§ 1.º e 2.º.

5.^a Que, ao invés de aborto preterdolo, que se restabeleça a forma da lesão qualificada pelo aborto.

6.^a Que se restaure o aborto sentimental, nos termos do Código Penal vigente.

7.^a Que se elimine do novo Código Penal o crime de genocídio, que deve ser disciplinado em lei especial.

8.^a Que se mantenha na disciplina da rixa, o critério do Código atual.

9.^a Que se elimine, no art. 152, § 3.º, e nos arts. 236 e 237, do novo Código Penal, as referências a transplantes de órgãos, matéria já tratada em lei especial.

10.^a Que se elimine o disposto no parágrafo único do art. 252 do novo Código.

11.^a Que não há, ainda, suficientes elementos de informação que demonstrem a necessidade da incriminação de incesto como entidade criminal autônoma.

12.^a Que se elimine o crime de adultério.

13.^a Que deve ser desincriminado o falso registro, como seu, de filho de outrem, quando por motivo de reconhecida nobreza.

14.^a Que a incriminação da inseminação artificial não se justifica, por enquanto, e a ser a conduta punível, deveria a cominação legal guardar igualdade com a pena imposta ao adultério, se fosse este mantido.

15.^a Que o patrimônio deve constituir objeto de proteção contra o emprego de gás tóxico ou asfixiante (art. 272).

16.^a Que, quanto à falsidade, como meio de outro crime, é conveniente a disciplina da matéria, de modo a evitar que persistam as dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais.

17.^a Que se suprima o crime de desobediência em caso de pensão alimentícia (art. 384), porque a conduta já incide na norma genérica do crime de desobediência (art. 368).

18.^a Que deve ser feita uma revisão geral do novo Código Penal, para corrigir impropriedades técnicas e de redação.

19.^a Que, tendo em consideração interesse do governo em rever o texto do Código Penal de 1969, recomenda-se o encaminhamento dessas conclusões ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça.

“LITIS” — NOVA REVISTA DE DIREITO PROCESSUAL

Dirigida por três ilustres magistrados da Guanabara, ELIÉZER ROSA, JOÃO BOSCO CAVALCANTI LANA e JOSÉ ALOYSIO RIBEIRO DE SOUZA, aparece a revista *Litis*, dedicada ao direito processual. Como se diz em sua apresentação, aparece a revista “desejosa de ser um superior momento didático, um modesto, porém, enérgico acontecimento acadêmico, aproveitando o entusiasmo e a operosidade que, entre nós se está observando com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil e com a elaboração do Código de Processo Penal”.

Litis possui várias seções, que tratam não apenas da doutrina do processo civil e penal, mas também da história, sociologia e filosofia do processo, além de comentários de jurisprudência, bibliografia e resenha de revistas.

No primeiro número (outubro de 1974), estão recolhidos diversos estudos de nossos mais destacados processualistas (ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, AMÍLCAR DE CASTRO, EGAS D. MONIZ DE ARAGÃO, ELIÉZER ROSA, J. C. BARBOSA MOREIRA, JOSÉ OSWALDO DE OLIVEIRA LEITE, LUÍS ANTONIO DE ANDRADE, OTTO GIL). Na parte referente ao processo penal aparecem estudos de JORGE ALBERTO ROMEIRO (*Subsídios para o futuro Código de Processo Penal*); RAYMUNDO CÂNDIDO (*Da ação civil reparatória no anteprojeto de Código de Processo Penal*) e SERRANO NEVES (*Inconstitucionalidade e homologação de fraude no processo penal*).

Saudamos o aparecimento da nova revista, que constitui vigorosa manifestação de nossa cultura jurídica.

IX CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE JUÍZES DE MENORES

Realizou-se em Oxford, Inglaterra, no período de 15 a 20.7.1974, o IX Congresso da Associação Internacional de Juizes de Menores, a que compareceram diversos juizes de menores brasileiros (ARTHUR OLIVEIRA COSTA, São Paulo; NÉLSON RIBEIRO DE LIMA, Recife; JOSÉ MANOEL COELHO, Brasília; ARTHUR OLIVEIRA DEDA, Aracaju; ALYRIO CAVALLIERI, Guanabara).

Foram aprovadas as seguintes recomendações:

1.^a O interesse do menor deve ser colocado em primeiro lugar e merecer a mais importante consideração em qualquer decisão da Justiça.

2.^a Todas as questões referentes à família devem, sempre que possível, ser decididas por varas e tribunais especializados.

3.^a Toda vez que a Justiça tenha que decidir questão entre os pais e o menor, deverá ter um representante legal próprio e, se necessário, da assistência judiciária.

4.^a Nas questões cíveis em que um menor seja interessado, seus pais deverão ser, quando isto for adequado, partes no processo, com representação legal, se necessário, da assistência judiciária.

5.^a Todos os meios possíveis devem ser empregados para fortalecer a instituição da família e a manutenção do menor em seu seio. Para tanto, deverão ser formuladas leis de proteção, estabelecidos subsídios familiares e serviços sociais de natureza terapêutica.

6.^a As pesquisas relativas aos menores em perigo, tanto no setor oficial como privado, devem ser estimuladas, particularmente com relação à avaliação da eficácia das diferentes medidas de tratamento do menor.

7.^a É de crucial urgência o aprofundamento de pesquisas sobre o problema mundial do abuso de drogas e o aumento dos delitos praticados com violência.

8.^a Os juizados de menores devem dispor das mais variadas medidas aplicáveis aos menores, especialmente aquelas que não importem em internamento; tais medidas devem ser objeto de adequada individualização, utilizando-se a colaboração de voluntários devidamente treinados na sua aplicação.

9.^a É indispensável reexaminar periodicamente a medida aplicada pela autoridade competente ao menor, a fim de assegurar-se a salvaguarda dos direitos do menor e da família.

10.^a É necessário, em todos os casos, salvaguardar os direitos fundamentais do menor, quer sejam as medidas ditadas pelos juizados ou tomadas por órgãos administrativos, incluindo-se, por exemplo, nestes últimos, um membro com qualificação jurídica.

11.^a Nos países em que a autoridade administrativa tiver poderes de decidir sobre a medida aplicável ao menor, deve haver direito de pedir sua reconsideração perante uma autoridade superior competente, por parte do menor e seus pais. Devem eles ser informados sobre esse direito.

12.^a A proteção judicial e extrajudicial do menor devem desenvolver-se paralelamente, constituindo formas integradas de proteção, devendo ser tomadas medidas tendentes a assegurar-se sua efetiva intercolaboração.

13.^a Embora as medidas de prevenção e reabilitação, de modo geral, sejam de âmbito oficial, as iniciativas independentes da comunidade não devem ser ignoradas e, muito pelo contrário, devem ser consideradas com o maior interesse.

14.^a A especialização dos juizes de menores deve habilitá-los a discernir os casos graves e a adequada escolha dos meios disponíveis de tratá-los. A medida ditada pelo juiz deve basear-se em laudos técnicos, devendo evitar-se o supertratamento em casos de reduzida importância.

15.^a A especialização dos juizes de menores deve ter ênfase nas ciências sociais. Levando-se em conta as particularidades dos diferentes sistemas nacionais, a especialização deverá ser feita durante o exercício da magistratura ou nas Faculdades de Direito.

16.^a As funções dos juizes de menores deverão ser desempenhadas dentro dos limites mínimos e máximos fixados para os magistrados, mas o prazo do exercício deve ter uma extensão razoável.

17.^a A Associação Internacional de Juizes de Menores deve organizar encontros e seminários regionais a fim de estudar especialmente problemas de interesses comuns resultantes dos aspectos sociais e culturais dos meios e ambientes similares.

O Juiz ALYRIO CAVALLIERI, foi eleito vice-presidente da Associação Internacional de Menores.

V JORNADAS IBERO-AMERICANAS DE DIREITO DE MENORES

Realizaram-se em Madrid e Valladolid, de 8 a 12.7.1974, as V Jornadas Ibero-americanas de Direito de Menores, promovidas pelo Gabinete de Direito do Menor, do Instituto de Estudos Políticos da Espanha.

Foram aprovadas as seguintes *recomendações*:

1.^a Recomenda-se insistir na necessidade de serem criados Juizados de Menores e estabelecimentos necessários ao seu funcionamento, assim como a promulgação de normas processuais para sua adequada atuação, nos países onde não existam.

2.^a Recomenda-se que, nos países onde as varas especializadas em assuntos de menores somente se encarreguem da delinquência juvenil, seja sua competência ampliada a fim de que conheçam de assuntos relativos à adoção, pátrio poder, tutela, interdição, alimentos e qualquer outro assunto que interesse ao bem-estar, bens e saúde do menor.

3.^a Que sejam criados, nos países em que não exista, o Ministério Público dos Juizados de Menores, o qual será exercido por Curador de Menores, exercido por profissionais especializados, que terá a seu cargo a defesa dos interesses do menor, ao qual representará judicial e extrajudicialmente, assim como exercerá a fiscalização do processo.

4.^a Que sejam estabelecidos procedimentos especiais para os processos de alimento, privação de pátrio poder, guarda, regulamentação de visitas etc., de conformidade com os princípios especiais que informam o Direito do Menor e as realidades sócio-econômicas de cada país.

5.^a Que se afirme a necessidade absoluta de diferenciarem-se os procedimentos relativos a menores infratores e a menores em abandono moral ou material, em virtude das diferentes problemáticas que apresentam.

6.^a Recomenda-se que seja elevada a idade da irresponsabilidade penal do menor para 18 anos, nos países onde assim não o seja; que seja estabelecido

um tratamento especial, tanto do ponto-de-vista jurídico como institucional, para os menores de 18 a 21 anos de idade.

7.^a Recomenda-se a abolição da pena de morte.

8.^a Que se propicie a criação de um anteprojeto que unifique em âmbito ibero-americano a legislação de menores.

9.^a Que seja regulamentada de maneira adequada, mediante estatuto, regulamento ou dispositivo similar, a vinculação e funções da equipe interdisciplinar afeta aos Juizados de Menores.

10.^a Recomenda-se que seja ratificada, aos governos ibero-americanos, solicitação de que sejam aumentadas as dotações orçamentárias destinadas aos organismos oficiais encarregados da proteção dos menores.

11.^a Recomenda-se aos países ibero-americanos sejam designadas comissões interdisciplinares que avaliem os resultados obtidos em seus programas de prevenção e tratamento de menores, assim como de seus estabelecimentos e remetam os estudos realizados tanto a seus organismos nacionais de proteção ao menor como ao Instituto Interamericano da Criança, a fim de que sejam procuradas as soluções adequadas.

12.^a Recomenda-se ao Instituto Interamericano da Criança que forme instrutores que possam capacitar pessoal de todos os níveis em matéria de Direito de Menores e de Administração de instituições, aplicando-se, efetivamente, os programas respectivos que já tenham sido concebidos pelo referido Instituto.

ARGENTINA: PROJETO DE NOVO CÓDIGO PENAL

A Comissão Especial designada pelo Governo (ao tempo em que Campora era Presidente da República) fez publicar um projeto da parte geral do Código Penal, para receber sugestões (*Proyecto de la Parte General del Código Penal*, Buenos Aires, 1974, Imprenta del Congreso de la Nación).

A Comissão é presidida pelo Dr. Jesús E. Porto e seus membros são os Drs. Enrique R. Aftalión, Enrique Bacigalupo, Carlos Azevedo, Ricardo Levene e Alfredo Masi.

O projeto, que contém 78 artigos, está precedido de breve exposição de motivos. O ICP fará oportunamente estudo sobre o referido projeto.

RESENHA BIBLIOGRÁFICA

Attica — *The Official Report of the New York Special Commission on Attica*, Bantam Books, New York, 1972, 2.^a ed., 533 págs.

O relatório oficial da comissão especial do Estado de New York a respeito dos trágicos acontecimentos ocorridos na prisão de Attica, em setembro de 1971, constitui relevante monografia sobre o movimento rebelde e suas conseqüências. A retomada da prisão, durante quatro dias dominada pelos presos, foi considerada o conflito mais sangrento entre americanos desde a guerra civil, com exceção dos massacres indígenas no século XIX. Morreram 43 pessoas em Attica nessa data. Em conseqüência do tiroteio de quinze minutos, na retomada da prisão, 39 pessoas foram mortas e 80 ficaram feridas.

A capacidade do estabelecimento penal de Attica era aproximadamente de 2.500 detentos. A população carcerária era constituída predominantemente de negros e porto-riquenhos, oriundos de classes sociais inferiores. Para melhor entendermos os motivos mediatos da revolta é necessário considerar os protestos políticos e raciais que começaram a eclodir nos Estados Unidos sobretudo após 1965, levando as minorias a maior conscientização de seus direitos. Quase 82% dos indivíduos detidos em Attica em 1971, ali entraram após 1965, tendo sofrido naturalmente a influência daqueles acontecimentos. Por esta razão, não se pode ignorar as experiências anteriormente vividas por esses presos que, quando detidos, já estavam profundamente marcados pela difícil vida nos guetos urbanos e pelas mazelas da justiça criminal. Os rebeldes do movimento de 1971 faziam parte, na sua maioria, desse “novo tipo de preso”: mais jovem, mais consciente de seus direitos e disposto a não aceitar mais as profundas humilhações e o racismo que caracterizavam a vida na prisão.

Muito comumente, um grande problema penitenciário é a ausência de comunicação entre detentos e guardas que, em geral, resulta do despreparo dos últimos para esse tipo de tarefa devido à diferença de problemática entre ambos e ao desconhecimento dos problemas vividos pelos presos. Os funcionários desse estabelecimento correccional provinham do oeste rural do Estado de Nova York — brancos — e, se estavam acostumados a lidar com os presos que “reconheciam seu lugar”, não estavam preparados para conviver com o novo tipo de interno e muito menos para entendê-lo. Sentem-se então “ameaçados” e inseguros e sem apoio, principalmente após a intervenção dos tribunais com referência ao relaxamento de alguns regulamentos disciplinares. A conseqüência dessa distância sócio-cultural e mesmo racial entre os dois grupos, obrigados a convívio permanente, será o confronto diário entre presos e guardas e a crescente tensão no ambiente carcerário que finalmente resultará no motim.

A comissão concluiu que a revolta partiu de um movimento espontâneo, sem prévio planejamento. Pequeno conflito entre alguns presos e guardas, num ambiente já de grande tensão logo se generalizou em motim. A inexistência de um plano para responder a este tipo de situação, os poucos funcionários disponíveis e o antiquado sistema de comunicações dificultaram a pronta reação das autoridades, possibilitando o rápido controle de certas áreas pelos rebeldes, e a detenção de quarenta reféns. Somente após se verificar o controle de parte do estabelecimento pelos presos, certos líderes de grupos religiosos ou outros já preexistentes organizaram o movimento e tomaram sua direção. A maior parte daqueles que tiveram papel atuante durante as negociações não participaram da eclosão do motim.

Constitui fato relevante que, poucos meses antes da rebelião, os presos tentaram estabelecer um diálogo com o diretor do estabelecimento, apresentando um manifesto, com reivindicações moderadas a respeito de melhores condições penitenciárias e mostrando a necessidade de uma reforma penal. Várias cartas foram dirigidas às autoridades, inclusive revelando a falta de comunicação entre presos e funcionários. Vale observar que muitas das reclamações — inclusive a maior parte das reivindicações feitas durante as negociações — foram consideradas legítimas pelas autoridades.

A atuação do governador do Estado (atual vice-presidente dos EUA) foi decisiva segundo a comissão. Embora sua presença fosse insistentemente reclamada pelos mediadores, que com isso acreditavam que as promessas feitas aos presos ganhariam maior credibilidade, ele se recusou a comparecer ao local. Tendo as negociações fracassado (o relatório expõe largamente seus motivos), o diretor da prisão com o apoio do governador ordenou a invasão do estabelecimento. Não se pode dizer que as consequências foram inesperadas. A decisão de retomar as áreas defendidas não tinha por objetivo (visto a forma como foi planejada) a tentativa de resgatar os reféns mas constituía sobretudo uma necessidade de afirmação da soberania e poder do Estado. As vidas pessoais perderam seu valor do momento em que o governador acreditou que certos princípios de autoridade estavam em jogo.

Após as investigações, a comissão conclui que tanto a retomada do estabelecimento como os momentos posteriores caracterizaram-se por excessos desmedidos e desnecessários. A rebelião dominada, os presos foram brutalmente tratados e as represálias intensas. O relatório está amplamente documentado, contendo inclusive fotografias reveladoras dos acontecimentos. A indiferença das autoridades quanto à ilegalidade perpetrada pelos funcionários do estabelecimento ainda era evidente no final dessas investigações, um ano depois.

O objetivo inicial dessa comissão foi o de reconstituir os fatos e determinar sua etiologia. Parece-nos, no entanto, que o caráter oficial da divulgação desse relatório revela mais do que simples intenção de “dissipar quaisquer dúvidas existentes” com respeito àqueles acontecimentos. O esboço de análise crítica (poderíamos dizer autocrítica) realizada conjuntamente com investigação minuciosa e imparcial indica de certa forma uma tentativa (de determinado grupo) de assumir o problema penitenciário. Salienta o relatório que as declarações publicadas não devem ser vistas como apenas algumas sugestões a mais sobre a problemática penal, que cabe a outros solucionar. É esta visão cômoda que acarreta imobilismo na área correcional. Observa que “não existem outras pessoas” a quem

incumbiria especificamente a solução dos problemas penais e penitenciários. “Essas pessoas somos nós mesmos” afirma, indicando que não se pode mais simplesmente se contentar com declarações enfáticas esperando que outros ajam e mostrem que nada é mais urgente que a reforma do sistema de justiça criminal. O relatório chama atenção para o fato de que apesar de estarmos todos de acordo que o *status quo* penitenciário não pode mais ser mantido, nenhuma modificação substancial tem sido empreendida, continuando a se adotar as mesmas medidas sem que o problema em toda sua acuidade seja atingido.

O relatório consta de capítulo introdutório sobre a evolução do sistema penitenciário de New York e de descrição bastante detalhada de como funcionava o estabelecimento correcional de Attica antes do motim. Esta primeira imagem da prisão e a seqüência posteriormente desenvolvida — retratando a vida em Attica até o amotinamento — permite ao leitor acompanhar e compreender as tensões internas que antecederam à rebelião de 1971. A realidade penitenciária nos surge de tal modo pungente que nos leva a pensar que, nessas condições, os motins são inevitáveis, principalmente devido à crescente conscientização dos presos quanto a seus direitos.

Embora tenha sido publicado em 1972, chegando até nós com certo atraso, o livro não perdeu sua atualidade e interesse visto que as revoltas e fugas continuam freqüentes em nossas prisões sem grande perspectiva que este quadro se altere, diante da violência, superlotação e enorme precariedade das condições penitenciárias. Nesse sentido, a importância desse relatório está em que, além de documentar o desenvolvimento de uma rebelião num grande estabelecimento penal, a resposta e atuação das autoridades responsáveis e suas dramáticas consequências, evidencia ainda que em prisões que funcionam unicamente como instituição de repressão e segurança dificilmente serão evitados os motins e as tentativas de fuga. O estabelecimento penal de Attica é suficientemente representativo do universo penitenciário (“*Attica is very prison; every prison is Attica*”) para que a análise e documentação contidas nesse relatório sejam aproveitadas e sirvam de experiência aos nossos penitenciaristas. O sistema penal americano, como também o brasileiro, apesar de considerar a pena privativa de liberdade como fundamental para reabilitar o preso, no binômio segurança — reabilitação, enfatiza sobretudo o primeiro elemento, tornando impossível pela forma como aquela pena é implementada a reabilitação do indivíduo infrator, quando não, contribuindo para a prática de novos delitos. Attica constitui exemplo (claro através dessa publicação) de como a prisão tal como existe hoje não responde à sua finalidade de reabilitar o preso e pouco atende à sociedade como instituição de segurança. Parodiando palavras do livro, poderíamos dizer que se algum delinqüente se reabilita é apesar da prisão não por causa dela.

A comissão não teve inicialmente o propósito de estudar a reforma do sistema penal, porém observa que, face à situação observada na área correcional, diante dos depoimentos e entrevistas obtidas, decidiu finalmente propor algumas medidas com relação ao sistema penitenciário. As conclusões desse grupo se aproximam tanto mais da verdade dos fatos quanto a investigação se fez a partir de contatos com pessoas que participaram de diferente forma dos acontecimentos: autoridades, presos, guardas, funcionários civis, jornalistas... Argumenta a comissão que se as autoridades se propõem realmente a reabilitar o preso e não apenas a efetuar

custódia sobre ele, serão necessários profundas inovações. Reconhece que estas inovações poderão acarretar riscos para o conceito de segurança, porém, de qualquer modo, o desespero e a frustração desses homens mantidos encarcerados, em condições desumanas, são grandes potenciais de fuga e revolta. Algumas das medidas sugeridas pela comissão já foram propostas em outras ocasiões, o que revela consenso e reconhecida necessidade de executá-las. Assim, afirma que:

1 — Os presos possuem todos os direitos dos cidadãos, exceto aqueles que tiverem sido especificamente retirados pelo tribunal. Isto inclui o direito de ser adequadamente recompensado pelo trabalho realizado, direito de receber e enviar cartas livremente, direito de ter e expressar opiniões políticas, direito de praticar religião ou não ter nenhuma, direito de ser protegido contra a punição sumária efetuada por funcionários do Estado. Quando libertado, privações legais não devem impedi-lo de exercer os direitos de homem livre.

2 — O confinamento associado à privação da liberdade só deve ser empregado em último caso. Se se pretende preparar o preso para seu retorno à sociedade, não se deve cortar todos os contatos com esta sociedade. As prisões não devem se situar longe da vista pública e permanecer fechadas às comunidades onde estão localizadas. A implementação deste princípio requer várias medidas, incluindo: livre circulação de literatura, jornais e rádio, estabelecimento de regulamentos para garantir o acesso da imprensa às prisões, elaboração de programas que permitam a saída do preso, seja por licença ou para trabalho.

3 — Os programas e políticas relacionadas com o confinamento devem visar a elevar e enaltecer a dignidade, valor e autoconfiança dos presos. Isto significa conceder o máximo de liberdade possível — consistente com a segurança da instituição e o bem-estar dos internos — a fim de que estes possam decidir sobre seus próprios afazeres. Certo tipo de arquitetura (Attica, por exemplo) dificilmente permitirá a aplicação desse princípio que põe em relevo o sentimento de autoconfiança e estima de si mesmo.

4 — Deve-se incentivar a participação de profissionais e membros da comunidade onde se localiza a prisão na vida do estabelecimento. Deve-se proporcionar aos presos, ensino, bibliotecas, grupos de terapia e outros serviços. O sistema penal necessita a colaboração da sociedade para solucionar os problemas criminais e reabilitar o preso.

5 — Deve-se proporcionar ensino vocacional e outros programas educativos. As atribuições de tarefas e trabalho não devem fazer parte do sistema de punição-recompensa, exceto se o trabalho for remunerado. Dever-se-ia pensar na possibilidade dos presos pagarem os serviços que lhe são fornecidos pelo Estado.

6 — A concessão ou negação da liberdade condicional deve ser feita com base em critérios justos e claros que sejam do conhecimento dos presos. Concedida a liberdade, o indivíduo deverá ser imediatamente liberado e auxiliado na procura de emprego. As condições ou restrições impostas ao indivíduo colocado em liberdade condicional devem estar de acordo com os propósitos desta medida legal. E o controle dessa liberdade não deverá ser feito de forma arbitrária ou seletiva.

Em suas conclusões, observa a comissão que é sumamente importante considerar o sistema de justiça penal na análise do problema penitenciário já

que não podemos esquecer que o preso carrega consigo toda a experiência vivida durante o processo criminal e que seu comportamento fatalmente será influenciado por ela.

Poderia constituir elemento de reflexão o comentário final deste relatório: se considerarmos Attica como uma prisão típica (e acreditamos que o seja nas suas características mais gerais), poderíamos então concluir que as prisões não são úteis a ninguém. Não atendem ao propósito de reabilitação visto que os presos se tornam mais amargurados e rebeldes após sua passagem pela prisão; são prejudiciais aos funcionários do sistema penitenciário que, durante grande parte do seu tempo também ficam confinados e incumbidos de uma tarefa pouco definida e de difícil realização; e tampouco servem ao público que requer instituições penais que tenham um papel determinante na redução da criminalidade.

YOLANDA CATÃO

LAURO DE ALMEIDA, *Código Penal Alemão* (tradução), José Bushatsky Editor, São Paulo, 1974, 310 págs.

As traduções de textos de lei são, de todas, as que mais dificuldades oferecem, exigindo do tradutor qualificação excepcional, não só no conhecimento perfeito de ambos os idiomas, como também grande preparo técnico. Essa dificuldade sobe de ponto quando se trata do alemão, pela enorme versatilidade do idioma, que permite a formulação de expressões que não encontram correspondente em língua estrangeira.

São, pois, difíceis as traduções. Isto, no entanto, não tem afastado grandes juristas, que, com maior ou menor êxito, se lançam a esse trabalho penosíssimo que consome, às vezes, largo tempo. Entre as traduções importantes, diretamente do alemão, podemos mencionar as de QUINTILIANO SALDAÑA, da 17.ª ed. do *Tratado* de VON LISZT (Madri, Reus, 1917) e a de RODRIGUES MUÑOZ, da 2.ª ed. do *Tratado* de MEZGER (Madri, Editorial Revista de Derecho Privado, 1949). Esta última, que é excelente, está enriquecida com notas valiosas feitas pelo tradutor. Do italiano, RODRIGUEZ MUÑOZ já traduzira diversas obras, entre as quais os *Princípios de Direito Criminal*, de FERRI (Madri, Reus, 1933).

O *Allgemeine Strafrechtslehre* de SAUER foi traduzido pelo saudoso JUAN DEL ROSAL e por seu discípulo JOSÉ CEREZO MIR (Barcelona, Bosch, 1956), este último profundo conhecedor da língua alemã. A CEREZO MIR se deve primorosa tradução da 3.ª ed. do *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, de WELZEL (*El nuevo sistema del Derecho Penal*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1964), infelizmente ultrapassada por nova edição original, com várias alterações importantes.

Mestre SEBASTIÁN SOLER é o responsável pela monumental tradução do *Programma* de CARRARA, em colaboração com ERNESTO GAVIER e RICARDO NUÑEZ (*Programa del Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, Depalma, 1944, 9 vols.). A ele se deve também a tradução dos *Grundzüge des Strafrechts* e do *Die Lehre von Tatbestand* de BELING (*Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*, Buenos Aires, Depalma, 1944).

Entre as traduções que atingem padrões de excelência situa-se certamente a que fizeram JUAN BUSTOS e SERGIO YAÑEZ, da 11.^a ed. do *Tratado de WELZEL, Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, s/d. (1971). Desta mesma obra, em sua terceira edição original, temos exemplo de tradução precária na que realizaram FONTAN BALESTRA e EDUARDO FRICKER (Buenos Aires, Depalma, 1956).

A última tradução importante que poderíamos invocar nesta resenha é a do *Tratado de REINHART MAURACH*, feita por CORDOBA RODA da 3.^a ed. alemã (*Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962), a qual, no entanto, tem sido objeto de várias críticas.

A tradução dos textos de lei é mais difícil do que a de obras doutrinárias, porque exige maior grau de precisão.

Era, pois, grave a tarefa a que se lançou o DR. LAURO DE ALMEIDA e é louvável o seu esforço pioneiro.

A tradução que fez refere-se ao texto do velho CP de 1871, na forma em que se apresentava em 1971, incluindo a nova Parte Geral, que deveria ter entrado em vigor em 1.^o de outubro de 1973. Em realidade, o prazo de vacância foi prorrogado para 1.^o de janeiro de 1975 e é imperdoável que isso não se consigne na tradução, datada de 1974.

Preferiu o tradutor esmerar-se numa tradução literal, preocupado com a fidelidade ao significado dos vocábulos. Com isso a tradução não só se torna feia e deselegante, como, freqüentemente, infiel. O novo delito de apoderamento ilícito de aeronaves (§ 316 c) que em alemão se denomina *Flugzeugentführung*, por exemplo, é traduzido como rapto de aeronave (e não *apoderamento* ou *desvio* de aeronave). O mesmo critério levaria a traduzir *Kinderraub* (§ 235) por roubo de criança. Nesse caso o tradutor também empregou (arbitrariamente, aliás) a palavra rapto, quando a expressão significa, em vernáculo, *seqüestro*.

Manteve o tradutor, em diversas passagens a anteposição dos adjetivos, própria da língua alemã e que em português só se usa para dar ênfase e destaque. Assim, por exemplo, "Perigo para o Democrático Estado de Direito" e não "Perigo para o Estado de Direito Democrático" (antes do art. 84), "doloso delito" e não "delito doloso" (art. 40, § 1.^o) etc.

Outros defeitos mais graves, no entanto, poderiam ser ressaltados, em análise mais atenta da tradução. O art. 22 da nova parte geral está assim traduzido: "Tenta uma infração penal quem, de acordo com sua representação do ato, prepara diretamente a realização do fato típico". "*Unmittelbar ansetzt*" não pode ser traduzido por "prepara diretamente". Se o tradutor conhecesse todo o largo debate que se travou na Alemanha sobre a fórmula do início da execução, saberia que a formulação de WELZEL (*Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., pág. 190, adotada pelo legislador, está vinculada à execução do delito e não à preparação. Por isso mesmo, BUSTOS e YAÑEZ traduziram a passagem que indicamos (*Der Versuch beginnt mit derjenigen Tätigkeit, mit der der Täter nach seinem Verbrechensplan unmittelbar zur Verwirklichung des Verbrechenstatbestandes ansetzt*), por "La tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo".

Estará equivocado o leitor da tradução brasileira se imaginar que o novo CP alemão pune atos meramente preparatórios.

Apesar de seus defeitos, algumas vezes graves, a grande importância e significação do Direito Penal alemão leva-nos a recomendar este livro aos estudiosos, que nele encontrarão elementos de exame e estudo sempre valiosos.

H. C. F.

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *De la Captura a la Excarcelación*, Bogotá, 1974, ed. Temis, 351 págs.

A Colômbia vive um momento reformador. O seu Código Penal, que é de 1936, deverá ser substituído por um outro, cujo Projeto foi redigido por uma Comissão composta por eminentes professores colombianos. Este projeto foi concluído em 1974, sendo que a Parte Geral já estava pronta em 1973.

No que diz respeito ao processo penal, pensa-se igualmente em reformar o *Código de Procedimiento Penal*, que é de 1938. Leis de 1968 e 1969 autorizaram o Poder Executivo a redigir uma reforma ao antigo Código, apenas no que dissesse respeito ao inquérito policial. Foi nomeada, então, outra Comissão, também constituída por ilustres mestres colombianos.

HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, Professor Catedrático de Direito Penal da Pontificia Universidade Bolivariana de Medellín, foi membro de ambas as comissões.

O trabalho "*De la Captura e la Excarcelación*" contém a súmula dos estudos que realizou para a segunda comissão, na qualidade de relator da matéria ligada a captura, prisão, e liberdade.

O trabalho divide-se em três grandes partes: Cap. I — *De la Captura* (págs. 1 a 110); Cap. II — *De la Detención* (págs. 111 a 218); Cap. III — *De la Excarcelación* (págs. 219 a 339).

Não se sabe o que mais admirar no livro: se o cuidado no trato das diversas situações, revelando a pesquisa minuciosa, ou se o sentimento libertário e generoso que anima toda a obra. Advertia o A., no prólogo: "*Esta obra es, esencialmente, un alegato en forma categórica a favor de la libertad.*"

Trata-se de um livro utilíssimo. A divergência de fórmulas procedimentais não lhe retira esse caráter.

NILO BATISTA

CARLOS ALBERTO DE BULHÕES MATTOS, *Um Erro Notável. (Nova Teoria do Cheque sem Fundos)*, Rio, 1974, 62 págs.

Anotamos o lançamento da plaquete em epígrafe, que contém monografia sobre os problemas apresentados, na teoria e na prática, pelo crime do art. 171, § 2.^o, n. VI do CP, bem como dos problemas decorrentes do enfoque jurisprudencial que a espécie mereceu.

O A., que é Magistrado no Estado da Guanabara, trabalha a partir de uma premissa, que é a unificação da disciplina do crime de emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos e do crime de frustrar o pagamento de cheque emitido. A separação dos dois crimes, para distinta classificação e tratamento, é por ele considerada como um sistema "irracional" (pág. 58). A unificação da disciplina gravita em torno da idéia de prejuízo, que na concepção do A. é comum a ambos os crimes, pois o dispositivo consagraria "em qualquer de suas duas modalidades" (...) "crime material, de dano" (pág. 9).

Trata-se de uma colocação da matéria positivamente original, onde categorias do direito privado são chamadas a contribuir, e onde se debatem as opiniões estabilizadas dos autores brasileiros. Uma leitura agradável, pelo estilo descontraído do A., que se recomenda.

NILO BATISTA

ANÍBAL BRUNO e NILO BATISTA, *Teoria da Lei Penal*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974, 55 págs.

Em boa hora, o Instituto de Ciências Penais, da Faculdade de Direito Cândido Mendes, inicia a publicação de uma série de Cadernos; com isso, enfrenta a metodologia do ensino jurídico, correspondendo aos reclamos de um curso de Direito moderno e consentâneo com as exigências atuais. Volta-se para a análise crítica e dos textos. O estudante deixa de ser o ouvinte passivo para se tornar o debatedor consciente, cada vez mais interessado na pesquisa. A norma jurídica, por isso, não é vista como algo isolado, mas integrada no sistema que por sua vez, apresenta conotações com princípios filosóficos, políticos, ou, para sermos exatos, com as inquietações do homem.

O Prof. NILO BATISTA — uma das mais autênticas e vigorosas vocações universitárias da nova geração de penalistas — na palavra autorizada de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, em *Teoria da Lei Penal*, com felicidade, inaugura aquela coletânea.

Essa felicidade se manifestou, de início com a escolha do texto básico, de ANÍBAL BRUNO, mestre insigne, cuja obra honra a literatura de qualquer país.

O trabalho em análise focaliza a Lei Penal no Tempo, os Privilégios atribuídos a pessoas que exercem determinadas funções, e a Lei Penal no Espaço. Ressalta, com segurança, afirmações do modelo eleito, e daí extrai inúmeras sugestões, de maneira abrangente, de modo a que o estudo, apesar de verticalmente dirigido, não perca a visão ampla do pensamento realçado e, em particular, as implicações doutrinárias e dogmáticas. A origem histórica dos institutos não foi olvidada. Além disso, o livro se mostra em dia com o Direito Penal. No tocante aos princípios reitores da lei penal no espaço, por exemplo, focaliza o princípio da representação, introduzindo no Código Penal de 1969. Na parte descritiva, vale-se de autores modernos e se preocupa com manifestações atuais, como é o caso do Código Penal Tipo para a América Latina no que tange ao princípio real ou da proteção, menciona também a empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo poder público, incluf-

das na Lei n. 6.016, de 31.12.1973, resultante de emenda do ilustre deputado JOSÉ BONIFÁCIO NETO.

Ao tratar da lei penal quanto às pessoas, enfrenta a polêmica da natureza jurídica das chamadas imunidades diplomáticas. Nessa passagem, subscrive a doutrina que entende tratar-se de ausência da jurisdição. O simples focalizar esse aspecto, revela preocupação de debate em nível científico, chamando à colação, aí, sete consagrados penalistas.

Relativamente à Lei Penal no Espaço, cumpre ressaltar, a atenção dispensada ao tratar das teorias da ação, do resultado e da ubiqüidade, orientando a preferida pelo legislador brasileiro. Ao estudar a Lei Penal no Tempo, enfrenta os problemas da sucessão das leis penais e suas implicações, ante a garantia constitucional da irretroatividade da lei penal, salvo quando favorecer o réu. Ademais, fez surgir à tona, a divergência doutrinária de conceito de lei penal mais benéfica. Adota, em nosso entender, a melhor sugestão, aliás, constante do Código Penal de 1969, recomendando a análise das circunstâncias do fato delituoso.

Efetivamente, não há lei penal mais favorável que não seja em função do caso concreto. A maior benignidade, pois, é relativa. A lei que modificasse a pena cominada ao homicídio, majorando o grau mínimo e diminuindo o grau máximo, favoreceria o réu, cuja *sanctio iuris* fosse aplicada no limite mais alto, todavia, seria mais severa se o juiz impusesse a pena mínima.

Na parte final da obra, o autor sugere temas para exposição e debate, como também hipóteses para sessões em seminário. A metodologia é útil, vindo a confirmar que o estudo do Direito não continua no velho estilo coimbrão, ao contrário, sem sacrifício do enfoque teórico, preocupa-se da mesma forma, com a aplicação prática. Algumas hipóteses são inspiradas em autores nacionais, deixando registrada a probidade intelectual.

O Prof. NILO BATISTA conseguiu, com bom êxito, alcançar o intento — fornecer referências ao estudante. Foi além, produziu obra digna de consulta e meditação para quem deseja apreender o Direito Penal em todos os seus quadrantes. Em se considerando a finalidade do volume, seria útil relação bibliográfica, de modo a ensejar estudo de maior fôlego.

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, 2 vols. (*aparecidos*), Edição Jalovi, 1972, 1.116 págs., e, do mesmo autor, *Prática de Processo Penal*, 3.^a ed., revista e ampliada, Editora Jalovi, Bauru, São Paulo, 1974, 378 págs.

O autor — Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo e Professor de Direito Processual Penal, nas Faculdades de Direito de Bauru e Araraquara — é bastante conhecido nos meios universitários do país. A 1.^a ed. do *Processo Penal*, embora tratando-se de obra inacabada — pois fora planejada em 3 vols. (*ut* anúncio constante da *Prática*, sob a rubrica "Outras obras do autor") — esgotou-se rapidamente. Sua *performance* chega, assim, a ombrear-se com a dos preciosos *Elementos de Direito Processual Penal*, de FREDERICO MARQUES.

Aliás, foi o proveito FREDERICO MARQUES o prefaciador desse trabalho de TOURINHO FILHO. E o fez com entusiasmo só comparável ao que se apoderou do consagrado Giuseppe Verdi, "O Leão da Música", ao felicitar o jovem maestro Carlos Gomes, por ocasião da estréia de *Il Guarany*: "Este jovem começa por onde eu acabo!" Depois de lembrar o pioneirismo de H. TORNAGHI (que desempenhou, entre nós — no campo da *recepção* das novas idéias da processualística moderna, pelo processo penal — papel idêntico ao exercido, na Alemanha, por JHON e VON KRIES), acentua: "Este livro é uma prova de que as sementes lançadas por aquele eminente jurista TORNAGHI, estão justificando pois o trabalho do Prof. FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO se situa na linha doutrinária que marca, no Brasil, a nova orientação científica do Direito Processual Penal. Nele estão presentes os fecundos ensinamentos dos processualistas da terra e de fora que imprimiram ao processo penal a estrutura que hoje apresenta, nos quadros da Ciência Jurídica, como disciplina autônoma ligada antes à teoria geral do processo que ao Direito Penal, de que fora mero complemento ou subalterna *ancilla*. Os elogios são merecidos. TOURINHO FILHO é exemplo perfeito do expositor didático. Possui, para tanto, todas as qualidades: simplicidade, clareza, correção, método. Embora embasado na melhor doutrina, o livro é avesso às construções abstratas e estereis. Nota-se, inclusive, a redução do aparato bibliográfico ao mínimo indispensável. Seu escopo precípuo é o ensino dos assuntos propedêuticos básicos do programa de processo penal. O autor, porém, não é um simples repetidor despersonalizado. Emite, quando necessário, opinião própria, enfrentando as teorias dominantes. A obra, como acentuado, não está concluída. Há matéria bastante para um outro volume (como anunciado) ou mais. De fato, não foram ainda tratados — entre outros — os seguintes assuntos: os tipos de processo penal (pelos critérios do rito procedimental, da complexidade etc.), o processo penal cautelar, a sentença, os recursos, a coisa julgada, a execução.

A *Prática de Processo Penal* por seu turno, é a complementação, no plano empírico, da obra anterior. O diligente professor, não satisfeito em ter ministrado o ensino doutrinário, cuidou, também, da explicação prática da disciplina. Seu novo livro, fugindo dos *standards* roncios das publicações congêneres, ostenta as mesmas qualidades didáticas do curso teórico. De modo atraente e objetivo, apresenta os modelos e fórmulas dos principais atos da praxe criminal. Contribuiu, sobremaneira, para o sucesso, a experiência do autor; sua vivência, na aplicação diuturna da norma de processo penal. De resto, para a comprovação do mérito e utilidade do trabalho, basta sublinhar um ponto: logrou, em pouco tempo, transformar-se em *best-seller*, com milhares de exemplares vendidos.

HORTÊNCIO CATUNDA DE MEDEIROS

ANTONIO BASCUÑAN VALDES e outros, *La Responsabilidad Penal del Menor*, Instituto de Docencia e Investigación Jurídica, Santiago de Chile, 1974, vols. I e II, 508 págs. (edição mimeografada).

Realizou o Prof. BASCUÑAN, com excelente equipe de colaboradores, composta de juristas e psicólogos, estudo excepcional sobre a imputabilidade dos menores e sobre a questão de seu discernimento.

A primeira parte, contida no primeiro volume, é dedicada ao exame teórico-jurídico da imputabilidade, no qual se realiza extensa e certa exposição de teorias e princípios sistemáticos sobre a imputabilidade em geral, e, em especial, sobre a imputabilidade dos menores. Esta é examinada no direito comparado e no direito chileno, com meticulosa análise do critério do discernimento, que dominava as legislações do século passado, inclusive a chilena.

A segunda parte do trabalho é o relatório da investigação realizada com o objetivo de comprovar se os juizes de menores aplicam efetivamente o direito na determinação do discernimento do menor, para a declaração de sua responsabilidade.

A pesquisa realizada é descrita com minúcias, ressaltando o rigor dos métodos e da análise das variáveis nos distintos juízos (Santiago, San Miguel e Valparaíso).

A conclusão mais importante é a de que em nenhum dos três juizados de menores cujas decisões foram verificadas, o problema da capacidade de discernimento foi resolvido, de forma geral, como problema de imputabilidade no sentido de capacidade de culpa. Ao contrário, pode-se constatar que tanto os laudos de técnicos ou especialistas como pelo menos dois dos três juizados, orientavam-se claramente por critérios de utilidade social, considerando as possibilidades de reabilitação, a reincidência e a periculosidade do menor para resolver se ele tinha ou não discernimento. Parecem estar, assim, invertidos os termos legais, no sentido de que não se resolvia primeiro sobre o discernimento (imputabilidade), para, conforme o caso, declarar, ou não, o menor, responsável, mas, ao invés, resolvia-se primeiro se convinha aplicar-lhe pena ou medida tutelar da lei de menores, e, conforme a decisão, declarava-se existente ou inexistente o discernimento.

São numerosas as sugestões feitas pelos autores em suas conclusões, todas demonstrando a seriedade com que foi realizado o trabalho e o valor excepcional desse tipo de pesquisas na análise das soluções legislativas.

É lamentável que a forma pela qual a edição se fez não permita que esta obra alcance a difusão que merece.

Como se sabe, a fórmula originalmente adotada pelo CP de 1969 reintroduzia, em nosso Direito Penal comum, a questão do exame da capacidade de compreensão da ilicitude e capacidade de autogoverno, para determinação da imputabilidade dos menores de 16 a 18 anos. Em boa hora essa fórmula foi abandonada, embora permaneça no vigente Código Penal Militar. A experiência que até aqui temos tido indica que essa verificação do discernimento é feita sem obediência aos critérios da lei, atendendo-se preponderantemente a razões de utilidade social.

H.C.F.

Ciência Penal 3, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1974, 347 págs.

Novo número da excelente revista que dirige um grupo de jovens professores de Direito e Processo Penal, de São Paulo. Embora não alcance este número o mesmo nível dos anteriores, nele encontramos alguns trabalhos de grande categoria, todos de autores nacionais.

Na parte de doutrina, destacam-se os trabalhos de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, sobre um tema fora da especialidade (*Perversão ideológica dos direitos humanos*), tratado com maestria e profundidade e o estudo de NILO BATISTA (*Notas sobre deformidade permanente*), bem como o artigo de EVERARDO DA CUNHA LUNA (*Os crimes qualificados pelo resultado*), de cujas conclusões, sempre abalizadas, divergimos profundamente. Entende o autor que em tais crimes a responsabilidade é objetiva, pondo-se contra o dispositivo introduzido pelo CP de 1969 (art. 19).

O volume inclui também os artigos de ARMIDA BERGAMINI MIOTTO (*Código Penitenciário Tipo para a América Latina*) e de SÉRGIO M. DE MORAES PITOMBO (*Ainda o Direito de Ação*).

Entre os pareceres estão trabalhos dos Profs. BASILEU GARCIA (*Capitulação legal de crimes praticados contra um banco*), e JOSÉ FREDERICO MARQUES (*"Habeas corpus" e momento consumativo em crime de usura*). Neste último se defende o cabimento do *Habeas Corpus* em relação ao crime de usura (apesar do que dispõe o art. 10 do AI-5), de forma exatíssima.

Lamentável é que numa revista da categoria dessa haja o deliberado propósito de aumentar-lhe inutilmente o volume (para justificar o preço?), pondo-se, ao alto de cada página, de forma destacada, entre duas linhas, o nome do autor de cada artigo, o título do artigo, o nome e o número da revista, o lugar da edição e o ano. Numa época em que o papel anda escasso e as publicações técnicas se tornam *enxutas*, esse desperdício enfeia a revista. Registre-se como fato positivo a cuidada revisão, que faltava aos belos números anteriores.

H. C. F.

ELIÉZER ROSA, *Dicionário de Processo Penal*, Rio, 1975, Editora Rio, 267 págs.

ELIÉZER ROSA é um nome que desafia comentários. Professor de Direito, caracterizam-no a profunda erudição, a honestidade intelectual, o refinamento de espírito — qualidades que se refletem em suas obras, por todos conhecidas. Magistrado, elevou a toga a altitudes raramente alcançadas, pelo exercício de uma judicatura serena, impregnada de humanismo, iluminada pela sua condição fundamental e inafastável de jurista cristão.

Dicionário de Processo Penal é obra que possui as marcas de seu talento. Alguns verbetes se desenvolvem com a descontração da sabedoria, informando, analisando, discutindo, estabelecendo relações (p. ex.: "ampla defesa", pág. 56: "aos costumes", pág. 58; "regras de cortesia processual", pág. 186). Outros valem por verdadeiros artigos, propiciando informação completa sobre o tema (p. ex.: "embargos de nulidade e infringentes do julgado", pág. 111). Em todos eles, temos muito a aprender.

A leitura do *Dicionário de Processo Penal* é uma caminhada amena pelo "chão ubertoso, todavia, carrascoso" (pág. 33) do Processo Penal, realizando-se um descontraído contato com suas instituições e princípios. Aqui e ali, páginas antológicas, como a que o A. escreveu — com autoridade dupla — sobre a sentença (pág. 220).

A lucidez de suas posições, todas impregnadas pelo sentido de transitoriedade do humano ("A sentença é maior que o Juiz. Passamos. Nossa sentença permanece, para o bem ou para o mal, embora queiramos que seja para o bem" — pág. 227) adicionaram a este livro de processo penal o valor de uma aprofundada meditação sobre o ato de julgar.

NILO BATISTA

J. L. V. DE AZEVEDO FRANCESCHINI, *Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, 1.º vol., Editora Universitária de Direito, São Paulo, 1975, 668 págs.

A sua extensa obra no paciente e meticuloso levantamento da jurisprudência, vem o A. a acrescentar este alentado primeiro volume, relativo à jurisprudência do T.A. Criminal de São Paulo. A matéria está disposta em ordem alfabética (até à letra D), com todas as possíveis indicações sobre os acórdãos, inclusive do rolo e do *flash* do serviço de microfilmagem do tribunal, permitindo assim obter com rapidez a cópia da íntegra do julgado.

Apresenta o A., ao início de cada matéria, os textos do CP em vigor e do CP de 1969, bem como notas esclarecedoras de particular interesse. Em certos casos, reproduz-se trecho do acórdão, inclusive do voto vencido, quando contenha referências valiosas para o esclarecimento do assunto.

Os trabalhos desta natureza são sempre extremamente valiosos para todos os que trabalham no foro criminal e não temos dúvida em recomendar particularmente este, sem restrições.

H. C. F.

DORADO MONTERO, *Bases para un nuevo Derecho Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1973, 171 págs.

Nova edição de uma das obras mais características do pensamento de DORADO MONTERO, preparada por MANUEL DE RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, que lhe acrescentou um prólogo, notas e bibliografia.

A obra foi originalmente publicada em 1902. Como os demais trabalhos de DORADO MONTERO, era inteiramente inacessível para os estudiosos, principalmente em nosso país. O que sabemos do grande mestre espanhol, é o que referem seus grandes e fiéis discípulos, principalmente JIMÉNEZ DE ASÚA, BERNALDO DE QUIRÓS, ANTÓN ONECA e MANUEL LOPEZ-REY, e o que se presume do sugestivo título de sua obra mais famosa, *El Derecho Proctetor de los Criminales* (denominação empregada na segunda edição, aumentada e refundida, em 1915, do livro *Estudios de Derecho preventivo*, publicado em 1901).

DORADO MONTERO faleceu em 1919 e este volume traz uma bela fotografia, em que transparece a vigorosa personalidade de que nos falam seus discípulos.

As *Bases para un nuevo Derecho Penal*, como diz RIVACOBÁ, se não é o mais famoso dos trabalhos de DORADO MONTERO, é o que de forma mais completa expõe

as suas idéias e o seu sistema. Nele não se trata de Dogmática Jurídico-Penal, mas, sim, da filosofia do Direito Penal. Suas idéias originais aproximam-se do correcionalismo e partem das mesmas bases que inspiraram o positivismo penal, embora dele se afastem em numerosos pontos.

Estabelecendo um sistema que abandona por completo todo e qualquer sentido retributivo da sanção penal e afasta totalmente as suas funções de prevenção geral, DORADO MONTERO leva às últimas conseqüências a prevenção especial como único fundamento da ação do Estado em face do delito.

Demonstra, com eficácia, a ineficiência do direito punitivo então vigente, e propugna a sua virtual eliminação. O delinqüente é um indivíduo débil, necessitado de fortalecimento e ajuda. Os magistrados devem ser substituídos por médicos sociais, cujo forte não deve ser a cultura legal, mas sim a de higienistas e terapeutas. O crime é fenômeno social, interligado com uma infinidade de outros fenômenos da mesma natureza, obrigando a reconhecer que ele constitui uma desgraça que a ninguém pode ser imputada, em particular, mas, sim, a todos, globalmente, o que obriga, em conseqüência, a proscrever a idéia de responsabilidade individual e pessoal, pondo, em seu lugar, a de responsabilidade coletiva, difusa, solidária.

Destacando a prevenção especial DORADO MONTERO afirma que o crime em si mesmo deve passar a um plano secundário e muito subordinado. Os aspectos subjetivos do comportamento (intenção) e objetivos (dano) são apenas sintomas de perigo ou provável delinqüência futura. Podem ser declarados perigosos os que praticam apenas crimes sem gravidade, ou meras contravenções e, inclusive, simples transgressões administrativas que não são submetidas aos tribunais.

Para que pudesse funcionar o sistema por ele preconizado, a administração da justiça criminal deveria transformar-se em tratamento higiênico e profilático, curativo e protetor dos delinqüentes. E para que possa realizar-se de modo racional e adequado, seria necessário que os órgãos encarregados de seu desempenho desfrutassem da mesma liberdade que têm os médicos diante dos pacientes enfermos. Deveria, assim, desaparecer, segundo DORADO MONTERO, no futuro, um catálogo invariável de delitos e de penas, justificando-se a intervenção do Estado sempre que surjam sintomas de possível delinqüência futura.

Identificam-se, na obra de DORADO MONTERO, claramente, as raízes correcionalistas, que remontam a RÖDER ("direito à pena"). O mestre espanhol, no entanto, levou às últimas conseqüências a nova concepção. Entendida a "pena" como um bem, o processo penal deveria perder o caráter de luta que atualmente apresenta (idéia em que os positivistas também insistiram); a administração da justiça deveria significar fazer um bem não só a quem dele necessita, como à sociedade.

Passados já tantos anos desde o aparecimento desta obra e dos outros trabalhos de DORADO MONTERO, os juristas continuam a considerar as suas idéias utópicas e irrealizáveis.

Mas no violento e melancólico recuo, que hoje observamos, em toda concepção clássica do crime e da pena, com a predominância dos critérios de Política Criminal nas legislações, começamos a reconhecer que algumas das idéias deste pequeno livro são de procedência incontestável. Por isso mesmo é oportuna

a sua reedição, para que os estudiosos de nosso tempo tenham presente a inspiração generosa de DORADO MONTERO no grande e infatigável trabalho de revisão dos problemas fundamentais do direito punitivo.

H. C. F.

JOSEFINA FIGUEIRA, *Menores Infratores da Guanabara*, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), Rio de Janeiro, 1973.

A omissão das autoridades com respeito à delinqüência juvenil e o menor abandonado fez com que este problema adquirisse proporções alarmantes. Constituinto grande preocupação nos mais diversos países, no Brasil, esta questão se revela ainda mais grave devido a fatores sócio-econômicos que conduzem uma média de 140 crianças por mês (fonte do Juizado de Menores) ao abandono de seus lares, buscando melhores condições de vida. Já não é de hoje a afirmação de que o aumento e a gravidade da delinqüência juvenil deriva principalmente da situação de abandono em que se encontra número calamitoso de menores (só em São Paulo, 600 mil). Esse problema deve ser focalizado a nível estrutural, no contexto de problemas nacionais considerados prioritários. Nesta perspectiva, os estudos acadêmicos sobre o tema possuem especial interesse. Qualquer política a respeito do menor infrator não poderá prescindir de estudos realizados por especialistas visando o aprofundamento desta problemática.

A pesquisa efetuada por Josefina Figueira se propõe primeiramente caracterizar os menores infratores e os tipos de delito que praticam. E a partir desta caracterização, procura "identificar os padrões de tratamento oficial administrado aos menores delinqüentes" cujo ponto de referência é o sistema de processamento dos menores no Juizado da Guanabara.

Os dados apresentados a respeito das características do menor infrator coincidem, em geral, com outra pesquisa sobre delinqüência juvenil (cf. RDP, ns. 9/10). Predomina o menor de 17 anos, do sexo masculino, alfabetizado, natural da Guanabara, de pais conhecidos e família legalmente constituída, vive em geral com um dos progenitores, freqüentemente trabalha em biscates, e mostra-se na maior parte das vezes responsável com respeito à infração praticada. A noção de responsabilidade utilizada pela autora não nos parece bem definida. Nos casos em que foi possível obter informações, grande parte dos pais auferia salário mínimo (63%) e 71,2% das mães eram domésticas. Este tipo de ocupação quando não especificado, como aqui, tanto pode indicar empregada doméstica como o que se tem chamado de "prendas domésticas". Esta tipificação é interessante, pois, como sublinha a autora, desmistifica algumas idéias generalizadas sobre o menor infrator: por exemplo, a de que predominam neste grupo, os analfabetos e recém-imigrados, os filhos ilegítimos, os que vivem em vadiagem e a de que são irresponsáveis. Porém, torna-se necessário numa comparação com as características da população juvenil da Guanabara para conclusão quanto à representatividade dos menores infratores com relação às variáveis estudadas. A comparação revela que, com referência ao nível econômico, alfabetização, e legitimidade, os menores infratores se identificam com a população jovem da Guanabara. Porém, não correspondem ao padrão juvenil, e portanto

são características próprias aos menores delinquentes, a incidência de maiores de 14 anos, do sexo masculino, de cor, e nível escolar elementar.

Com base nas associações mais significativas entre as características do menor infrator e, de acordo com as teorias clássicas sobre a causalidade da delinquência, a autora distingue dois grupos de infratores que se definem por características e motivações distintas. O comportamento delinquente da "*juventude abandonada*" é explicado por uma socialização em subculturas marginais ou como resposta à "frustração social". Neste grupo estariam incluídos os menores de 14 anos ou menos, de cor preta, com primário incompleto. Na *juventude alienada*, se enquadrariam os menores de nível sócio-econômico médio ou superior, que não se conformam com o padrão de comportamento social ou que só praticam infrações em certas oportunidades específicas que apresentam pouco risco.

No exame das ofensas praticadas por menores, encontramos novamente coincidência de resultados com a pesquisa anteriormente citada. Baseando-se nos dados obtidos, a autora sugere a inexistência de "orientação definida para a carreira do crime e de perversão" por sobressaírem os menores primários e com atuação isolada e por não serem as vítimas "caracteristicamente fracas". Esta afirmação talvez tenha que ser revista, com respeito à atuação isolada dos menores e à caracterização das vítimas. Informações publicadas mais recentemente denotam maior incidência da prática de delitos em grupo e maior agressividade com relação às vítimas. Acrescenta a autora que a predominância dos crimes contra o patrimônio poderia indicar que o comportamento delinquente neste caso corresponde a uma atividade utilitária que seria desenvolvida pela *juventude abandonada*.

Para trabalho de prevenção e controle ao crime, seria particularmente interessante examinar a parte do estudo que determina associações entre as características dos delitos praticados. Assim, relaciona tipo de ofensa com período do ano em que ocorre, local, hora, se é praticada isoladamente etc. e características das vítimas (idade, sexo, raça, conhecida ou desconhecida). Estas últimas informações poderiam eventualmente interessar aos estudiosos da vitimologia. Ainda relacionando tipos de ofensa com características das mesmas, encontram-se certos padrões associativos que permitem construir uma tipologia sobre o menor que pratica determinado delito.

Partindo de análise sobre a causalidade do comportamento anti-social, e de acordo com a motivação da conduta delinquente, a autora propõe medidas específicas, que objetivariam maior controle e reabilitação do menor infrator. São apresentadas certas teorias sobre "influência social" que, aplicadas à análise tipológica realizada, sugerem, segundo a autora, diferentes possibilidades de tratamento para o jovem delinquente. Assim, a utilização de mecanismos de influência através do grupo familiar e de instituições específicas modificaria o comportamento anti-social, influenciando-o em direções predeterminadas, no sentido da ressocialização. Conclusivamente, propõe para cada tipo de infração, um tratamento adequado do ponto-de-vista da reabilitação.

Na segunda parte do trabalho, parte-se do pressuposto de que existe um sistema que congrega diferentes instituições com o objetivo de controlar a delinquência juvenil e promover a reabilitação do menor. A coerência interna desse

sistema seria fundamental para se atingir a meta comum. A atuação não coordenada dos subsistemas (sistema policial, judiciário e assistencial) pode resultar em disfunção das instituições, dificultando a obtenção dos objetivos propostos. Para verificar em que medida o sistema se apresenta coerente, analisa-se o sistema de processamento dos menores infratores no Juizado. O estudo desse processamento deverá indicar o grau de integração dos subsistemas e os pontos em que se revelam as disfunções. Foi analisada a atuação do sistema de justiça encarregado do menor no período de 1964 a 1971.

Procedeu-se inicialmente à esquematização de tipos ideais. Um dos extremos indicaria a atuação benevolente do sistema, e o outro, a severidade. Por exemplo, considera-se como comportamento benevolente, pouca atuação direta da polícia, processo breve, sentença leve, desligamento da instituição assistencial a pedido. A divergência ou convergência nas atitudes dos subsistemas, seja na direção da benevolência ou da severidade, revelaria menor ou maior capacidade de cumprir seus objetivos em relação ao menor. A conclusão indica que no período analisado, o sistema de justiça tem demonstrado progressiva tolerância para com o menor infrator. Esta benevolência aparece principalmente nos subsistemas judiciários e assistencial. O juiz apresenta-se como líder na evolução do sistema para maior tolerância. A atuação policial mostra-se predominantemente severa revelando resistência à atitude benevolente. A disfunção surge com a incoerência de atuação entre o subsistema policial e os outros. Segundo a pesquisadora observa, o tratamento é mais benevolente quando se trata de menores com as características seguintes: branco, estudante, cujas ofensas não foram contra o patrimônio. Por outro lado, o sistema se mostra mais punitivo com relação aos menores de cor, que não estudam e praticam roubos. Isto revela que existem certos valores que influenciam a atitude oficial, conduzindo a uma atuação discriminatória (p. ex., discriminação racial). Concluindo, afirma a autora que inexistente integração entre os diferentes setores que se ocupam do menor infrator; pelo contrário, surgem antagonismos entre eles, uns responsabilizando os outros por determinadas situações, impedindo atitude coerente com vistas à execução do objetivo comum. Sugere, fundamentando-se nesse estudo, maior profissionalização dos três subsistemas; implementação de certos programas com administração conjunta de verbas e pessoal; um sistema policial orientado só para menores.

Aconselhamos a leitura deste trabalho às autoridades incumbidas de elucidar e resolver o problema da delinquência juvenil. A abordagem descritiva que inicialmente adota, fornece, com detalhes, dados significativos a serem considerados no tratamento da questão.

Algumas observações, de caráter geral, a respeito desta pesquisa. Com relação à *juventude alienada*, a causalidade nos parece insuficientemente explicada. O desvio motivado pela oportunidade com baixo risco é pouco revelador, pois grande parte dos desvios tem origem em determinadas oportunidades. Teria que ser explicado a que tipo de oportunidade se faz referência e porque alguns menores a utilizam e outros não. Também o inconformismo por si só, sendo próprio dessa faixa etária, não explicaria o comportamento do menor infrator, já que constitui uma característica comum à juventude, como sublinha a autora. Aachamos ainda que, ao contrário do afirmado, esse grupo pode apresentar níveis de "frustração social". Numa sociedade onde o consumo é um valor, a dificuldade

de obter certo bem de consumo pode conduzir o jovem a infringir certos regulamentos sociais. E isto acontece também com o jovem de classe média que pode ter acesso a certo tipo de consumo mas não a outros.

Com relação ao sistema de processamento, pensamos ser um pouco arbitrária, a classificação do comportamento do sistema em benevolente e severo, principalmente devido às variáveis escolhidas como indicadoras dessa atuação e às suas interpretações. Por exemplo, considera-se a atuação da polícia benevolente quando retém por pouco tempo (não se indica quanto) o menor na delegacia. Diríamos que o tempo de estadia do menor na delegacia pode ser breve sem indicar benevolência, na medida em que tiver sofrido violência. Com referência às outras variáveis, também indicam apenas um todo do problema, sem considerar aspectos relevantes no tratamento proporcionado ao menor.

Carece o estudo de visão mais crítica sobre o problema do jovem infrator. Não são considerados vários aspectos sociais que influenciam o comportamento delinqüente. Sempre que utilizados, os conceitos de reabilitação e conformidade social, deve ser observado quais os parâmetros escolhidos, pois podem indicar, muitas vezes, o desejo de inculcar certos valores dominantes e conduzir a comportamentos "obedientes", cortando qualquer espécie de inconformismo o que seria negativo. Numa solução que deveria ser levada em conta, ao se considerar a problemática do menor infrator, é a de descriminalizar certos comportamentos, medida que já vem sendo analisada no âmbito da delinqüência adulta.

YOLANDA CATÃO

RUY BARBOSA CORREA FILHO, *Dos Crimes contra a Administração Pública e o Decreto-lei n. 201/67*, São Paulo, 1974, ed. Liv. Jur. Vellenich, 98 págs.

Há certos assuntos, no Brasil, que preocupam os interessados e estudiosos, e também os desinteressados e não-estudiosos, mais do que seria suportável por nossa indústria gráfica. Assim ocorreu, por exemplo, com a problemática dos tóxicos. Num de seus artigos, queixava-se CARRARA de que "*la dottrina penale, inondata in questo decennio da tante monografie che è impossibile leggerle tutte non che studiarle, divenne un vero emporio. E come avviene a tutti gli emporii si incontrarono là le gemme preziose appresso alle merci avariate (...)*" (*Un Pensiero Sul Furto*, Oppuscoli, 6, 36). A respeito dos tóxicos, temos realmente um empório; e como em todos os empórios...

Há outros assuntos, todavia, que não preocupam nem ao menos os desinteressados e não-estudiosos, podendo-se contar nos dedos as contribuições a seu estudo. Entre esses, o exame do imperfeitíssimo Dec-lei n. 201/67. A par de alguns breves artigos e notas, e da publicação *Da Responsabilidade do Prefeito* (DEONIZIO FERNANDES et. alt., São Paulo, 1967), pouca coisa tínhamos.

É pois com satisfação que saudamos o aparecimento do trabalho em epígrafe. O A. é Professor da Faculdade de Direito do Norte Pioneiro, em Jacarezinho — Paraná, e pertence ao Ministério Público daquele Estado.

O trabalho vem a ser uma ampliação de tese apresentada ao II Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Guarapari, em março de 1973.

O Autor se coloca quanto ao problema do concurso entre os crimes definidos no Dec-lei n. 201/67, e aqueles previstos no CP (art. 312 e segs.); quanto à questão surgida com a revogação da Lei n. 3.528/59, e os reflexos sobre o procedimento a ser adotado, e quanto a outros aspectos relevantes.

Não é empreendido um estudo da "parte especial" da lei, o que sem dúvida enriqueceria o trabalho. A conhecida posição do Supremo Tribunal Federal é examinada (pág. 65 e segs.), contendo a publicação ainda informe jurisprudencial satisfatório.

Trata-se de contribuição valiosa ao tão menosprezado estudo do Dec-lei n. 201/67, que se recomenda aos profissionais.

NILO BATISTA

ALOISIO SAYOL DE SÁ PEIXOTO, *Casos Concretos de Direito Penal e Processual Penal*, Goiânia, 1974, 3 vols.

Noticiamos o lançamento da obra em epígrafe, três volumes que contêm trabalhos forenses do Autor, Advogado em Goiás, Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Goiás e da Faculdade de Direito de Anápolis.

O primeiro volume é constituído por trabalhos em *habeas corpus*; o segundo por defesas em crimes contra a vida, e o terceiro por peças produzidas em processos referentes a crimes contra os costumes, o patrimônio, a fé pública e a paz pública. Como o A. agrega constantemente às peças de sua lavra as denúncias e decisões respectivas, temos que — a par dos bem elaborados e substanciosos trabalhos profissionais, com lembranças e aportes úteis — se pode fruir da leitura condensada de processos interessantíssimos, com a discussão e solução de hipóteses as mais variadas. Em suma, uma leitura agradável e útil, de consulta facilitada por um índice por assuntos.

A obra é enriquecida com um prefácio do eminente Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE.

NILO BATISTA

DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito Penal*, Introdução e Parte Geral, I, São Paulo, 1972, José Bushatsky editor, 439 págs.; Parte Geral, II, São Paulo, 1973, 562 págs.

DAMÁSIO E. DE JESUS, ilustre membro do Ministério Penal, paulista e acata-do professor das Faculdades de Bauru e Marília, prêmio Costa e Silva de 1971, publicou, em dois volumes, abrangendo toda a parte geral do Direito Penal, o livro que ora apreciamos.

No primeiro, expõe as noções introdutórias (conceito e posição do Direito Penal), faz minucioso exame da lei penal (conceito, interpretação, limites de aplicação, princípio da legalidade) e inicia a análise da teoria do crime, apreciando, depois dos conceitos básicos, o fato típico. No segundo, conclui a análise do crime, com o estudo da antijuridicidade e da culpabilidade. Passa em seguida ao concurso de agentes, expõe a teoria da pena, esclarece a disciplina da ação penal e conclui com a extinção da punibilidade.

Como se vê bem distribuídos, aí estão todos os assuntos referentes à parte geral, de tão grande importância no conhecimento do Direito Penal.

A matéria é exposta de forma clara e completa, como se exige de um professor, e está amparada na melhor doutrina e na jurisprudência mais atualizada.

Não é fácil realizar um trabalho como esse do Prof. DAMÁSIO DE JESUS. É preciso bastante equilíbrio para não ficar nas noções elementares, tipo "esquema", que encontramos em publicações apressadas, nem se perder no debate das numerosas teorias que os doutrinadores expõem sobre os variados temas da parte geral. Ao leitor, e sobretudo ao aluno, deve transmitir-se o conhecimento de forma compreensiva e segura, deixando-lhe a oportunidade de, em estudos complementares, aprofundar-se na bibliografia especializada.

A obra de DAMÁSIO DE JESUS tem cunho eminentemente didático. Os numerosos exemplos que apresenta, a todo instante, e os quadros sinóticos que elabora sobre assuntos mais complexos, mostram a preocupação de fazer-se compreendido. Mas suas considerações vão além e conseguem satisfazer a curiosidade também daqueles já iniciados no estudo do Direito Penal.

Não é preciso muito esforço para perceber a segurança do ensino do autor. Basta assinalar alguns pontos. No 1.º vol., observemos a exata distinção entre analogia e interpretação analógica (págs. 83-85); a aceitação da analogia *in bonam partem* (pág. 101); o entendimento de que sujeito ativo e sujeito passivo de um crime são, necessariamente, pessoas diversas, inclusive nos crimes plurissubjetivos de condutas contrapostas (págs. 272-273); o conceito que faz de causa relativamente independente (pág. 369); o reconhecimento da tentativa do crime complexo, ainda quando um dos crimes integrantes se tenha consumado (pág. 423); a distinção entre crime putativo e crime impossível (pág. 436). No 2.º vol., podemos registrar a afirmação de que, nos crimes preterdelitosos, não há responsabilidade objetiva (págs. 137-138); que a obediência hierárquica é erro de direito excepcionalmente relevante (pág. 200); que o perdão judicial, causa extintiva da punibilidade não catalogada no art. 108 do Código vigente, pressupõe sentença condenatória (págs. 489-490); a correta distinção entre imputabilidade e responsabilidade (pág. 110); a acertada opção pelo critério da dosagem da pena em três etapas (pág. 396); a enumeração das circunstâncias judiciais e legais (pág. 366).

Pode-se — e isso é inevitável — discordar do ilustre autor em alguns pontos. Mas, certamente, tais divergências serão em número reduzido e limitadas, quase todas, a pontos secundários.

Estão de parabéns os estudiosos do Direito Penal com esta grande obra, que mantém o mesmo elevado nível de muitos outros trabalhos do autor, publicados em nossas revistas especializadas.

RAPHAEL CIRIGLIANO FILHO

MAXIMILIANUS CLÁUDIO AMÉRICO FÜHRER, *Crimes Falimentares*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1972, 132 págs.

O presente trabalho constitui valiosa contribuição ao estudo dos crimes falimentares entre nós, e o rigor sistemático da exposição o distingue singularmente.

Fruto evidente de um estudo vertical da matéria, a obra se divide em cinco partes. A primeira, "Panorama Doutrinário" (págs. 5 a 14) situa os problemas históricos fundamentais do crime falimentar, assinalando as diversas concepções e tratamento recebidos pela espécie, desde a teoria da falência-crime (pág. 8) à teoria da falência-condição (pág. 11).

Em seguida, temos breves "considerações sobre as nossas atuais disposições penais falimentares" (págs. 15 a 17). O Autor aponta o crime do n. IX, art. 3.º da Lei n. 1.521, de 26/dez./51 (economia popular) como um caso brasileiro de falência-crime (pág. 17).

Na "Teoria Geral", terceira parte, encontraremos o aporte à *vexata quaestio* da objetividade jurídica, empreendido com elegância e erudição (págs. 19 e segs.), além do exame de categorias e problemas comuns a todos os delitos falimentares, inclusive cuidadosa apreciação do elemento subjetivo (pág. 31). Com relação ao momento consumativo, situa-o o A. na sentença declaratória da falência (pág. 35). Problemas como o da tentativa, do concurso de agentes e do concurso de crimes são também satisfatoriamente abordados, embora o texto que se ocupa do concurso entre crimes comuns e falimentares pudesse merecer, em nossa opinião, maior desenvolvimento, à base das teorias que informam o concurso aparente de tipos.

Sucedese a "Parte Especial" (págs. 51 e segs.), com o exame individualizado dos delitos falimentares, onde o A. sofre os percalços naturais de ter que atravessar a floresta de imperfeições e impropriedades da lei.

Por fim, temos a transcrição de diversos textos legais estrangeiros (págs. 95 e segs.), útil informação nem sempre de fácil acesso aos profissionais.

O A. transcreve passagem de CARNELUTTI, segundo a qual "os crimes falimentares cresceram como plantas selvagens, longe dos cuidados dos jardineiros do direito penal, e esta falta de trato científico reflete-se, de pronto, no plano legislativo" (pág. 15). É outra verdade que se deve a CARNELUTTI; e estudos como o presente certamente colaborarão para que a disciplina geral dos crimes falimentares, bem como as espécies delituosas, venham a alcançar o mesmo refinamento e precisão de seus congêneres comuns. O trabalho do A. é expressiva ajuda ao ofício de jardinagem que CARNELUTTI reclamava.

NILO BATISTA

VICENTE FONTANA CARDOSO, *Crimes em Acidentes de Trânsito*, Rio, 1974, ed. Forense, 174 págs.

O presente trabalho se inicia por uma espécie de teoria do delito ao alcance de todos ("Noção Elementar de Crime" — págs. 9 a 19), onde o A., valendo-se de ANÍBAL BRUNO, MAGALHÃES NORONHA e HUNGRIA, estabelece o que seja crime. A isto se segue uma segunda parte intitulada "Acidentes de Trânsito" (págs. 23 a 31), na qual, a par de considerações gerais, se encontrarão observações sobre negligência, imprudência e imperícia, essas três expressões de uma só realidade conceitual, que tanto retardam no Brasil o estudo vertical do crime culposos.

Em seguida, o A. agrupa uma série de decisões em torno de certas situações de fato: via preferencial (págs. 37 e segs.), preferência nos cruzamentos (págs. 43 e segs.), contramão (págs. 49 e segs.), velocidade inadequada (págs. 55 e segs.) etc. Cada conjunto de decisões é precedido por algumas observações, nas quais, lamentavelmente, o A. não trabalha sobre o próprio texto do Código Nacional de Trânsito, o que sem dúvida alguma acrescentaria aos méritos do livro.

Porque os méritos existem, e estão em propiciar ao leitor uma coletânea de julgados recentes sobre as mais encontradas formas de delitos de circulação.

NILO BATISTA

LUCIO EDUARDO HERRERA, *El Error en Materia Penal*, Buenos Aires, 1971, ed. Abeledo-Perrot, 149 págs.

LUCIO EDUARDO HERRERA, de quem já conhecíamos excelente trabalho sobre autoria mediata ("La Autoria Mediata", in *Jornadas Nacionales de Derecho Penal*, anais publicados pela Universidade de Belgrano, 1973, págs. 23 e segs.) é Prof.-adjunto na Faculdade de Direito da Universidade Católica de La Plata, da Universidade de Belgrano, e Docente auxiliar na cátedra do Prof. FRÍAS CABALLERO, na Universidade Nacional de Buenos Aires.

O rigor científico e a precisão em colocar e desenvolver os problemas parecem ser características de seu trabalho, que se refletem neste *El Error en Materia Penal*.

O livro se inicia pelos grandes lineamentos da teoria do erro, propondo um conceito (págs. 11 e segs.) e fornecendo uma rica notícia histórica (págs. 13 e segs.), que abrange a informação doutrinária e a indicação de precedentes legislativos. A distinção *error facti* — *error juris* é apreciada do ponto-de-vista histórico (pág. 43), e logo se inicia o estudo do erro essencial de fato (pág. 47), bem como das condições que o dotam de eficácia exculpante (pág. 53), ou seja, sua essencialidade, invencibilidade etc. Temos logo em seguida o exame do erro sobre a lei penal (pág. 57), com destaque para a questão oferecida pelas leis penais em branco (pág. 65).

No Cap. III, apresenta o A. um quadro das concepções psicológica e normativa da culpabilidade (pág. 73), aduzindo mais as repercussões da teoria da ação final na matéria. O problema da colocação sistemática da consciência da ilicitude, com exposição sucinta e segura das teorias do dolo e da culpabilidade (págs. 82 e segs.) complementa o quadro geral que permitirá situar e desenvolver a distinção erro de tipo — erro de proibição, não como sucedâneo da velha distinção romana, mera troca de rótulos, mas sim como imposição realística da observação do objeto do erro. Aqui reside (págs. 91 e segs.), indubitavelmente, um dos pontos altos do livro.

Parte o A. para a solução que lhe parece admissível, face às delimitações impostas pelo texto positivo argentino — que não admitiria a singela trasladação da distinção — *tatbestandsirrtum-verbotsirrtum* — propondo uma classificação constituída por: 1. erro essencial sobre o fato; 2. erro sobre as eximentes (incluindo-se

aqui, ao lado de justificativas, causas de exclusão de culpabilidade); 3. erro sobre a lei penal.

Trata-se de trabalho da maior importância, cuja consulta se recomenda a quantos se ocupem do tema, oferecendo para nós um especial atrativo, porquanto no CP de 1940 — o que se repete no CP de 1969 — o erro sobre o fato e o erro sobre circunstância que legitimaria a conduta do agente são previstos num só dispositivo, sendo o segundo versado, pela maior parte dos autores, como modalidade do erro de fato.

NILO BATISTA

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, *Do Arquivamento*, Belo Horizonte, 1969, 125 págs.

O presente trabalho, que consiste na tese apresentada pelo A. à Congregação da Faculdade de Direito UFMG, em concurso para livre-docência, representa valioso estudo sobre o arquivamento do inquérito policial, e os principais problemas que surgem em torno dessa situação procedimental.

Após a colocação geral do problema (Cap. I, págs. 5 e segs.) e ao exame do arquivamento em face do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (págs. 11 e segs.), temos o exame dos casos de arquivamento (Cap. III, págs. 25 e segs.), com uma síntese muito elaborada da discussão que se estabelece a respeito do âmbito de apreciação no qual pode o Ministério Público calcar a solicitação de arquivamento.

No Cap. IV, são estudadas as hipóteses de arquivamento em virtude de decisão judicial (certos casos de competência originária, trancamento de ação penal por *habeas corpus*, rejeição de denúncia e queixa, e algumas situações nos processos de rito sumário — págs. 43 e segs.). Encontramos ainda um estudo sobre o controle jurisdicional da obrigatoriedade da ação penal (Cap. VI, págs. 65 e segs.), empreendido com esmero e segurança.

É um livro que se recomenda aos profissionais e estudiosos do processo penal.

NILO BATISTA

RUY REBELLO PINHO, *Código Penal*, Editora Atlas S/A., São Paulo, 2.^a ed., 1975, 184 págs.

Texto do CP de 1940 em edição bem cuidada, precedida da exposição de motivos. Destacam-se, além da meticulosa revisão do texto (que falta a muitas edições), diversas notas bem elaboradas, com referências à súmula do STF e aos textos originais de dispositivos que apresentam nova redação.

Em apêndice apenas o texto do Código da Propriedade Industrial que revogou o CP nessa matéria e algumas remissões a textos de outras leis penais.

H. C. F.

O sexto número da *Acta Criminológica*, dirigida pelo Prof. DENIS SZABO, modifica integralmente sua apresentação. No lugar do habitual estudo monográfico, a revista publica duas importantes contribuições científicas para a pesquisa criminológica e dois outros textos de grande atualidade neste campo de estudo.

O ponto de partida do primeiro texto — “*Representações do Sistema de Justiça Criminal — Estudo tipológico*” por PHILIPPE ROBERT e CLAUDE FORGERON — consiste no estudo das representações coletivas (no sentido durkheimiano) sobre o sistema de justiça criminal.

A atual crise do sistema de justiça penal representa, na realidade, uma crise da função atribuída a este sistema pela sociedade, o que implica um reexame das representações que os diversos grupos sociais possuem sobre o sistema judiciário. O programa de pesquisas organizado pelo Serviço de Estudos Penais e Criminológicos (S.E.P.C.) leva em consideração o papel da Criminologia no estudo da reação social face ao crime e a importância de uma abordagem científica “integrativa” sobre o tema em foco. O estudo publicado faz parte de um dos projetos de pesquisa do S.E.P.C.: “A imagem da Justiça Criminal na Sociedade”.

Na etapa anterior deste projeto, ficou clara a estreita relação entre as representações do universo social das pessoas interrogadas e suas representações sobre a justiça penal. Surgiu desta observação a hipótese que orientou o trabalho, ou seja, de que as imagens sobre a justiça têm como base o conformismo — aqui definido como “adesão às normas e valores socialmente impostos”. Assim, as atitudes inseridas serão classificadas como conformistas ou não conformistas. Os dados foram coligidos através de um questionário distribuído a uma amostra (200) da população parisiense. Os critérios de seleção foram sexo, idade, categoria sócio-profissional, lugar de residência — a fim de assegurar a presença de todas as características previstas. As técnicas utilizadas foram essencialmente a análise tipológica e as escalas. Na análise tipológica foram aplicados os seguintes indicadores para o conformismo: resistência à mudança, aceitação de inovações, adesão aos valores tradicionais e às instituições. Nas escalas, além destes indicados, acrescentou-se outros relacionados com a opinião do indivíduo sobre a administração da justiça (se é “independente”, se é “justa” etc.).

Tendo como orientação a hipótese já mencionada, elaborou-se a partir dos dados coletados, uma tipologia de atitudes referente à imagem que os entrevistados têm em relação ao sistema judiciário (a propósito da finalidade do sistema criminal, do desempenho atual do judiciário, da etiologia do crime etc.).

A partir desta análise tipológica constata-se que existem dois grupos bastante distintos segundo se admite ou não o papel dos determinismos sociais na etiologia criminal. (Uma primeira tipologia distinguiu 5 tipos que foram posteriormente resumidos em dois pólos).

O primeiro tipo que reúne o maior grau de conformismo se caracteriza pelas seguintes dimensões: satisfação e confiança quanto ao desempenho do sistema judiciário; suas funções são a de proteger o indivíduo e manter a ordem; independência do sistema com referência ao dinheiro e poder; o crime é de responsabilidade individual; grau elevado de conformismo e resistência à mudança.

O segundo grupo apresenta como imagem o seguinte quadro: pouca (ou nenhuma) satisfação e confiança no sistema judiciário; sua função é de proteção; a imagem dos agentes judiciários (juiz, polícia, advogado etc.) é negativa; enfatiza-se a responsabilidade social do crime; tendências reformistas ou revolucionárias; o sistema judiciário e seu desempenho só podem ser compreendidos com referência à estrutura social no qual se inserem; a imagem desfavorável do sistema de justiça penal está vinculada à percepção negativa da sociedade.

Os autores concluem seu estudo confirmando a hipótese estabelecida, da relação entre o conformismo social e a imagem da justiça criminal. A resistência ou não à mudança que aparece através dos resultados se vincula à uma atitude de otimismo/pessimismo. Porém não fica claro se a resistência à mudança e o otimismo/pessimismo são duas dimensões autônomas, embora relacionadas ou se são duas variáveis do conformismo. A pesquisa também não informa sobre os tipos de pessoas que estariam incluídas na análise tipológica. O que parece conclusivo nesta pesquisa é que a organização das representações sociais sobre a justiça penal varia de acordo com um menor ou maior grau de conformismo.

Parece-nos importante algumas observações relacionadas com os quadros e resultados estatísticos apresentados, principalmente por ser esta uma falha comum na publicação de pesquisas. Os autores, muitas vezes, não explicam devidamente os resultados anunciados, desconhecendo o leitor a origem de uma escolha, os significados de números citados, referências feitas, sinais utilizados... Sem a necessária explicação (note-se que a publicação atinge profissionais não especializados nestas técnicas), as técnicas empregadas se mostram herméticas e pouco claras. Tem-se a impressão, por vezes, que a publicação suprimiu importantes trechos do estudo, necessários a um leitor não familiarizado com o programa de pesquisa desenvolvido. Igualmente nos parece interessante o conhecimento da percentagem de representações dos diversos tipos classificados. Sabemos que existe uma imagem “conformista” da justiça e outra “não conformista” mas não temos como concluir sobre qual delas será mais significativa dentro da amostra selecionada.

No texto seguinte, “*Uma nova concepção dos valores: Contribuição da Psicologia à criminologia dos valores*” — FRANCYNE GOYER-MICHAUD analisa a noção de valor em psicologia, elabora sua própria concepção sobre o valor e tenta aplicá-lo à delinquência juvenil. Inclui também este estudo, na terceira parte, uma apreciação crítica feita por CHRISTIAN DEBUYST.

Depois de examinar diferentes teorias axiológicas sobre o valor, a autora toma como referência a teoria de SPRANGER & ALLPORT que afirma ser o comportamento do indivíduo motivado pela sua escala de valores. Dentro desta perspectiva, ela sugere nova concepção sobre o valor, apresentando o conceito

de "valor motivador": este valor possui um papel de intermediário entre o indivíduo e seu mundo axiológico.

O poder de motivação desses valores intermediários, provém da ansiedade. Os "valores motivadores", gerados pela ansiedade, preenchem uma função que é a de induzir valores e não-valores. A autora estabelece então uma tipologia da ansiedade, segundo a fonte de motivação. Como primeiro tipo, existe a ansiedade hedônica; neste caso, o comportamento do indivíduo é determinado tanto pela procura do prazer como pela fuga do desprazer. Na ansiedade aloclétrica (segundo tipo), a motivação provém do receio que tem o indivíduo de perder o amor de seus semelhantes. Na ansiedade de autoridade, a pessoa preocupa-se com sua imagem frente a figuras de autoridade (autoridade social, parental etc.). E na ansiedade de integridade, o que motiva o comportamento é o medo de perder a sua integridade, concebida aqui como estima de si mesmo.

A autora procura aplicar este conceito de "valor motivador" gerado pela ansiedade à delinquência juvenil. Compara a atitude dos delinquentes e dos jovens não delinquentes com relação aos valores motivadores. A partir desta comparação e da análise das características principais do delinquente, a autora afirma hipoteticamente que, entre os valores motivadores do delinquente se encontram mais fortemente presentes, a ansiedade hedônica e a aloclétrica. Os outros dois tipos de ansiedade se encontram mais fracamente representados e são mais característicos nos indivíduos socialmente adaptados.

O estudo se completa com a revisão das diferentes técnicas utilizadas para medir valores, sendo designada como a mais apropriada para a medição dos valores motivadores gerados pela ansiedade, a técnica da "situação": várias situações são apresentadas ao indivíduo frente às quais ele terá que se definir, permitindo desta forma, descobrir os valores induzidos pelos valores motivadores.

Na sua reflexão crítica sobre este estudo, DEBUYST analisa primeiramente, a noção de valor, distinguindo valor ("valor verdadeiro") e função ("valor funcional"). Observa que um objeto tanto pode ter um significado valorativo quanto um significado funcional. Ele constitui realmente um valor na medida em que o indivíduo modela seu comportamento a partir deste objeto; ao contrário, o objeto terá um valor "funcional" se for utilizado para atender às necessidades ou interesses do indivíduo. Mostra então que a noção de "valores motivadores", desenvolvida anteriormente não inclui os valores verdadeiros mas apenas os funcionais. Segundo o autor, a concepção da ansiedade como fonte de valor se baseia na idéia de que o medo (como fator de ansiedade) constitui a motivação central de uma moral relativamente inferior (em termos axiológicos, equivaleria ao valor funcional). Porém, em certas condições, esta moral dá lugar a uma moral superior, onde o outro é percebido como um valor em si (valor verdadeiro). Esta segunda perspectiva se diferencia daquela apresentada por FRANCYNE G. MICHAUD, a partir da qual o comportamento humano é orientado pela procura de bem-estar cujo alcance depende da observância das normas do grupo. Diferentemente, no segundo enfoque, o objeto é visto como um valor não somente em função de seu caráter utilitário mas por si mesmo. Não são as regras grupais que o erigem em valor mas a relação próxima do indivíduo com o objeto.

Finalmente, o autor aborda a importância deste debate para a problemática criminológica. O comportamento delinquente não deve ser visto unicamente como transgressão de uma regra; em certos casos, poderá significar a realização de um valor para o grupo ao qual pertence o delinquente (especialmente, nos casos de *gang*). Por isto mesmo, parece-lhe indispensável descobrir o sentido da transgressão para o autor do ato delitivo e para o grupo. Esta descoberta terá bastante relevo para o diagnóstico, o tratamento e mesmo para a prevenção à delinquência juvenil. Muitas vezes — o comportamento desviado — representa a negação de um valor não reconhecido pelo autor. Para que o delinquente incorpore os valores verdadeiros, é necessário que a sociedade proporcione a seus membros condições de viverem experiências através das quais a regra adquira sentido. A incapacidade de criar estas condições, que caracteriza nossa sociedade, é o problema crucial relativo à diminuição da delinquência juvenil.

Em — "*A Aplicação das Regras Mínimas Para o Tratamento dos Presos no Canadá*" — por PIERRE LANDREVILLE — trata-se de verificar como são efetivamente aplicadas as Regras Mínimas Para o Tratamento de Presos, estabelecidas pela ONU (1955) nos estabelecimentos penais do Canadá. O autor examina a legislação canadense com referência às penitenciárias federais e às casas de detenção do Quebec. Constata que as Regras Mínimas não estão em geral protegidas seja por leis, regulamentos ou diretrizes das instituições penais do Canadá. Grande parte do regime penitenciário não está previsto na legislação. Apesar disso, as condições de detenção nos diversos estabelecimentos penais (do Quebec — caso examinado) estão condizentes com as Regras Mínimas. Porém, esta realidade se deve à boa vontade e ao arbítrio das autoridades e não pode portanto ser controlada. E ainda, vale observar, estas condições são consideradas antes privilégios do que direitos.

O autor sugere, conclusivamente, que as Regras Mínimas sejam consideradas como "carta de direitos" de todo indivíduo privado de sua liberdade, culpado ou não. Para isto, 1) as garantias previstas pelas Regras devem ser incorporadas à legislação canadense e à das províncias; 2) deve-se dar a conhecer estas Regras a todos os serviços, autoridades, grupos interessados, incluindo os internos e o público em geral; 3) possibilitar aos presos os meios de fazer valer seus direitos, criando uma organização encarregada de controlar e assegurar a aplicação destas Regras; 4) proceder a uma avaliação das medidas necessárias para a aplicação das Regras, dos métodos a serem utilizados e dos resultados obtidos.

Observa-se, ultimamente, a intensificação da luta pelos direitos dos presos, graças ao crescente interesse pelos direitos das minorias e à maior abertura dos juristas. Uma das declarações mais importantes a este respeito foi a do "National Council on Crime and Delinquency", baseada no seguinte princípio: "o preso conserva todos os direitos do cidadão comum com exceção daqueles que lhe foram, expressa ou implicitamente, retirados pela lei". O autor lembra que o reconhecimento desses princípios e direitos básicos atenuaria os efeitos secundários da pena privativa de liberdade e do estigma que dela decorre.

Finalmente, o último texto consiste num estudo de criminologia comparada sobre o fenômeno criminal na África, realizado por SUZANNE ARCAN e YVES BRILLON, através do programa de assistência técnica do Instituto Inter-

nacional de Criminologia Comparada ao Instituto de Criminologia de Abidjan. Ele focaliza o problema bastante atual das rápidas mudanças culturais sociais e econômicas que atravessam os países em desenvolvimento e seus efeitos sobre a criminalidade. Dentro desta perspectiva, realizou-se em maio de 1973, o Quinto Simpósio Internacional de Criminologia Comparada que abordou as necessidades e perspectivas relacionadas com o desenvolvimento sócio-econômico, a justiça criminal e o crime nos países em desenvolvimento.

As transformações econômicas que ocorrem no continente africano afetam largamente os sistemas social e cultural destes países. As antigas estruturas sociais e familiares estão sendo abaladas pelos valores e técnicas característicos da moderna sociedade industrial. O comportamento anti-social é direta ou indiretamente influenciado por esta realidade. Ao lado de crimes típicos de sociedades tradicionais, começam a surgir novos tipos de crimes característicos das sociedades industriais avançadas. Torna-se importante analisar a organização, o funcionamento e a eficiência do sistema de defesa social para assegurar a prevenção ao crime e o tratamento ao delinqüente, considerando as diferenças etnoculturais de cada país ou região. Já, em junho de 1972, realizava-se em Abidjan a Primeira Conferência da África Ocidental sobre Criminologia Comparada cujo tema foi "Necessidades e Perspectivas na área de prevenção ao crime e tratamento de delinqüentes na África Ocidental". O objetivo era examinar as conseqüências do desenvolvimento sobre a criminalidade, para, neste contexto, aperfeiçoar as instituições de defesa social.

A penetração de novas técnicas de produção e normas sociais correspondentes originou um confronto entre dois tipos de organização social que exigirá longo período de reajustamento. O processo de industrialização e urbanização conduz à instabilidade nas áreas rurais e promove focos de subdesenvolvimento nas cidades, criando assim condições propícias para a delinqüência e o crime. O êxodo rural leva ao desemprego e ao aparecimento de favelas. O indivíduo isolado, desarraigado de seu clã e de sua cidade natal se encontra numa situação precária e poderá adotar um comportamento anti-social. Por outro lado, a família urbana, com baixa renda, tem dificuldade com relação às suas responsabilidades tradicionais para com os membros do clã. Por vezes, para poder cumpri-las, o indivíduo começa a roubar, a cometer fraude, suborno etc.

Alguns dos fatores que parecem explicar a criminalidade na África Ocidental e principalmente, a delinqüência juvenil são: desintegração da estrutura familiar tradicional, desarraigamento do meio rural, destribalização e as condições de vida nos grandes centros urbanos, embora também estejam presentes fatores clássicos do comportamento anti-social (recursos familiares insuficientes, lazer não organizado, desemprego e outros). Lembra-se ainda que a delinqüência e o comportamento desviado resultantes do estado de abandono em que se encontra grande parte da juventude africana ocidental conduz frequentemente ao crime.

Os autores sublinham que, do ponto-de-vista criminológico, o tratamento policial com vistas à prevenção da delinqüência juvenil deveria constituir um objetivo prioritário dos governos. Para que a criminalidade seja reduzida a um

grau mínimo é necessário combater as causas sociais de desajustamento. Deve-se procurar aperfeiçoar legislações especiais para menores, promover a criação de centros de observação e reeducação, e treinamento de pessoal especializado para tratamento terapêutico. É fundamental evitar o máximo possível de medidas punitivas e o encarceramento, substituindo-as por medidas de proteção e ressocialização.

Os países africanos devem inovar no campo da penologia, principalmente com relação ao penitenciarismo. Neste setor, deve-se procurar relacionar o criminoso e seu meio a fim de evitar que a sanção legal contribua para aumentar a distância já existente entre o delinqüente e a sociedade. Enfatiza-se a responsabilidade social da comunidade para com seus membros anti-sociais. "A sociedade tem um dever em relação aos seus criminosos: dever de julgá-los com objetividade, de compreender suas motivações internas e participar ativamente na sua reabilitação dentro da sociedade."

YOLANDA CATÃO

ABREVIATURAS USADAS

AC	— Apelação Criminal
AJ	— Arquivo Judiciário
ANÍBAL BRUNO	— ANÍBAL BRUNO, <i>Direito Penal</i> , Forense, Rio de Janeiro, vols. 1 a 4
<i>Arquivos</i>	— Arquivos do Tribunal de Alçada (GB)
C. Crim.	— Câmara Criminal
CF	— Constituição Federal
CJ	— Conflito de Jurisdição
CP	— Código Penal
CPM	— Código Penal Militar
CPP	— Código do Processo Penal
CPPM	— Código de Processo Penal Militar
DL	— Decreto-lei
DO	— Diário Oficial, Parte III, Poder Judiciário, GB
DJ	— Diário de Justiça, Brasília
FREDERICO MARQUES	— JOSÉ FREDERICO MARQUES, <i>Elementos de Direito Processual Penal</i> , Forense, Rio 1961, vols. 1 a 4
FREDERICO MARQUES, <i>Tratado</i>	— JOSÉ FREDERICO MARQUES, <i>Tratado de Direito Penal</i> , Saraiva, São Paulo, 1964, vols. 1 a 4
FRAGOSO, <i>Lições</i>	— HELENO CLAUDIO FRAGOSO, <i>Lições de Direito Penal</i> , José Bushatsky Editor, São Paulo, vols. 1 e 2 (1962); vols. 3 e 4 (1965)
FRAGOSO, <i>Jur. Crim.</i>	— HELENO CLAUDIO FRAGOSO, <i>Jurisprudência Criminal</i> , 2. ^a ed., Borsoi, Rio de Janeiro, 1973, 2 vols.
ESPÍNOLA FILHO	— EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, <i>Código de Processo Penal Brasileiro</i> . Anotado, Borsoi, 1954, vols. 1 a 8
HC	— <i>Habeas Corpus</i>

HUNGRIA

LCP

MAGALHÃES NORONHA

MANZINI

RC

RDP

RECr

REvC

RF

RHC

RJ

ROCr

RT

RTJ

SOLER

STF

STM

TA

TFR

TFR Jurispr.

TJ

- NÉLSON 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)

- VINCENZO MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, UTET, Turim, 1950/52, vols. I a IX

- Recurso Criminal

- Revista de Direito Penal

- Recurso Extraordinário Criminal

- Revisão Criminal

- Revista Forense

- Recurso de *Habeas Corpus*

- Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Guanabara

- Recurso Ordinário Criminal

- Revista dos Tribunais

- Revista Trimestral de Jurisprudência

- SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1963, vols. 1 a 5

- Supremo Tribunal Federal

- Superior Tribunal Militar

- Tribunal de Alçada

- Tribunal Federal de Recursos

- Revista do Tribunal Federal de Recursos

- Tribunal de Justiça

Apropriação indébita e estelionato.

A fraude constitui o elemento essencial e característico do crime de estelionato. Tem ela, nesta figura de delito, caráter instrumental, no sentido de que o agente, mediante engano, induz a vítima em erro, para o efeito de conseguir vantagem.

Se a fraude *succede* ao desvio do bem que é objeto material da ação, destinando-se a encobrir esse desvio ou a apropriação, conforme o caso, o crime não é mais o de estelionato, mas sim o de furto ou de apropriação indébita, conforme o caso.

Julgando o HC n. 52.330, a 1.^a Turma do STF, relator o eminente Min. ALIOMAR BALEEIRO, por unanimidade, assentou: "Se os artifícios contábeis fraudulentos foram posteriores à posse do dinheiro e visavam a encobrir a apropriação deste em detrimento do patrão, mantendo-o enganado, o crime é o do art. 168, § 1.º, n. III combinado com o art. 51, § 2.º do CP, e não o estelionato do art. 171". (DJ de 20.9.74, pág. 6.803).

A decisão é perfeita.

Citação. Funcionário público.

A 1.^a C. Crim. do TA da Guanabara, no julgamento do HC n. 8.474, relator o eminente Juiz JORGE ALBERTO ROMERO, decidiu que "é nula a decretação de revelia de réu funcionário público que não foi notificado para comparecer a

juízo através de sua repartição" (DO de 9.9.74, pág. 13.933).

Fez-se exata aplicação do disposto no art. 359 do CPP. Como ensina FREDERICO MARQUES, n. I, 178, neste caso, "o oficial de justiça deve citar o funcionário público, o que, porém, é insuficiente para que o ato citatório, se tenha por exaurido. Indeclinável é que, também, se proceda à notificação do funcionário e do chefe da repartição".

Cf., no mesmo sentido, RF 146/397; 200/213; 303/72.

Corpo de delito. Boletim de atendimento de hospital.

Na decisão do AC n. 8.702, afirmou a 2.^a C. Crim. TAGB que "o boletim de socorro no hospital não substitui o exame feito por dois legistas". Tratava-se de delito de circulação, e dos autos não constava exame de corpo de delito. Foi Relator do acórdão o ilustre Juiz OCTÁVIO PINTO (DO de 2.9.74, III, pág. 13.469).

A decisão, que nos parece corretíssima, enseja algumas considerações sobre o problema da falta do exame de corpo de delito, indispensável em crimes que deixam vestígios (art. 158 do CPP), devendo afirmar de modo inequívoco a existência, no caso, de lesões, descrevendo-as minuciosamente (art. 160 do CPP), e estipulando em forma legal sua materialidade.

É certo que tal exame — caso não seja possível realizá-lo — poderá ser

suprido por prova testemunhal (art. 167 de CPP). A nota ESPÍNOLA FILHO que tal prova testemunhal "é meramente supletiva" (*Cod. de Proc. Pen. Bras. Anotado*, Rio 1965, vol. II, pág. 466), ou seja: não se trata de uma forma alternativa de demonstração da materialidade, mas de uma forma subsidiária, que somente se acionará diante da situação de impossibilidade de realização do exame direto a que alude a lei. Essa impossibilidade de realização do exame de corpo de delito direto tem que ser real: "se não se prova a impossibilidade de obtê-lo, nenhuma valia tem o indireto" (RF 90/816).

A partir da consideração do art. 134 do Código de Processo do Império, ARY FRANCO lecionava que "em tal caso, o exame de corpo de delito deverá ser feito por meio de inquirição preliminar, em auto distinto, de testemunhas ouvidas unicamente a respeito da existência do delito e de suas circunstâncias" (*Cod. de Proc. Penal*, Rio, 1960, vol. I, pág. 259), muito embora, conforme faz consignar, "o texto legal não esclareça" (*ibidem*).

Essa preocupação formal está ligada à relevância de tal prova, e se destina a distingui-la do teor informativo difuso que ordinariamente possui a prova testemunhal. Não é possível falar de corpo de delito indireto a não ser quando testemunhas *viram* os vestígios, e sobre tal aspecto tragam subsídios esclarecedores e precisos. Será temerário, em tema de lesões corporais, aceitar comentários, referências por terceiros, de ouvir dizer, como um sucedâneo válido da prova segura que é e tem que ser o corpo de delito.

Como ensina FREDERICO MARQUES, também o livre convencimento está submetido a limites e restrições con-

tidas nas leis processuais (*Elementos*, ed. Forense, 1965, vol. II, pág. 299). Consigna o mestre do processo penal brasileiro que "a livre convicção não se confunde com a liberdade de formas no processo, e tampouco desvincula o juiz da obediência aos mandamentos legais do Direito Processual" (*op. cit.*, pág. 300).

Em tema de corpo de delito, há uma restrição ao livre convencimento. Por mais que a rejeitemos cientificamente — vestígio do regime de provas legais que é — força é acatá-la, em nome de outros valores não menos caros ao processo penal, ligados à segurança das formas, ao *due process of law*.

Diante de *delicta facti permanenti*, quer a lei que se proceda ao exame de corpo de delito, e veda que a confissão do acusado funcione supletiva ou complementarmente (art. 158 do CPP). E caso não seja possível o exame direto, quer a lei que se tente *suprir-lhe a falta* ("poderá" — art. 167 do CPP), mediante *prova testemunhal*. Ainda, pois, que não se aceite a recomendação de ARY FRANCO, no sentido de que as testemunhas sejam ouvidas, em auto próprio, especificamente sobre a materialidade do fato (o que, indiscutivelmente seria mais seguro, propiciando uma confrontação das várias descrições, ensejando conclusões com pouca margem de erro), uma coisa é certa: é mister que tal prova se faça *com testemunhas, e só com testemunhas*. As conhecidas decisões do STF que acatam o corpo de delito indireto se referem, invariavelmente, a seu suprimimento "pela prova testemunhal" (RTJ 50/438), que é inclusive chamado de "exame de corpo de delito indireto" (RTJ 64/68).

Conforme é assinalado por HELENO FRAGOSO, comentando um outro precedente no mesmo sentido, "para que

se considere suprida a prova material, é indispensável que as testemunhas sejam perguntadas e prestem informações precisas sobre a natureza e sede das lesões. Se a lei processual penal exige que os peritos descrevam minuciosamente essas lesões (art. 160), seria incongruente que, pela prova testemunhal, se tivesse como suficiente a informação de que a vítima ficou ferida, sem outros detalhes". (*Jurisprudência Criminal*, Rio, 1973, vol. I, pág. 113).

Se nenhuma testemunha viu as lesões, não haverá, claramente, a "prova testemunhal" que poderia suprir a falta do exame direto. As informações precárias dos boletins de atendimento hospitalar não constituem *exame*, pela forte razão de constituírem documentos, e diríamos mesmo que é discutível se se tratam de documentos.

A propósito, sobre tais boletins, já havia uma decisão da 2.^a C. Crim. TAGB, que foi objeto de apreciação por HELENO FRAGOSO, na obra já citada, nos seguintes termos: "O exame de corpo de delito indireto não pode ser admitido quando era possível a realização do exame direto. Assim decidiu, com absoluto acerto, a 2.^a C. Crim. do TA da Guanabara, na AC n. 4.426, relator o eminente Juiz João CLAUDINO: Só na impossibilidade de realização do exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta." Pretendia-se ter por provadas lesões corporais com o simples boletim de socorro, o qual como se sabe, é firmado por um só médico. A decisão foi unânime". (*op. cit.*, pág. 234).

Tais situações podem envolver nulidade do processo (al. b. n. III, art. 564 do CPP), sendo de toda conveniência que se esgotem os meios de obter

o exame de corpo de delito, ou suprir sua falta da *única forma* pela qual a lei o admite. (Nota de NILO BATISTA).

Delito de circulação de veículos. Sinal aberto.

O sinal aberto não constitui licença para matar. Os tribunais têm decidido reiteradamente que há culpa na ação do motorista que avança, com o sinal aberto, sem se certificar de que os pedestres já terminaram a travessia.

Em certos países a preferência dos pedestres, nas faixas de travessia das vias públicas, é absoluta.

Decidindo a AC n. 8.867, a 2.^a C. Crim. do TA da Guanabara, relator o ilustre Juiz OCTÁVIO PINTO, por unanimidade, assentou: "O fechamento do sinal quando os pedestres ainda não terminaram a travessia não permite ao motorista avançar o seu carro." Decisão perfeita. (DO de 15.8.74, pág. 12.318).

Cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n. 156.

Exame do mérito em ação penal prescrita.

Lemos na RTJ, 63/55, acórdão unânime, da 2.^a Turma do STF, da lavra do eminente Min. ANTÔNIO NEDER, acompanhado pelos Mins. THOMPSON FLORES, BILAC PINTO, XAVIER DE ALBUQUERQUE e ELOY DA ROCHA, em 11.9.72: "Extinguindo-se, por prescrição, a punibilidade do crime, o réu não perde o direito à ação para revisar o seu processo. Negando-se o Tribunal competente a conhecer do pedido de revisão sob o fundamento de que, em tal situação, o réu perdeu interesse em que se reveja o seu processo, pratica esse

Tribunal certa forma de coação, pois o negar conhecimento a um tal pedido poderá comprometer, no futuro do réu, o seu direito à liberdade."

E há outras decisões, neste sentido, na Suprema Corte: ROCr n. 1.179-PE, rel. Min. THOMPSON FLORES, DJ 2.1.74, ROCr. n. 1.202-MG, rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO, DJ 17.6.74 e RTJ 57/11.

Infelizmente, em recentíssima decisão, em RECr, n. 79.527, de São Paulo, interposto em postulação revisional de n. 50.924, impetrada perante o TA Criminal, o STF, pela 1.ª Turma, assim não entendeu. Foi relator o eminente Min. RODRIGUES DE ALCKMIN (DJ 28.2.72, 1.121).

Porém, *data maxima venia*, a solução não foi a mais feliz.

Nesta decisão restou vencido o Min. ALIOMAR BALEEIRO, sendo que a Procuradoria-Geral da República se manifestou pelo provimento do recurso.

A questão é a seguinte: frisou a decisão citada que, se tivesse havido a prescrição da pena, aí sim, haveria a possibilidade de exame do mérito. Mas, como havia sido decretada a prescrição retroativa, pela *Súmula* n. 146, e como esta é prescrição da ação e não da pena, tal pesquisa não seria admissível.

Mas, sempre foi possível o exame do mérito em crime com condenação prescrita (RT 417/370). E que a prescrição pela *Súmula* n. 146 é da ação e não da pena, dúvida não existe.

O problema é que quando há a prescrição pela *Súmula* 146, é possível a pesquisa do mérito. Quando ocorre a prescrição pela pena *in abstracto*, não é admissível tal perscrutação.

Ambas são, claramente, da *ação*.

A diferença é que na primeira há uma sentença de mérito, que fica nos

autos, embora o réu permaneça primário; na segunda inexistente a sentença, pois, com a decretação da prescrição (pela pena máxima), a decisão citada nem chega a ser prolatada.

Sendo assim, quando ocorre a prescrição da ação, pela *Súmula* 146, cabe o exame do mérito, pois, tendo havido sentença condenatória, o réu ficaria com esta decisão em total evidência (apesar de não perder a primariedade e de ter sua distribuição criminal cancelada), sendo examinada e perscrutada sempre, prejudicando seus antecedentes, no caso de aplicação da Lei n. 5.941, de 22.11.73, por exemplo, ou no exame de seu passado, com vistas a bons ou maus antecedentes, exame este feito pelo livre convencimento do juiz ou pela íntima convicção dos jurados, no tribunal do júri.

Em voto vencido, proferido no HC n. 46.070 (RTJ 55/228), em impetração do então advogado criminal FRANCISCO MANOEL XAVIER DE ALBUQUERQUE, o qual versava sobre a matéria aqui tratada, o Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA ensinou: "Ocorre, ainda, que se houvesse extinção da punibilidade pela pena *in abstracto* eu estaria de acordo com o Sr. Ministro Relator. Não poderíamos, por desejo do réu, ver a sua conduta apreciada pelo Tribunal, porque, aí, a exceção da punibilidade extinguiu a ação penal, *sem que houvesse pronunciamento da Justiça* contra esse mesmo acusado. Mas, no caso de prescrição pela pena *in concreto*, como assinalou o eminente Relator, mesmo, ficam certos direitos apagados. Efeito político e até moral, decorrente de uma condenação em processo criminal".

Temos a palavra do Min. THOMPSON FLORES, no mesmo caso: "Estou inteiramente de acordo com V. Exa. Acho que há efeito civil, penal e político."

E no mesmo julgamento, também vencido, o Min. AMARAL SANTOS vislumbrou a matéria sob outro prisma, mas que igualmente interesse tem ao nosso estudo: "Entendo que a prescrição é uma exceção substancial, que deverá ser examinada conjuntamente com o mérito, e, sempre que se pode julgar pelo mérito em benefício daquele a quem beneficiou a prescrição, o mérito deve ser julgado... mas, se, examinando o processo para observar a exceção de prescrição, que é exceção substancial, tenho que examinar todo o mérito, se examinando o processo vou dar pelo mérito, em favor daquele a quem beneficia a prescrição, julgo pelo mérito."

Enfim, o STF, pela maioria de seus Ministros, permite o exame do mérito, em ação prescrita nos moldes sumulários. E o art. 61 do CPP não tem o condão de obstar tal exame.

Nem se diga que esta abertura se origina no consubstanciado em artigo do CPP italiano, que, expressamente, autoriza o procedimento citado.

A exegese de nossa lei leva à mesma conclusão, como se vê, por exemplo, no art. 623 do nosso CPP (que trata da revisão depois de falecido o réu).

E o prof. HÉLIO TORNAGHI, em palestra proferida dia 22 de abril de 1975, em São Paulo, no encerramento da "Primeira semana de estudos policiais", com sua autoridade de ser um dos três revisores do anteprojeto de CPP, da autoria do Prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES, especificou que o novo diploma, claramente, agasalha o ponto-de-vista aqui defendido e estudado e vai mais além: o réu, querendo, poderá declarar que quer ver seu processo prosseguir, até sentença final, mesmo tendo havido uma causa de extinção de punibilidade — mesmo tendo havido a prescrição da ação — mas, esta,

fica a ele garantida em qualquer hipótese.

Aliás, quando dissemos, ao início, que fazíamos uma diferença entre prescrição pela pena *in abstracto* e pela pena *in concreto*, é porque este estudo é feito de acordo com a lei vigente. Pois, também entendemos que o mais certo seria o réu, já *garantido* pela prescrição, ter a oportunidade de *tentar* e de *perseguir* uma sentença de mérito a seu favor. Se o réu desejar, terá ele que correr este risco. Nunca haveria a reforma para pior, pois a prescrição ficaria sempre garantida.

O que não é razoável é o impedimento do acusado de tentar ser absolvido, por causa da ocorrência da prescrição, que lhe fica garantida e assegurada. Neste ponto o novo CPP, como aduzimos, autoriza a tentativa referida e o procedimento descrito.

Finalizando: na prática, vemos a determinação da Suprema Corte sendo acatada e respeitada (Rev. Crim. n. 34.534, TA Criminal de São Paulo, rel. Juiz RICARDO COUTO): "Ainda irresignado, o acusado requereu revisão do seu processo crime, objetivando a sua absolvição. Todavia, este Egrégio 2.º Grupo, não tomou conhecimento do pedido, porque com a prescrição, deixara de existir a *ação penal*. Mas assim não entendeu o Pretório Excelso, que apreciando *habeas corpus* impetrado pelo peticionário, concedeu a ordem para que este Egrégio Tribunal, tome conhecimento do pedido revisional e o julgue como lhe parecer juridicamente indicado. *É o que se faz.*" Se a segunda instância não conhecer da arguição, por estar prescrita a ação, cabem embargos de declaração para tal segundo ensina o eminente Min. THOMPSON FLORES no REG. 75.824 (RT 465/397). (Comentário de MAURO OTÁVIO NACIF).

Falsidade documental. Falsificação de carteira de habilitação de motorista. Competência da Justiça Estadual.

O TFR, por sua 3.^a Turma decidiu, no HC n. 3.293, relator o eminente Min. HENOCK REIS, que a falsificação de carteira de habilitação para conduzir veículo motorizado, embora seja carteira nacional de habilitação, é crime da competência da Justiça Estadual. A ação delituosa, realmente, não atinge bem ao interesse jurídico da União (DJ de 1.10.74, pág. 7.114).

“Habeas corpus”. Inquérito policial.

A instauração de inquérito policial não constitui constrangimento, sendo mera investigação sumária de fato que se apresenta como delituoso.

Por isso mesmo, os Tribunais têm recusado a concessão de HC para trançar inquérito policial. Há, no entanto, situações excepcionais em que a instauração do inquérito (que traz consigo inconvenientes e constrangimentos) é de tal forma abusiva e contra a lei que não pode deixar de merecer a proteção do remédio constitucional.

Já o eminente Min. OROSIMBO NONATO, no HC n. 31.977, assinalava: “A abertura de inquérito policial, em linha de princípio, não constitui coação ilegal.” Todavia acrescentava, “se o fato que constitui objeto do inquérito é irrelevante à ordem jurídico-penal, a instauração do inquérito, com os vexames e incomodidades que suscita, com reflexo na liberdade do indivíduo, pode ser impedida por via de *habeas corpus*” (RF 149/349).

Caso evidente de HC será o de instauração de inquérito em ação privada, requerido por quem não tinha qualidade para intentá-la, ou, no caso de

crime de ação pública mediante representação, na falta desta Cf. JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, *A defesa na polícia e em juízo* 1973, pág. 60.

A 1.^a C. Crim. do TJ da Guanabara, relator o eminente Des. OLAVO TOSTES, num caso que envolvia advogado, que usou documento falso fornecido pelo cliente, ameaçado de qualificação e indicição em inquérito policial, decidiu conceder a ordem de HC impetrada, “para livrá-lo de qualificação em investigação policial relativa a uso de documento falso, documento esse que o advogado recebeu do cliente e limitou-se a juntar aos autos. Quem usa documento por ordem e com procuração de outra pessoa não faz uso para benefício próprio, de modo a participar do crime que o mandante acaso haja cometido. Embora a investigação policial e mesmo a indicição não signifiquem constrangimento ilegal, em princípio, não tem a autoridade policial poder arbitrário, com a faculdade de envolver como indiciado a quem quer que seja, calcada em meras conjecturas, mormente tratando-se de advogado, para quem o vexame de tal situação representará indubitável restrição na liberdade do exercício profissional” HC n. 29.211, julgado em 7.1.74 (DO de 12.9.74). Cf., a respeito, FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n. 271.

Ofensa a Chefe de Estado estrangeiro. Crime contra a segurança nacional.

O processo contra o Dep. Francisco Pinto por ofensa ao Chefe da Junta Militar que governava o Chile, teve por base o art. 21 do DL n. 898/69, afirmando a acusação que fora praticado crime contra a segurança nacional.

Em sua decisão, o STF (Ação penal n. 219, relator o eminente Min. XAVIER

DE ALBUQUERQUE) fixou orientação importante, da qual há inúmeros precedentes na Justiça Militar, e que passa a ser incontroversa: não há ofensa como crime político se o fato não afeta a segurança nacional. Somente será reconhecível como crime contra a segurança nacional, a *ofensa subversiva*.

A *ementa* do julgado reza: “Crime de ofensa à honra de Chefe de Estado estrangeiro. Coexistindo no direito brasileiro as normas dos arts. 138, 139 e 140, em conjugação com a do art. 141, n. I do CP, e do art. 21 do DL n. 898/69, a ofensa que alguém possa irrogar a Chefe de Estado estrangeiro só será capitulada na última dessas normas se causar dano à segurança nacional ou a puser em perigo efetivo e concreto” (DJ de 17.10.74, pág. 7.669).

Veja-se sobre o assunto o *parecer* do Prof. HELENO C. FRAGOSO, publicado nesta edição, págs. 65-80.

Oficiais e praças da Polícia Militar. Competência.

Já tivemos ocasião de nos manifestar no sentido da competência da Justiça comum, para o processo e julgamento dos crimes cometidos por e contra oficiais e praças da Polícia Militar, mesmo diante das prescrições mais amplas do novo CPM, quanto à definição de crime militar (cf. RDP 9-10/99).

Em diversas decisões recentes o STF tem confirmado esse entendimento, mantendo a *Súmula* n. 297.

Assim, no julgamento do HC n. 52.329, relator o eminente Min. ANTÔNIO NEDER, a E. 2.^a Turma, por unanimidade, decidiu: “Compete à Justiça comum processar e julgar policial militar que, em diligência de policiamento civil, pratica homicídio contra pes-

soa estranha à vida militar” (DJ de 4.10.74, pág. 7.252).

No mesmo sentido, a mesma Turma decidiu no RHC n. 52.698, relator o eminente Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE: “Crime cometido por policial militar em serviço de policiamento de trânsito. Aplicação da *Súmula* n. 297, consoante precedentes do Supremo Tribunal Federal” (DJ de 4.10.74, pág. 7.252).

Ainda uma vez decidiu a Turma seguindo a mesma orientação, exatíssima, julgando o RHC n. 52.768, relator também o mesmo ilustre Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE. (DJ de 4.10.74, pág. 7.253).

Porte de substância entorpecente. Erro.

Segundo a concepção normativa da culpabilidade, que é a concepção aceita pela prática judiciária brasileira, o agente culpável é aquele imputável que obrou com dolo (ou culpa), em situação na qual lhe era exigível conduta conforme o direito. E o agente obra com dolo quando obra com consciência dos elementos factuais que integrarão o tipo (bem como as qualificativas) e consciência da ilicitude, expressando uma vontade conflitante com o direito (reprovável) que alcança igualmente todos os elementos que integrarão o tipo (bem como as qualificativas). A consciência e vontade não surgem, pois, como fenômenos estritamente psicológicos, isentos da referência normativa: a primeira é não só consciência do fato que o agente realiza, mas é também consciência da ilicitude desse fato; a segunda não é simples vontade de produzir aquele fato, mas é uma vontade significativa para o direito, é uma vontade “má”.

Se o agente não atua com a plena consciência da objetividade de sua ação,

ou seja, sem a consciência do fato que realiza, atua em erro, em erro sobre o fato, que exclui o dolo na medida em que exclui um de seus componentes.

No crime de posse de substância entorpecente, a consciência do fato é constantemente perquirida pelos tribunais: é necessário que o agente saiba que está portando substância entorpecente ou capaz de determinar dependência física ou psíquica, como se exprime a lei. No julgamento dos Embargos de Nulidade opostos na AC n. 57.935, pelas Câmaras Criminais Reunidas TJGB, afirmou-se que “não se configura o crime previsto no art. 281 do CP se o réu explica razoavelmente o porte e *ignora o conteúdo do invólucro*”. Foi relator o ilustre Des. JÔNATAS MILHOMENS (DO de 1.º.8.74, Apenso ao n. 146, III, 279).

Também no julgamento da AC n. 60.453, em 7.2.74, em acórdão que teve por relator o excepcional Magistrado que é o Des. OLAVO TOSTES FILHO, afirmou a 1.ª C.C. TJGB que “a pequena quantidade da erva” e “outras circunstâncias permitiam a insciência em que ela (acusada) afirmou estar, dessa detenção”, resolvendo a hipótese pela absolvição. (DO de 6.6.74, Apenso ao n. 107, III, 200).

O erro sobre a proibição, chamado erro de direito, deveria operar efeitos idênticos, porque quem atua desconhecendo o caráter ilícito de sua conduta atua sem consciência da ilicitude — que, segundo a doutrina prevalente na prática judiciária brasileira, é componente do dolo.

A estúpida regra do art. 16 do CP, legado indesejável do Direito romano (que, como se sabe, em todo caso abria algumas exceções) impede que seja assim. Não é oportuno, aqui, refutar a vazia argumentação da “segurança jurídica”, das “razões de ordem prática”, ou do “dever cívico de conhecer as leis”,

que buscam amparar aquela regra. É hoje universal e irreversível a tendência para reconhecer eficácia escusante ao erro de direito.

Oportuno é observar como os tribunais reagem ao absolutismo dessa regra, também com relação ao crime de posse de substância entorpecente ou causadora de dependência física ou psíquica.

Em decisão unânime, no julgamento da AC n. 2.612, o TJDF afirmou que “o erro de direito se confunde com o erro de fato quando a consciência da ilicitude do fato torna-se imprescindível para a caracterização do dolo” — ou seja, sempre. A hipótese versava sobre um “bacharel em Direito e sociólogo, de nacionalidade estrangeira, em viagem de pesquisa pelos países da América, que conduzia no interior de uma valise de mão uma grama e três centigramas de cocaína que lhe haviam sido apresentadas durante sua estada num país vizinho, a título de experiência, dentro dos padrões de cultura vigentes”. Afirma a exatíssima decisão, que teve por relator o eminente Des. DUARTE DE AZEVEDO: “A ignorância de que o ato de portar tal substância constitui crime perante a lei brasileira e o fato de o agente não haver se valido de nenhum ardil para ludibriar as autoridades do aeroporto, conduzindo-a no interior da valise que seria objeto de exame por essas mesmas autoridades, somadas às condições pessoais e à natureza da viagem do agente, induzem o julgador à absolvição do último” (DJ de 6.8.74, pág. 5.336).

Outro caso interessante foi submetido à 7.ª V. Cr. do Estado da Guanabara. Cumprindo programação cultural estabelecida entre o Brasil e a República Federal da Alemanha, o músico G. D. veio dar um concerto. Foi ele posteriormente preso, porquanto portava certa

quantidade de maconha, que alegou ter adquirido há cerca de dois meses, em Amsterdã, acrescentando que ignorava o rigor da lei brasileira quanto a mera posse, de vez que em seu país, e outros que visitava menos esporadicamente, somente o tráfico era punível.

A sentença, da lavra do culto Juiz e Prof. ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, após eruditas considerações sobre o erro de proibição, concluía, na chave da equiparação do erro de direito extrapenal ao erro de fato, por absolver o acusado, anotando: “No caso em tela, o agente houvera adquirido a substância entorpecente em Amsterdã, e chegara ao Brasil com o “visto” para uma programação cultural, sem conhecer o idioma pátrio nem os usos e os costumes de nossa gente. O dispositivo penal infringido é integrado por uma norma extrapenal e a punibilidade do viciado (no que nos rebelamos em termos de aplicação de pena privativa da liberdade, visto que entendemos caber a imposição de medida de segurança) é olvidada na maior parte das legislações penais modernas, principalmente dos povos anglo-saxões. Desta forma, o erro incidu sobre a norma extrapenal e não é possível vislumbrar no conceito do dolo do tipo que o autor tivesse consciência da antijuridicidade da ação, baseando-se inclusive na sua boa-fé, em que ao assumir a atitude mencionada informa o não querer ofender a ordem jurídica”.

Tal decisão foi reformada pela 3.ª C.C. TJGB, ao julgar a AC n. 59.620, sob o fundamento retórico de que o excepcional índice de aprimoramento cultural do agente o impediria de alegar o desconhecimento da lei, e a afirmativa temerária de que “a proibição do uso da maconha é hoje um princípio dominante, sem exceções”. Assinalou o acórdão que a confirmação do decisó-

rio inferior poderia consagrar “um sério precedente”, conferindo aos estrangeiros “um tratamento privilegiado em relação aos nacionais analfabetos ou inexperientes e incultos, espalhados pela vastidão do país”. A equidade é, com efeito, um valor em si, ainda quando se trate de distribuir igualmente a solução errada.

O STF restaurou a decisão de primeiro grau (HC n. 51.626, relator o eminente Min. THOMPSON FLORES), fazendo-o contudo por uma questão de forma. É lamentável que a Corte Suprema não tenha podido se manifestar sobre o mérito desse problema. (Nota de NILO BATISTA).

Prova. Inquérito policial militar. Insuficiência.

Afirmando a insuficiência da prova colhida em inquérito policial militar, desacompanhada de quaisquer outros elementos de convicção, o TFR, por sua 1.ª Turma, confirmou sentença absolutória, em ação penal que tinha por base o art. 316 do CP (concussão). Foi relator o eminente Min. PEÇANHA MARTINS (AC n. 2.258): “Crime do art. 316 do CP. Prova colhida em inquérito policial militar e não repetida na instrução do processo criminal. Absolvição e recurso unanimemente improvido” (DO de 14.10.74, n. 7.533).

O acórdão faz aplicação de princípio indiscutível em nosso direito. Cf. RDP 2/97; 3/100; 4/135; 6/140.

Revisão criminal. Interpretação da cláusula “decisão contrária à evidência dos autos”.

No julgamento da Rev. Crim. n. 197, as Câmaras Criminais Reunidas TAGB

debateram a cláusula “decisão contrária à evidência dos autos”, estatuinto, em conclusão, que “é a prova, em seu conjunto, que faz a decisão ser ou não ser contrária à prova dos autos”. Foi relator, por designação, o ilustre Juiz ORLANDO CARNEIRO, eis que a decisão se compôs por maioria de votos (DO de 4.3.74, III, pág. 3.701).

A decisão nos parece corretíssima.

A “evidência dos autos” só pode ser alguma coisa que resulte de uma apreciação conjunta e conjugada da prova. BORGES DA ROSA já ensinava neste sentido: “A evidência dos autos de que fala o art. 621, n. I, do CPP, é a clareza que se manifesta no conjunto dos autos, resultante do exame ou apreciação das suas diversas peças” (*Processo Penal Brasileiro*, Porto Alegre, 1942, vol. IV, pág. 66).

Assim, não basta que o decisório se firme em qualquer prova: é mister que a prova que o ampare seja oponível, formal e logicamente, às provas que militem em sentido contrário. É antiga orientação da jurisprudência que “é contra a evidência dos autos a condenação baseada em provas falsas e deficientes” (STF, RF 74/336). Essa é uma linha comum em decisões dos Tribunais: Deferre-se a revisão criminal em que se mostra ter sido a condenação baseada em prova que se mostra absolutamente duvidosa em face da prova contraditória” (RF 147/909).

Ou seja: fundar-se em prova inidônea é o mesmo que fundar-se em prova nenhuma. A apreciação globalizante dos elementos probatórios, preconizada por BORGES DA ROSA, é lição recolhida por este magnífico FREDERICO MARQUES: “Contrária à evidência dos autos é a sentença de condenação que desatende à real configuração dos fatos, por isso que se fundou em atos ou eventos não suficientemente de-

monstrados, ou que, se fossem aglutinados com adequação, imporiam sentença absolutória (...)” (in *Elementos de Direito Processual Penal*, Rio, 1965, v. IV, pág. 347).

E logo após o Mestre do processo penal brasileiro assinala que a evidência dos autos “se baseia no exame em conjunto das provas dos autos”, recomendando seu “exame e confronto, análise e conjugação” (*loc. cit.*).

Sem dúvida, parece-nos que uma decisão pode amparar-se em alguma prova, e ofender a evidência dos autos. A própria lei processual penal trabalha com a idéia de uma prova suficiente (art. 386, n. VI do CPP), sendo lógico admitir-se, pois, que não basta fundar-se a condenação em qualquer prova, e sim em qualquer prova suficiente. A partir daí, sim, cessaria a oposição da conclusão condenatória à evidência dos autos. (Nota de NILO BATISTA).

Testemunho único. Validade.

Constantemente os tribunais afirmam que já não prevalece a velha regra do *testis unus, testis nullus*. Assim ocorreu, por exemplo, no julgamento da AC n. 8.855, pela 1.ª CC TAGB, que teve por relator o ilustre Juiz ORLANDO CARNEIRO, consignando a ementa: “Ultrapassado o aforismo jurídico *testis unus, testis nullus*” (DO de 11.7.74, III, n. 10.068).

O problema merece algumas considerações.

É antiquíssima a restrição que se faz ao depoimento de uma só testemunha. A legislação de Moisés consagra nada menos que três vezes a impossibilidade de que alguém fosse condenado pela declaração de uma só pessoa:

Números, 35.30, e Deuteronômio 17.6 e 19.15. Transcrevemos o último ex-certo: “Uma só testemunha não se levantará contra alguém por qualquer iniquidade, ou por qualquer pecado, seja qual for que cometer: pelo depoimento de duas ou três testemunhas se estabelecerá o fato” (Dt. 19.15).

Essa verdade se reitera, na Bíblia, ainda em Mateus, 18.16; na segunda Epístola aos Coríntios, 13.1; na primeira Epístola a Timóteo, 5.19 e na Epístola aos Hebreus, 10.28.

A sabedoria bíblica se vê endossada, na História, por uma série de dispositivos e de opiniões. No Direito romano, encontramos a célebre passagem do Código teodosiano, XI, 39.3: “*Unius testis responsio non audiat, etiamsi praeclarae curiaehonore praeferat*”, que ressoa no Digesto (XLVII, 18.20) e no *Codex* (L. IV, 20.9.1), como lembra FLORIAN (*De las Pruebas Penales*, trad. J. GUERRERO, Bogotá, 1969, II, 218).

Não é diverso o quadro na idade média, como se pode verificar das anotações dos práticos, como JULIUS CLARUS: “*Testes singulares non sufficiunt ad plenam probationem, praesertim in causis criminalibus*” (Sent., L. V, § final, *Quaest. LIII*, n. 18).

Mais tarde, algumas leis abriram uma exceção ao princípio que remontava ao Direito romano, afirmando que em certas situações especiais, com relação ao estado e condição da testemunha, uma só voz poderia ser o suficiente. Assim, por exemplo, a *Constitutio Criminalis Carolina* (art. 91). Veja-se a candente e irrefutável crítica de MITTERMAYER, *Tratado das Provas em Matéria Criminal*, trad. A. Soares, Rio, 1909, pág. 326. Todavia, a maioria dos diplomas, sob a influência do Direito Canônico — que seguia a inspiração das passagens

bíblicas — se mantinha fiel ao princípio.

Quando do grande movimento de reforma penal, viu-se o princípio do *unus testis, nullus testis* confirmado: MONTESQUIEU, *Le Esprit des Lois*, I. L. XII, Cap. 3.

BECCARIA argumentava, numa perspectiva substancial, que “é preciso mais de uma testemunha, porquanto se um afirma e outro nega, não há nada certo, e deve prevalecer o direito que cada qual tem de ser considerado inocente” (*Dei Delitti e delle Pene*, § VIII).

É certo que, quando o regime das provas legais foi substituído pelo regime do livre convencimento, o velho princípio perdeu um pouco de sua até então amplíssima e irrefutável prevalência: mas não para todos os casos.

Se o delito está demonstrado, em sua materialidade, o depoimento de uma só testemunha pode satisfazer. Observe-se, contudo, que ele não atuou sozinho, mas complementou um quadro de provas que lhe era anterior. O mesmo se diga quando, por exemplo, a confissão do acusado corrobora a afirmação da testemunha única.

Todavia, quando a demonstração do delito e a determinação do autor — ou seja, toda a acusação — provém do depoimento singular, as reservas quanto à validade de tal prova se acham de pé. Aqui ocorre, já numa perspectiva formal irresponsível, aquela petição de princípio a que se referia MALATESTA, porque “para provar a verdade da imputação não se pode alegar o fato da imputação” (*A lógica de Provas*, trad. A. Correia, São Paulo, 1960, II, 226).

É possível, portanto, discernir duas situações. O testemunho único que complementa um quadro de provas, ainda que sob aspecto decisivo (*v. g.*,

demonstrando a autoria de um homicídio cuja existência exsurge indubitavelmente do exame de corpo de delito), pode formar prova suficiente a respeito. Todavia, quando *toda* a prova (*v.g.*, a demonstração da existência do homicídio e a designação do autor) se calcar num só depoimento, estão de pé as velhas reservas formuladas. Neste último caso, a acusação (que provém do testemunho único) estaria sendo provada com ... a própria acusação (o testemunho único), o que é logicamente inadmissível. (Nota de NILO BATISTA).

Vadiagem. Condenado foragido.

Não comete a contravenção de vadiagem réu condenado foragido, im-

possibilitado que está, pela situação jurídica em que se encontra, de obter atestado de bons antecedentes, que lhe possibilite emprego. Essa boa doutrina que corresponde a visão extremamente justa e realista foi adotada pela E. 1.^a C. Crim. do TA do antigo Estado da Guanabara, no HC n. 3.643, relator o eminente Juiz JORGE ROMEIRO:

"Segundo a jurisprudência mansa e pacífica dos nossos tribunais, o réu foragido, impossibilitado, portanto, de obter documentos para o trabalho, não pode ser processado pela contravenção de vadiagem. O direito à liberdade é assegurado pela CF (art. 153), não sancionando o nosso CP, por qualquer forma, a fuga do condenado, como se depreende do seu art. 113" (DO, de 28.5.75, pág. 3.431).

LEIS E PROJETOS

LEI N. 6.063 — DE 27 DE JUNHO DE 1974

Altera a data de entrada em vigor do Código Penal. (Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, com alterações posteriores) e dos artigos 3.º, 4.º e 5.º da Lei n. 6.016, de 31 de dezembro de 1973.

O Presidente da República

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

Art. 1.º. O Código Penal instituído pelo Decreto-lei n. 1.004 de 21 de outubro de 1969, com as alterações posteriores, bem como os artigos 3.º, 4.º e 5.º da Lei n. 6.016, de 31 de dezembro de 1973, entrarão em vigor juntamente com o novo Código do Processo Penal.

Art. 2.º. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 27 de junho de 1974.

(Publicada no DOU de 27.6.74).

SERVIÇO NACIONAL DE FISCALIZAÇÃO DA MEDICINA E FARMÁCIA PORTARIA N. 26, DE 26 DE JULHO DE 1974

O responsável pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, no uso das atribuições que lhe confere o item XX do artigo 36 do Regimento aprovado pela Portaria n. 304, de 15 de outubro de 1970, resolve baixar instruções sobre a produção, comercialização, prescrição e uso de drogas e das especialidades farmacêuticas capazes de produzir modificações das funções nervosas superiores ou por exigirem efetiva orientação médica continuada devido à possibilidade de induzirem efeitos colaterais indesejáveis.

1 — Do Receituário

1.1 — A venda direta ao público de drogas ou especialidades farmacêuticas, constante das listas ns. I e II anexas, é privativa de farmácia e de drogaria especialmente licenciada e só poderá ser feita mediante apresentação e retenção de receita prescrita por profissional devidamente habilitado.

1.2 — As receitas que incluam drogas ou especialidades farmacêuticas referidas no item 1.1 só poderão ser aviadas quando:

a) prescritas por médico, cirurgião-dentista ou médico veterinário devidamente habilitado;

b) escritas em talonário de receituário do profissional, onde constem o seu nome, o número de sua inscrição no respectivo Conselho Profissional e os endereços de seu consultório e/ou residência;

c) constarem o nome completo do paciente, sua residência e modo de usar o medicamento prescrito, data e assinatura autógrafo do profissional;

d) escritas legivelmente em português, por extenso, a tinta e do próprio punho;

e) as quantidades forem prescritas em algarismos arábicos e por extenso;

f) as quantidades prescritas no receituário magistral obedecerem, ainda, as unidades legais de medidas vigentes no país;

g) em se tratando de animal, a indicação da espécie, peso e outras características, local em que se encontra, nome e endereço do respectivo proprietário, além dos demais requisitos indicados nas letras a, b, c, *in fine*, d, e e f.

1.3 — Em casos de emergência e na falta do documento indicado na letra b do item anterior, a receita poderá ser prescrita em outro papel, desde que o profissional inscreva todos os dados pertinentes ao assunto e indique o caráter de emergência do atendimento.

1.4 — Nos estabelecimentos hospitalares ou para-hospitalares médicos ou veterinários, oficiais, particulares ou beneficentes, somente poderão ser fornecidos medicamentos constantes das listas anexas aos pacientes internados, em regime de semi-internato ou em tratamento ambulatorial mediante receita subscrita em papel privativo do estabelecimento, por profissional em exercício do mesmo ou que comprove sua condição de assistente, obedecendo ainda os requisitos do item 1.2 desta Portaria.

1.5 — De cada receita deverá constar exclusivamente uma só formulação da especialidade farmacêutica constante das listas anexas a esta Portaria.

1.6 — A quantidade prescrita em cada receita é de absoluta responsabilidade do profissional que a subscreve.

1.7 — As receitas de que trata a presente Portaria terão a validade de 30 (trinta) dias a contar da data de sua emissão.

1.8 — A prescrição por cirurgião-dentista de especialidades farmacêuticas incluídas nesta Portaria deve obedecer ao que determinam os itens I e II, do artigo 6.º da Lei n. 5.081 de 24 de agosto de 1966.

1.9 — O receituário magistral com droga enquadrada nesta Portaria só poderá ser, no máximo, em dose estabelecida para consumo em 72 (setenta e duas) horas.

1.9.1 — Para quantidades maiores será exigido, na receita, o visto prévio da autoridade fiscalizadora competente.

1.10 — É permitida aos estabelecimentos de pesquisa e/ou ensino, oficiais ou particulares, a utilização, para essas finalidades de drogas e especialidades farmacêuticas enquadradas nesta Portaria, mediante autorização especial do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia do Plano integral de pesquisa a ser realizada.

1.10.1 — O manuseio de drogas e produtos de que trata este artigo, somente poderá ser dito pelos pesquisadores e no local da pesquisa indicados no plano.

1.10.2 — O Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia enviará ao órgão congênere competente a cópia do plano de pesquisa aprovado para ciência e o devido controle.

2 — Da Escrituração

2.1 — As empresas industriais farmacêuticas que manipulem drogas de que trata esta Portaria deverão registrar, em livro próprio ou em ficha autenticados pela autoridade sanitária fiscalizadora competente, todas as operações que com elas venham a fazer, incluindo o estoque do produto acabado.

2.2 — As farmácias, drogarias, depósitos de drogas, representantes e distribuidores de empresas industriais farmacêuticas bem como os importadores e exportadores deverão registrar, em livro próprio ou ficha, autenticados pela autoridade sanitária fiscalizadora competente, todas as aquisições, operações e vendas de drogas e especialidades farmacêuticas incluídas nas relações que acompanham esta Portaria.

2.3 — É dispensada a transcrição no livro de receituário das receitas aviadas com especialidades farmacêuticas constantes desta Portaria, quando já transcritas no livro próprio ou em ficha, com todas as características para sua perfeita identificação.

2.4 — Quando houver registro em livro de receituário, basta fazer, no livro próprio ou na ficha, referência ao número desse registro e à quantidade total de unidades fornecidas.

2.5 — As receitas ficarão arquivadas, em ordem cronológica, nos próprios estabelecimentos para conferência e visto da autoridade sanitária competente, pelo prazo de 1 (um) ano, findo o qual poderão ser inutilizadas.

2.6 — Os estabelecimentos hospitalares (hospitais, casas de saúde, clínicas e congêneres) deverão registrar, em livro próprio ou ficha, todas as aquisições, operações e aplicações que fizerem de drogas e produtos de que trata esta Portaria.

2.6.1 — A responsabilidade desse registro ficará a cargo do Diretor do estabelecimento legalizado perante os órgãos de fiscalização sanitária local, quando a unidade hospitalar for desprovida de farmácia privativa.

2.7 — O responsável pelo plano integral de pesquisa, previsto no subitem 1.10 será também o responsável pelo controle, fiscalização e escrituração das drogas e produtos autorizados para a pesquisa, obedecidas as instruções e demais normas pertinentes em vigor ou que vierem a ser baixadas, ficando sujeito ainda, a prestar qualquer informação que lhe for solicitada pela autoridade sanitária fiscalizadora competente.

2.8 — Nas transações comerciais entre indústrias, comerciantes, estabelecimentos hospitalares e para-hospitalares, de ensino e organizações de assistência médica é obrigatório, na extração de notas fiscais, relacionar em separado, em destaque, na mesma nota, o nome das drogas ou especialidades farmacêuticas sobre as quais incidam as exigências desta Portaria, bem como o arquivamento.

mento de uma via da respectiva nota fiscal que ficará à disposição das autoridades sanitárias fiscalizadoras pelo prazo de 1 (um) ano.

2.8.1 — As empresas que disponham de contabilidade mecânica é facultado o relacionamento diário do número das notas fiscais relativas aos produtos farmacêuticos sobre os quais incidam as exigências desta Portaria, em substituição às notas fiscais.

3 — Apresentação e Embalagem

3.1 — A apresentação das especialidades farmacêuticas, constantes da lista n. II, desta Portaria, obedecerá a seguinte padronização:

a) as preparações injetáveis terão sua denominação e o teor do componente básico gravados no vidro e serão acondicionadas em caixas contendo 5 (cinco), 10 (dez) ou 15 (quinze) ampolas com a dose correspondente, quando destinadas à venda ao público e 25 (vinte e cinco) 50 (cinquenta) ou 100 (cem) quando destinadas às organizações hospitalares e para-hospitalares;

b) as especialidades farmacêuticas em forma sólida, serão acondicionadas, em embalagens que as caracterizem para venda ao público na quantidade de 20 (vinte) unidades farmacotécnicas em se tratando de comprimidos, drágeas, cápsulas e pílulas e na de 5 (cinco) unidades quando em supositório e, ainda, quando, destinadas às organizações hospitalares e para-hospitalares na de 50 (cinquenta), 100 (cem) e 200 (duzentas) unidades farmacotécnicas;

c) as especialidades farmacêuticas de uso oral sob a forma de pó ou granulado, serão acondicionadas em embalagens que as caracterizem nas quantidades correspondentes à substância ativa, equivalente a 10 (dez) ou 20 (vinte) comprimidos, quando destinadas à venda ao público e a 100 (cem) comprimidos quando destinadas a organizações hospitalares e para-hospitalares;

d) as especialidades farmacêuticas, em forma líquida, para uso oral serão apresentadas em volume de 100 (cem) e 200 (duzentos) ml e em volume de 20 (vinte) ml quando em frasco conta-gotas;

e) fica a critério do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia fixar a quantidade para cada embalagem de produto de uso tópico.

3.2 — As especialidades farmacêuticas incluídas nesta Portaria, licenciadas com indicação específica de anticonvulsivantes poderão ter embalagens com acondicionamento de 100 (cem) unidades farmacotécnicas para venda ao público e de 500 (quinhentas) unidades para embalagem hospitalar.

3.3 — Nos rótulos e envoltórios dos produtos incluídos nas listas em anexo, além das exigências de licenciamento já previstas, deverão ser impressos os seguintes dizeres: "Venda sob Receita Médica — Sujeita à Retenção".

3.3.1 — Fica concedido o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para cumprimento pela empresa industrial farmacêutica das exigências dos itens 3.1, 3.2 e 3.3.

3.4 — Não constitui infração ao item 3.3.1 desta Portaria a falta do cumprimento desse dispositivo em especialidades em cujo rótulo já constarem as expressões anteriormente exigidas, que determinavam a obrigatoriedade de retenção da receita.

3.5 — Os fabricantes de especialidades farmacêuticas só agora incluídas no regime de venda sob retenção de receita, deverão comunicar ao Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia e ao órgão congênere estadual, territorial ou do Distrito Federal conforme sua localização, o número da última partida exposta à venda sem a obrigatoriedade prevista nos itens 3.1, 3.2 e 2.3.

4 — Das Amostras

4.1 — Somente mediante controle das autoridades sanitárias federais, estaduais e territoriais competentes será permitida a distribuição de amostras das especialidades farmacêuticas constantes desta Portaria e nas eventualidades abaixo relacionadas:

a) a pedido específico do médico, cirurgião-dentista ou médico veterinário, emitido em talonário de receituário do profissional com data e assinatura autógrafa do mesmo, e até o limite de quatro embalagens oficiais de amostras por pedido;

b) para fins de clínica, em estabelecimentos hospitalares e para-hospitalares, executada sob a responsabilidade de profissional habilitado e na dependência de plano específico visado pelo Diretor do estabelecimento previamente aprovado pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia.

4.2 — Nos rótulos e envoltórios das amostras deverão constar os seguintes dizeres: "Produto Sujeito à Restrição de Venda e Uso".

4.3 — As empresas industriais farmacêuticas e demais estabelecimentos que efetuam a distribuição de amostras das especialidades farmacêuticas constantes desta Portaria ficam obrigados a registrar em livro próprio ou fichas, a referida distribuição.

4.3.1 — Os comprovantes de distribuição de amostras serão retidos pelo estabelecimento distribuidor pelo prazo de 1 (um) ano, para conferência e visto da autoridade sanitária competente.

4.3.2 — A nota fiscal de remessa servirá como prova de devolução do comprovante devidamente assinado pelo médico, cirurgião-dentista ou médico veterinário.

4.4 — Fica concedido o prazo de 90 (noventa) dias para cumprimento das exigências referentes à distribuição de amostras, pela empresa industrial farmacêutica.

5 — Das Disposições Gerais

5.1 — Deverá ser comunicado ao Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia e à respectiva autoridade sanitária estadual, territorial e do Distrito Federal, o início ou qualquer cessação de fabrico e venda de produtos enquadrados nas exigências desta Portaria, incluindo o número da última partida fabricada até 30 (trinta) dias após o término de fabrico ou venda.

5.2 — O não cumprimento das exigências desta Portaria constituirá infração sanitária de acordo com o disposto no Decreto-lei n. 785, de 25 de agosto de 1969, punível com as penalidades nele previstas.

5.13 — Esta Portaria entrará em vigor na data de sua publicação. — *Dagoberto M. de M. Chaves*, Responsável pelo S.N. F.M.F.

Calude — Carbam — Catron — Clonix — Clordiazepóxido (qualquer forma farmacêutica e fabricante) — Clorprazin — Clorpromazina (qualquer forma farmacêutica e fabricante) — Clorprasin — Simples — Comprimidos de Dietipropiona "Paulifarma" — Concordin — Corpobel — Corporex — Cosmorax — Cosmosedin — Covatin — Cuait-D — Cuait-N — Daforin — Dalmodorm — Dardanin — Deastil — Dedalen — Delgar — Deprex — Dedromat — Deserila — Desobesi — Desobesi M — Despertil — Dextropropoxifeno (qualquer forma farmacêutica e fabricante) — Dialor — Diamicil — Dianorex — Diapason — Diatrex — Diatrex AP — Daizelin — Diazelong — Diazepam (qualquer forma farmacêutica e fabricante) — Diazetard — Dienpax — Dienpax AP — Diepin — Diestren — Dietex — Dimagrin — Dinamagra AP — Dipiperon — Ditisian — Dobesix LP — Dogmalid — Dogmatil — Doloxene (solução injetável) — Doloxone H (solução injetável) — Dominal — Dorevane — Doriden — Dormex — Doxepina (qualquer forma farmacêutica e fabricante) — Drimuel — Droperidol — Eglonyl — Elegatin — Elepsin — Elmonal — Elmonal GEL — Emagrecil — Emagril — Emagrin — Emotil — Empax — Epilpax — Equilid — Equilipan — Ergotonil — Esbeltina — Esbeltrat — Esucós — Etumina Wander — Euforil — Evadyne — Eventin — Farmoglan — Fastinan — Fastinan AP — Fatinil — Fatinil AP — Fencanfamina (qualquer forma farmacêutica e fabricante) — Fenidex — Fenidex AP — Fenobarbital — qualquer forma farmacêutica e fabricante — Fenorex — Fenorex AP — Fenproporex (qualquer forma farmacêutica e fabricante) — Fenproxin — Fidepax — Flobesin — Fluothane — Flupsixol — Flurazepol — Fomenon — Fortzepam — Frenafom — Frenquei — Frumidan — Ftalimidoglutarimida (qualquer forma farmacêutica e fabricante) (Talidomida) — Gamafenil — Gamaquil — Gardenal — Gardenal Pediátrico — Gardenalinas — Gentaplexin — Gulastop — Haloperidol — Halotano — Halothane (Ayest Líquido Anestésico) — Hartol — Hastil — Helmitan — Hibernil — Hidropan — Hipnax — Hipofagin — Horminal — Hypnolon — Ifag — Imipramina (qualquer forma farmacêutica e fabricante) — Imiprax — Indenil — Indunox — Inibex — Inobesin — Inobesin AP — Insidon — Insonium — Isodepril — Izoazina — Jesal — Kalmoxil Kaze — pan — Kelene — Ketalar — Kiatrium — Kondoxan — Lepenil — Levanxol — Levil — Levil Pediátrico — Lexotan — Lexotan (Suspensão Pediátrico) — Librium — Lidamar — Lidepran — Limbritol — Linopen — Linopen AP — Lipenan AP — Lipese — Lipex — Lipidin — Lipoclase — Lipoclasse AP — Lipoex — Lipogen — Lipograssil — Lipolin — Lipolin AP — Lipolisine — Lipolisine AP — Lipomax — Lipomax AP — Lipoplex — Liporex — Liporexin — Lipostil — Lipostil AP — Lipovita — Lipovita AP — Lipozid — Liporex Lisalipol — Lisemex — Lisozezan — Lística — Lorax — Lorazam — Larazepam (qualquer forma farmacêutica e fabricante) — Lorenpax — Loril — Lotawin — Luciomil — Luminal — Luminaletas — Lunipax — Luzepin — Medalen — Madar — Magrene — Magress — Majeptil — Mandrix — Marplon — Maxipas — Maxizepan — Medaciteno — Medalium — Medazen — Medazepam (qualquer forma farmacêutica e fabricante) — Medazepol — Medazepol AP — Medazon — Melleril — Melleril Pediátrico — Melleril 200 Retard — Melpazil — Meprobal — Meprobamato (qualquer forma farmacêutica e fabricante) — Meprofenil — Meprolen — Mepromas — Meproneuran — Meproneu-

ran com Fenobarbital — Meprosan — Meprosay — Meprosedan — Meprosin — Meprosin Pediátrico — Mequalon — Messápia — Metagen — Metarela — Metolil — Metolil A — Metolil S — Metolil T — Mezepan — Miltown — Manifage — Ministran — Miolaxene — Miorel — Miorela — Modelin — Moderafom — Moderakid — Moderamina — Moderan AP — Moderape e AP — Moderasin — Moderat — Moderex — Moderil — Moderino — Modocy — Modul — Mogadon — Motival Drágeas "Filmlok" — Motivina — Muconil — Mutabon — Mutabon A — Mutabon D — Nardil — Natishedine — Navane — Negatan — Negatan AP — Neostress — Neozine — Neozine Pediátrico — Nervium — Neuleptil — Neuleptil Pediátrico — Neurap — Neurazon — Nenriplex — Neuritex — Neurium — Neurocontrol — Neurominal — Neuroplegine — Neurozulin — Naimid — Naimid Parenteral em pó — Nilipoid AP — Nirvalene — Nitrazepam (qualquer forma farmacêutica e fabricante) — Nitrazepol — Nitrenpax — Nivelstress — Nivelstress Retard — Noan — Noan AP — Noansied — Nobese — Nobrezepam — Nobrium — Noctazepam — Noludar — Norexil — Norexon — Norexon Retard — Notaral — Novapirid — Novazepam — Noveril Wander — Nubarene — Oasil-Simes — Obelex — Obenil — Obsitol — Obesonon — Obex — Oblivon — Odocilin — Onirium — Orap — Oxabril — Oxatrat — Oxazelin — Oxazepam (qualquer forma farmacêutica e fabricante) — Oxazepol — Pacatal — Pacienx — Pacintran (Ação prolongada) — Pacintran N (Ação prolongada) — Pacintran DN (Ação prolongada) — Pansedans — Pantogenina — Parnate — Pasaden — Paxate — Paxton — Pentrane — Perfenazina (qualquer forma farmacêutica e fabricante) — Pertofran — Pesex — Pesex AP — Pesonex — Placimin — Plaxana — Plegicil — Ponderex — Ponderex AP — Ponderil — Pondinol "Roche" — Ponil — Ponsital — Prolinan — Promazionon — Promilene — Propiofen — Proporex — Proporex AP — Proteuforil — Prozeppin — Psicobione — Psicodin — Psicofar — Psicolatil — Psicopax — Psicoplex — Psicossedin — Psicossedin 5 mg Infantil — Psiquium — Quantril — Quetil — Quipax — Randolectil — Raupentin — Redulip — Redux — Redufoine — Regim — Regimên — Relaxan — Relaxil — Relax-Pam — Repesan — Reprimil — Reverax — Renoval — Rivotril — Robaxim — Samida de Angeli — Saninger — Sedacalm — Sedav — vier — Sedax — Sedolin — Sedomepril — Sedotex — Semap — Serenex — Serenium — Sevinol — Sevinol Reptabs — Sicomatil — Siledin — Sinequan — Sintomax — Sintonan — Siplarol — Siquil — Sofrosine — Sonebon — Sonex — Sonin — Sonipam — Sonium — Sonoasil — Sonobel — Sonopax — Sonotal — Sonotrat — Stabilin — Stelapar n. 1 — Stelapar n. 2 — Stelazine — Stenorol — Striatan c — Sulpiride (qualquer forma farmacêutica e fabricante) — Sulpiril — Sultranquim — Suprefon Surmontil — Tacital — Takan — Tementil — Temiran — Temiran Dospan — Tempase — Tensil — Tensober — Tensocrou — Tensolisin — Tenzepam — Tetracloretileno (qualquer forma farmacêutica e fabricante) — Tofranil — Tombran — Trancalmat — Tranil — Tranquix — Tranquil — Tranquilan — Tranquilase — Tranquilid — Tranquilin — Tranquimax — Tranquisan — Tranquix — Tranxilene — Tricioril — Triexifenidil (qualquer forma farmacêutica e fabricante) — Trifluoperazina (qualquer forma farmacêutica e fabricante) — Triflupromazina (qualquer forma farmacêutica e fabricante) — Trilafon — Trilafon Reptabs — Tri-

lene — Triperidol — Tryptanol — Ultrazepam — Usempax — Usempax (Ação prolongada) — Vaginal — Valium — Vate — Vermucina — Viadril — Vividyl (Cloridrato de Nortriptilina, Lilly) — Vividyl, Nortriptilina, Lilly (em forma de cloridrato) — Vividyl — Zepanil — Zepased.
(Publicada no DO de 14.10.74).

LEI N. 6.091 — DE 16 DE AGOSTO DE 1974

Dispõe sobre o fornecimento gratuito de transporte, em dias de eleição, a eleitores residentes nas zonas rurais, e dá outras providências.

O Presidente da República.

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

Art. 1.º. Os veículos e embarcações devidamente abastecidos e tripulados, pertencentes à União, Estados, Territórios e Municípios e suas respectivas autarquias e sociedades de economia mista, excluídos os de uso militar, ficarão à disposição da Justiça Eleitoral para o transporte gratuito de eleitores em zonas rurais, em dias de eleição.

§ 1.º. Excetuam-se do disposto neste artigo os veículos e embarcações em número justificadamente indispensável ao funcionamento de serviço público insuscetível de interrupção.

§ 2.º. Até quinze dias antes das eleições, a Justiça Eleitoral requisitará dos órgãos da administração direta ou indireta da União, dos Estados, Territórios, Distrito Federal e Municípios os funcionários e as instalações de que necessitar para possibilitar a execução dos serviços de transporte e alimentação de eleitores previstos nesta Lei.

Art. 2.º. Se a utilização de veículos pertencentes às entidades previstas no art. 1.º não for suficiente para atender ao disposto nesta Lei, a Justiça Eleitoral requisitará veículos e embarcações a particulares, de preferência os de aluguel.

Parágrafo único. Os serviços requisitados serão pagos, até trinta dias depois do pleito, a preços que correspondam aos critérios da localidade. A despesa correrá por conta do Fundo Partidário.

Art. 3.º. Até cinquenta dias antes da data do pleito, os responsáveis por todas as repartições, órgãos e unidades do serviço público federal, estadual e municipal oficiarão à Justiça Eleitoral, informando o número, a espécie e lotação dos veículos e embarcações de sua propriedade, e justificando, se for o caso, a ocorrência da execução prevista no § 1.º do art. 1.º desta Lei.

§ 1.º. Os veículos e embarcações à disposição da Justiça Eleitoral deverão, mediante comunicação expressa de seus proprietários, estar em condições de ser utilizados, pelo menos, vinte e quatro horas antes das eleições e circularão exibindo de modo bem visível, dístico em letras garrafais, com a frase: "A serviço da Justiça Eleitoral."

§ 2.º. A Justiça Eleitoral, à vista das informações recebidas, planejará a execução do serviço de transporte de eleitores e requisitará aos responsáveis pelas repartições, órgãos ou unidades, até trinta dias antes do pleito, os veículos e embarcações necessários.

Art. 4.º. Quinze dias antes do pleito, a Justiça Eleitoral divulgará, pelo órgão competente, o quadro geral de percursos e horários programados para o transporte de eleitores, dele fornecendo cópias aos partidos políticos.

§ 1.º. O transporte de eleitores somente será feito dentro dos limites territoriais do respectivo município e quando das zonas rurais para as mesas receptoras distar pelo menos dois quilômetros.

§ 2.º. Os partidos políticos, os candidatos, ou eleitores em número de vinte, pelo menos, poderão oferecer reclamações em três dias contados da divulgação do quadro.

§ 3.º. As reclamações serão apreciadas nos três dias subseqüentes, delas cabendo recurso sem efeito suspensivo.

§ 4.º. Decididas as reclamações, a Justiça Eleitoral divulgará, pelos meios disponíveis, o quadro definitivo.

Art. 5.º. Nenhum veículo ou embarcação poderá fazer transporte de eleitores desde o dia anterior até o posterior à eleição, salvo.

I — a serviço da Justiça Eleitoral;

II — coletivos de linhas regulares e não fretados;

III — de uso individual do proprietário, para o exercício do próprio voto e dos membros da sua família;

IV — o serviço normal, sem finalidade eleitoral, de veículos de aluguel, não atingidos pela requisição de que trata o art. 2.º.

Art. 6.º. A indisponibilidade ou as deficiências do transporte de que trata esta Lei não eximem o eleitor do dever de votar.

Parágrafo único. Verificada a inexistência ou deficiência de embarcações e veículos, poderão os órgãos partidários ou os candidatos indicar à Justiça Eleitoral onde há disponibilidade para que seja feita a competente requisição.

Art. 7.º. O eleitor que deixar de votar e não se justificar perante o Juiz Eleitoral até sessenta dias após a realização da eleição incorrerá na multa de três a dez por cento sobre o salário mínimo da região, imposta pelo Juiz Eleitoral e cobrada na forma prevista no art. 367, da Lei 4.737, de 15 de julho de 1965.

Art. 8.º. Somente a Justiça Eleitoral poderá, quando imprescindível, em face da absoluta carência de recursos de eleitores da zona rural, fornecer-lhes refeições, correndo, nesta hipótese, as despesas por conta do Fundo Partidário.

Art. 9.º. É facultado aos Partidos exercer fiscalização nos locais onde houver transporte e fornecimento de refeições a eleitores.

Art. 10. É vedado aos candidatos ou órgãos partidários, ou a qualquer pessoa, o fornecimento de transporte ou refeições aos eleitores da zona urbana.

Art. 11. Constitui crime eleitoral:

I — descumprir, o responsável por órgão, repartição ou unidade do serviço público, o dever imposto no art. 3.º, ou prestar informação inexata que vise a elidir, total ou parcialmente, a contribuição de que ele trata:

Pena — detenção de quinze dias a seis meses e pagamento de 60 a 100 dias-multa;

II — desatender à requisição de que trata o art. 2.º;

Pena — pagamento de 200 a 300 dias-multa além da apreensão do veículo para o fim previsto;

III — descumprir a proibição dos arts. 5.º, 8.º e 10;

Pena — reclusão de quatro a seis anos e pagamento de 200 a 300 dias-multa (art. 302 do Código Eleitoral);

IV — obstar, por qualquer forma, a prestação dos serviços previstos nos arts. 4.º e 8.º desta Lei, atribuídos à Justiça Eleitoral;

Pena — reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos;

V — utilizar em campanha eleitoral, no decurso dos 90 (noventa) dias que antecedem o pleito, veículos e embarcações pertencentes à União, Estados, Territórios, Municípios e respectivas autarquias, sociedades de economia mista;

Pena — cancelamento do registro do candidato ou de seu diploma, se já houver sido proclamado eleito.

Parágrafo único. O responsável, pela guarda do veículo ou da embarcação, será punido com a pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e pagamento de 60 (sessenta) a 100 (cem) dias-multa.

Omissis

Art. 27. Sem prejuízo do disposto no inciso XVII do artigo 30 do Código Eleitoral (Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965), o Tribunal Superior Eleitoral expedirá, dentro de 15 dias da data da publicação desta Lei, as instruções necessárias a sua execução.

Art. 28. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 15 de agosto de 1974; 153.º da Independência e 86.º da República. (Publicada no DOU de 15.8.74).

LEI N. 6.174, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1974

Dispõe sobre a aplicação do disposto nos arts. 12, alínea a, 339, do Código de Processo Penal Militar, nos casos de acidente de trânsito, e dá outras providências.

O Presidente da República,

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

Art. 1.º O disposto nos artigos 12, alínea a, e 339, do Código de Processo Penal Militar, nos casos de acidente de trânsito, não impede que a autoridade ou agente policial possa autorizar, independente de exame local, a imediata remoção das vítimas, que estiverem no leito da via pública e com prejuízo de trânsito.

Parágrafo único. A autoridade ou agente policial que autorizar a remoção facultada neste artigo lavrará boletim, no qual registrará a ocorrência com todas as circunstâncias necessárias à apuração de responsabilidades, e arrolará as testemunhas que a presenciaram, se as houver.

Art. 2.º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 9 de dezembro de 1974; 153.º da Independência e 86.º da República. (Publicada no DO de 11.12.74).

ÍNDICE ALFABÉTICO DOS

NÚMEROS 5 a 15/16

(1972/1974)

DOCTRINA

Alcides Munhoz Neto — Criminosos habituais e por tendência	15-16/18
Claus Roxin — A culpabilidade como critério limitativo da pena ..	11-12/7
Enrique Bacigalupo — A personalidade e a culpabilidade na medida da pena	15-16/34
Enrique Cury — Culpabilidade e criminologia	5/18
— Contribuição ao estudo da pena	11-12/21
Giuseppe Bettiol — Estado de Direito e <i>Gesinnungsstrafrecht</i>	15-16/7
Hans-Heinrich Jescheck — O objeto do Direito Penal Internacional e sua mais recente evolução	6/7
Hans Welzel — A dogmática no Direito Penal	13-14/7
Heleno Cláudio Fragoso — Crimes contra a pessoa. Crimes contra a vida. Homicídio	5/25
— Genocídio	9-10/27
— Provocação ou auxílio ao suicídio	11-12/35
— Apoderamento ilícito de aeronaves	13-14/13
(Relator) — Os ilícitos penais de trânsito e sua repressão	7-8/7
Jackson Toby — A punição é necessária?	13-14/41
Juarez Tavares — Espécie de dolo e outros elementos subjetivos do tipo	6/21
L. H. Hulsman — Descriminalização	9-10/7
Luiz Alberto Machado — Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta	7-8/37
Manoel Pedro Pimentel — Delito e reparação do dano, no anteprojeto do Código Civil brasileiro	6/40
Nilo Batista — Consideração em torno dos crimes de insurreição e conspiração no direito brasileiro	5/49
— Notas sobre deformidade permanente	9-10/37
— Algumas palavras sobre descriminalização	13-14/28
Raphael Cirigliano F.º — Crime putativo	6/31
Sebastián Soler — Causas de justificação da conduta	5/7

PARECERES

Heleno Cláudio Fragoso — Ofensa a chefe de Estado estrangeiro. Imunidade parlamentar. Crime contra a segurança nacional ..	15-16/65
José Frederico Marques — Competência para julgamento de membros de M.P. acusados de crimes contra a União	7-8/87
Roberto Lyra — Direito penal financeiro. Estelionato. Falsidade ideológica	5/71
— Responsabilidade penal do tabelião. Direito Penal Especial ..	5/77
— O crime de concussão no Direito Comum e no Direito Militar	6/65

— Tentativa de homicídio. Desistência voluntária. Outros aspectos	
— O crime de defraudação de penhor	7-8/59
Victor Nunes Leal — Competência para julgamento de membros do M.P. acusados de crimes contra a União	7-8/65

COMENTARIOS E COMUNICAÇÕES

Aldebaro Cavaleiro Macedo Klautau — Terminologia jurídico-penal no Código brasileiro de 1969	5/81
Antônio Acir Breda — Notas sobre o anteprojeto de Código de Processo Penal	11-12/49
Evandro Lins e Silva — A apelação criminal ex officio e a nova lei sobre entorpecentes	7-8/95
— A liberdade provisória no Processo Penal	15-16/45
Gilberto de Macedo — Crime. Sociedade. Cultura	6/95
João Mestieri — Os rumos da criminologia	6/90
Jorge Alberto Romeiro — Subsídios para o futuro Código de Processo Penal	13-14/53
Juarez Cirino dos Santos — Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico	15-16/51
Laércio Pellegrino — Vitimologia	9-10/55
Miguel Reale Júnior — Crime de embriaguez ao volante	6/81
Sérgio Demoro Hamilton — A adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada no anteprojeto do Código de Processo Penal	9-10/49
— A forma acusatória pura, uma conquista do anteprojeto	13-14/64
Waldemir de Oliveira Lins — Da função do Ministério Público na repressão do crime	6/65
Yolanda Catão — Notas sobre a punição do adultério e desminalização	13-14/68

RESENHA BIBLIOGRAFICA

Abstracts on Criminology and Penology — vol. 13 — H.C.F.	9-10/69
Abstracts on Criminology and Penology — vol. 14 — H.C.F.	13-14/125
Alípio Silveira — Prisão albergue, teoria e prática — René Ariel	13-14/93
Aloísio Sayol de Sá Peixoto — Casos concretos de Direito Penal e Processo Penal — Nilo Batista	15-16/115
Alvaro Mayrink da Costa — Exame criminológico — Luiz Alberto Machado	9-10/73
Anibal Bruno e Nilo Batista — Teoria da Lei Penal — Luiz Vicente Cernicchiaro	15-16/104
Antonio Bascuñan Valdes e outros — La Responsabilidad Penal del Menor — H.C.F.	15-16/106
Antônio de Brito Alves — Habeas corpus — H.C.F.	11-12/82
Attica — The Official Report of the New York Special Commission on Attica — Yolanda Catão	15-16/97
Azevedo Franceschini — Tóxicos — Manoel Pedro Pimentel ..	9-10/75
Bernard Morice — Les Procés de Haute Justice au Palais de Luxembourg — H. C. F.	9-10/70

Carlo Giffredi — I Principi del Diritto Penale Romano — Luiz Alberto Machado	6/118
Carlos Alberto de Bulhões Mattos — Um erro notável (Nova teoria do cheque sem fundos) Nilo Batista	15-16/103
Ciência Penal, 1 — Nilo Batista	11-12/91
Ciência Penal, 2 — Luiz Alberto Machado	13-14/130
Ciência Penal, 3 — H.C.F.	15-16/107
Claus Roxin — Política Criminal y Sistema del Derecho Penal — H. C. F.	7-8/104
Código de Processo Penal Organizado — Marcus Claudio Acquaviva e Juarez de Oliveira — Nilo Batista	5/122
Código Penal Organizado — Marcus Claudio Acquaviva e Juarez de Oliveira — Nilo Batista	5/121
Código Penal — H. C. F.	13-14/125
Criminal Law Revision Committee — Eleventh Report Evidence — H. C. F.	9-10/71
Criminalia — Ano XXXVIII, ns. 9 e 10 — Nilo Batista	7-8/104
Damásio E. de Jesus — Direito Penal, Introdução e parte geral — Raphael Cirigliano Filho	15-16/115
Daniel Callahan — Abortion — H. C. F.	11-12/85
Delinqüência Juvenil na Guanabara, Juizado de Menores — Yolanda Catão	9-10/76
Dorado Montero — Bases para um nuevo Derecho Penal — H. C. F.	15-16/109
Eliézer Rosa — Dicionário de Processo Penal — Nilo Batista	15-16/108
Enrique Cury — Orientación para el Estudio de la Teoria del delito — Nilo Batista	11-12/93
Études Sur la Conduite Antisociale — Acta Criminológica — Yolanda Catão	15-16/120
Fernando da Costa Tourinho Filho — Processo Penal — Hortêncio Catunda de Medeiros	15-16/105
Fernando Whitaker de Cunha — Estudos de Direito Penal — Nilo Batista	6/117
First Special Report to the Congress on Alcohol and Health — H. C. F.	7-8/103
Frederico Estrada Velez — Manual de Derecho Penal — Nilo Batista	11-12/79
Günther Stratenwerth — Strafrecht, Allgemeiner Teil — H. C. F.	11-12/88
Hélio Sodré — Tóxicos, a nova lei — Nilo Batista	5/118
Hermano Londono Jiménez — De la captura a la excarcelación — Nilo Batista	15-16/103
Hermínio A. Marques Porto — Júri — H. C. F.	7-8/106
J. Didier Filho — Aplicações do Direito Penal — Nilo Batista	11-12/81
Jean-Marc Varaut — La prison, pour quoi faire? H. C. F.	13-14/87
J. L. V. de Azevedo Franceschini — Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo — H. C. F.	15-16/109
João Claudino de Oliveira e Cruz — Tráfico e uso de entorpecentes — G. de A.	11-12/90
João Mestieri — Teoria Elementar do Direito Criminal — Nilo Batista	5/121

Joaquim Canuto Mendes de Almeida — Princípios fundamentais do Processo Penal — Marcelo Fortes Barbosa	13-14/88
José Antônio Pereira Ribeiro — Fraude e estelionato — G. A. P.	9-10/81
José Barcelos de Souza — A defesa na polícia e em juízo — G. de A. — Do arquivamento Nilo Batista	11-12/83 15-16/119
José Rafael Mendonça Troconis — Curso de Derecho Penal Venezolano — Nilo Batista	5/122
José Salgado Martins — Direito Penal — Nilo Batista	13-14/124
Josefina Figueira — Menores infratores da Guanabara — Yolanda Catão	15-16/111
L'Indice Penale — ed. Cedam, Pádua — Nilo Batista	5/123
Lauro de Almeida — Código Penal alemão (tradução) — H. C. F.	15-16/118
Lúcio Eduardo Herreira — El error en materia penal — Nilo Batista	13-14/119
Luiz Dória Furquim — Aspectos da culpabilidade do Novo Código Penal — Everardo da Cunha Luna	11-12/90
Manoel Pedro Pimentel — Estudos e pareceres de Direito Penal — H. C. F.	13-14/87
Marc Kunstlé-Claude Vincent — Le crepuscule des prisons — H. C. F.	11-12/85
Maria Lucila Milanesi — O aborto provocado — H. C. F.	15-16/116
Maximilianus Cláudio Américo Fuhrer — Crimes falimentares — Nilo Batista	13-14/91
Miguel Reale Jr. — Antijuridicidade concreta — Manoel Pedro Pimentel	5/116
Mena Barreto — A lei antitóxicos comentada — Nilo Batista ..	11-12/81
Nancy Aragão — Você conhece Direito Penal? — Nilo Batista ..	9-10/80
Nuevo Pensamiento Penal — Revista de Derecho y Ciencias Penales — H. C. F.	9-10/84
Paulo Lúcio Nogueira — Questões penais controvertidas — G. A. P.	5/122
Paulo Sérgio Leite Fernandes e Germinal Ramos Jr. — Tóxicos — Nilo Batista	13-14/122
Paulo Sérgio Leite Fernandes — Na Defesa das Prerrogativas do advogado — Serrano Neves	6/120
Paulo Roberto Leite Ventura — D. P. Resumido — Nilo Batista	11-12/91
Percival de Souza — Mil mortes — H. C. F.	1 -12/92
Petrus Faure — Un Procès Inique — H. C. F.	11-12-82
Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofia del Derecho — H. C. F.	9-10/69
Raul Armando Mendes — Das providências brasileiras no combate ao uso de tóxicos — H. C. F.	9-10/70
Revista de Ciencias Penales (Chile) — G. A. P.	11-12/79
Revista de Derecho Penal, Criminología y Criminalística — H. C. F.	5/120
Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé — H. C. F.	13-14/129
Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé — H. C. F.	13-14/127
Ricardo Antunes Andreucci — Coação irresistível por violência — Everardo da Cunha Luna	11-12/88
Ricardo C. Nuñez — Manual de Derecho Penal — H. C. F.	11-12/92
Ricardo Franco Guzman — La prostitución — Nilo Batista	13-14/106
Roberto Lyra — Direito Penal científico (Criminologia) — H. C. F.	9-10/83
Roberto Lyra Filho e Luiz Vicente Cernicchiaro — Compêndio de Direito Penal — Nilo Batista	

Romeu Pires de Campos Barros — Direito Processual Penal Brasileiro — Jorge A. Romeiro Jr.	6/115
Roque de Brito Alves — Direito Penal, parte geral — Damásio E. de Jesus	13-14/109
Ruy Barbosa Correa Filho — Dos crimes contra a Administração Pública e o Decreto-lei n. 201/67 — Nilo Batista	15-16/114
Ruy Rebello Pinho — História do Direito Penal Brasileiro, período colonial — René A. Dotti	13-14/100
— Código Penal — H. C. F.	15-16/119
Sérgio Nogueira Ribeiro — Crimes passionais e outros temas — Nilo Batista	6/118
Simone Buffard — Le Froid Penitenciaire. L'Impossible Réforme des Prisons — H. C. F.	13-14/87
Simpósio Nacional de Trânsito — G. A. P.	13-14/93
Valdir Sznick — Delito habitual — G. de A.	11-12/84
Vicente Fontana Cardoso — Crimes em acidentes de trânsito — Nilo Batista	15-16/117
Walter de Abreu Garcez — Curso básico de Direito Penal — Nilo Batista	6/119
Walter P. Acosta — Códigos Penais comparados — H. C. F.	13-14/123
Wladimir Valer e Paulo Heber de Moraes — Acidentes de trânsito à luz da jurisprudência (criminal e civil) — Manoel Fortes Barbosa	13-14/131

JURISPRUDENCIA

Aborto — Concurso na ação da gestante	7-8/109
Ação penal em caso de concurso de crimes de ação pública e privada	13-14/135
Acusado — Autorização para viajar	6/123
Apelação criminal. Razões fora do prazo	11-12/97
Aplicação da pena. Inobservância do art. 42 do CP. Nulidade	6/124
Apropriação indébita e estelionato	15-16/129
Apropriação indébita. Exame de corpo de delito	6/124
— Configuração	9-10/89
Assistente. Admissibilidade. Empresa em regime de liquidação extrajudicial. Diretores processados por crime contra a economia popular	9-10/89
Assistente de acusação. Processo sumário na fase policial	6/124
Atentado violento ao pudor e estupro. Crime continuado	13-14/136
Ausência do réu. Cerceamento de defesa	6/125
Cerceamento de defesa	6/125
— Elemento de prova após o encerramento da instrução criminal	13-14/136
Cheque. Pagamento no curso da ação penal. Efeitos	5/126
Citação. Funcionário público	15-16/129
Citação por edital do falido. Inadmissível	5/126
Citação por edital. Falta de afixação do edital. Irrelevância	11-12/97

— Réu preso em outra unidade da Federação. Validade	5/127
Citação por edital sem expressa referência do dia e hora da apresentação. Nulidade	5/128
Classificação do crime pela autoridade policial. Efeitos jurídicos ..	6/125
Coisa julgada. Nulidade da segunda condenação	9-10/93
Competência para o processo e julgamento de Deputado Federal STF	7-8/109
Competência residual. Interrogatório	6/126
Comutação de pena. Bom comportamento carcerário	7-8/109
Confissão	7-8/110
Contrabando. Zona franca de Manaus. Tentativa	13-14/137
Contrabando ou descaminho. Pagamento dos tributos	6/126
Contrabando por via aérea. Lei de segurança nacional	6/126
Corpo de delito. Boletim de atendimento	15-16/129
Corrupção de menor. A mera conjunção carnal não a configura ..	13-14/137
— Conjunção carnal constitui ato libidinoso	5/128
Crime contra os costumes. Prova. Declarações da ofendida	13-14/138
Crime contra a honra. Pessoa jurídica como sujeito passivo	5/129
Crime contra a liberdade sexual. Estupro. Presunção de violência. Debilidade mental da vítima	13-14/138
Crime militar. Abaloamento com lesões corporais, provocado por militar em serviço	13-14/138
— Desrespeito a superior. Não pode ser praticado por civil	6/127
Crime político. Prisão para averiguações imposta por autoridade policial civil	5/131
Crimes contra a economia popular. Competência	5/132
Crimes contra a honra. Competência quando oposta e admitida a exceção da verdade	5/134
Crimes contra a propriedade industrial. Perícia. Peritos não oficiais	5/130
Crimes culposos comissivos por omissão. Exigência do dever jurídico de impedir o resultado	13-14/138
Crimes falimentares e crimes patrimoniais comuns praticados por falido. Autonomia	5/135
Defesa por estagiário. Ausência de nulidade	7-8/114
Delito de automóvel. Infração do Regulamento de Trânsito. Impprudência	13-14/142
Delito de circulação. Colisão com veículo que trafega à frente	11-12/97
— Direito de preferência	9-10/93
— Laudo inconcludente	13-14/143
Delito de circulação de veículos. Sinal aberto	15-16/131
Denúncia. Abuso de poder	7-8/114
Denunciação caluniosa. Inquérito não encerrado	7-8/115
Desacato. Embriaguez. Dolo	13-14/143
Desacato a auditor. Crime comum	11-12/98
Desrespeito a superior. Crime militar que não pode ser praticado por civil	9-10/93
Direção perigosa	6/127
— Simples avanço de sinal	13-14/144

Divulgação subversiva	7-8/117
Dolo eventual	6/128
Entorpecente. Não mais subsiste o recurso de ofício	11-12/98
— Não se exige que a droga conste de lista editada pelo Poder Público	6/128
Entorpecentes. Posse. Maconha. Prova de inquérito insuficiente ..	6/130
— Posse. Oportunidade de juntada do laudo toxicológico	5/139
— Posse. Prova	5/139
— Recurso ex officio	9-10/94
— Réu menor de 21 anos viciado	13-14/145
Estelionato e furto com emprego de fraude. Distinção. Desclassificação. Reabertura de prazos	11-12/100
Exame do mérito em ação penal prescrita	15-16/131
Excesso de prazo. Demora no interrogatório de réu preso. Constrangimento ilegal	13-14/146
Exercício ilegal da arte dentária. Indispensável a habitualidade ..	9-10/95
Exercício ilegal da medicina. Competência da justiça comum	13-14/147
Expulsão de estrangeiro. Filho dependente da economia paterna ..	7-8/118
Falsidade documental. Falsificação de carteira de habilitação de motorista. Competência da justiça estadual	15-16/133
Falso testemunho. Irrelevância da correspondência ou não entre as declarações e a realidade	13-14/147
Fraude no comércio	6/131
Furto. Abuso de confiança	5/140 e
	11-12/100
Furto qualificado pela destreza. Tentativa	6/132
Habeas corpus. Detenção em lugar ilegítimo ou inadequado	7-8/119
— Incabível para fixar a pena imposta	5/141
— Inquérito policial	15-16/134
— Prisão preventiva decretada pelo Ministro da Justiça para fins de extradição. Competência do STF	13-14/147
— Recurso ordinário interposto sem as razões. Não conhecimento	13-14/148
— Transferência para o Manicômio Judiciário	6/132
Habilitação para conduzir veículo. Apreensão da carteira. Perdão judicial	13-14/148
Homicídio aleivoso. Surpresa. Necessidade de demonstração cabal de sua ocorrência	9-10/95
Homicídio. Motivo fútil	6/133
— Tentativa. Configuração. Desistência voluntária	13-14/149
— Vítima adormecida. Traição ou emprego de recurso que impossibilita a defesa da vítima?	11-12/104
Homicídio por inconformismo, ou facciosismo político. Inexiste se o agente visa apenas impedir a prisão. Resistência inexistente	5/141
Homicídio qualificado. Meios e modos de execução	11-12/101
— Motivo fútil e motivo torpe	9-10/96
— Surpresa	6/133
Identificação criminal. Constrangimento ilegal	6/133
— Dispensa	13-14/152

Identificação dactiloscópica. Constrangimento ilegal	7-8/120
Ilícito penal e ilícito administrativo. Absolvição por negativa de autoria	5/142
Imunidades diplomáticas. Vice-consul	6/133
Indulto. Não impede o conhecimento e o julgamento da apelação	13-14/153
Injúria verbal. Desnecessária a presença do ofendido	9-10/98
Instalação ilegal de equipamento de telecomunicação.	6/134
Intimação ao réu para os atos do processo. Nulidade	13-14/153
Julgamento em segunda instância sem publicação na pauta, do nome do advogado. Nulidade	13-14/154
Júri. Decisão contrária à prova dos autos	6/134
— Decisão manifestamente contrária à prova dos autos	11-12/109
— Impedimento e suspeição de jurados	6/135
— Interrogatório em plenário	13-14/154
— Nulidade. Não formulação de quesitos requeridos pela defesa. Cerceamento	6/135
— Nulidade ocorrida no plenário de julgamento. Arguição inoportuna	13-14/154
— Nulidade ocorrida na sessão de julgamento	9-10/98
Justiça Federal. Falsa qualidade para obtenção de vantagem ilícita. Incompetência	13-14/156
Justiça Militar. Conversão do julgamento em diligência pelo Conselho. Inadmissibilidade	5/142
— Livramento condicional. Audiência do Conselho Penitenciário Estadual	5/142
— Prescrição de condenação imposta a réu revel só começa a correr após o seu recolhimento à prisão	6/135
Justificação judicial. É de apelação o recurso contra decisão que a indefere	11-12/110
Legítima defesa. Ato injusto de autoridade	5/143
Lei de Imprensa. Direito de resposta	7-8/120
— Direito de resposta. Limitações	6/136
Liberdade de imprensa e segurança nacional (Decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso New York Times e Washington Post)	7-8/131
Livramento condicional. Anterior condenação à pena de multa. Rein- cidência	5/143
— Crimes em concurso material	7-8/120
Medida de segurança detentiva. Inexistência de estabelecimento ade- quado. Constrangimento ilegal	13-14/156
Menoridade — CPM	6/137
Notificação apenas do defensor inadmissível. Nulidade	5/144
Nova definição jurídica do fato. Lei de Segurança Nacional	13-14/156
Nulidade. Falta de intimação da expedição de precatória para au- diência de testemunhas	6/137
Ofensa a autoridade. Crime político	6/137
Ofensa a chefe de Estado estrangeiro. Crime contra a segurança nacional	15-16/134
Oficiais e praças da Polícia Militar	9-10/99
— Competência	15-16/135

Pena-base. Desnecessária a sua fixação na ausência de circuns- tâncias agravantes ou atenuantes a considerar	5/144
Perempção. Paralisação do processo por mais de 30 dias. Inexiste sem intimação do querelante	5/144
Perícia. Perito único	13-14/159
Perigo para a vida ou a saúde de outrem. Exige perigo concreto	11-12/111
Porte de substância entorpecente. Erro.....	15-16/135
Posse de armas de fogo ou instrumentos de destruição ou terror Crime absorvido pelo de organização subversiva	13-14/159
Prazo. Prorrogação de um dia pela publicação vespertina do Jornal Oficial	13-14/160
Prescrição. Falsidade ideológica. Dies a quo	13-14/161
— Interrupção pelo início ou continuação do cumprimento da pena. Incomunicabilidade a co-réus	6/138
— Processo de rito sumário	6/139 e
	13-14/165
Prescrição pela pena concretizada. Tempo decorrido entre o fato e a denúncia	7-8/125
Prescrição pela pena em concreto	9-10/101 e
	13-14/163
— Prescrição da ação	13-14/164
— Prescrição da ação penal ou da execução da pena?	6/138
Prescrição. Pena em concreto. Pena aplicada em grau de recurso	13-14/164
Prisão administrativa. Inaplicável a contribuinte do Imposto sobre Produtos Industrializados	7-8/126
Prisão albergue. Negada ao réu considerado perigoso. Inexistência de constrangimento ilegal	13-14/165
Prisão civil. Alienação fiduciária	11-12/111
Prisão em flagrante. Caracterização	9-10/102
Prisão especial cessa com a condenação definitiva	7-8/129
Prisão por fato diverso. Não se computa na pena privativa da li- berdade	5/145
Prisão preventiva. Fundamentação	5/145
— Fundamentação da necessidade	13-14/165
Processo sumário. Identidade física do juiz	6/140
— Nulidade da portaria	6/140 e
	13-14/166
Pronúncia. Ausência de justa causa. Abuso de poder. Habeas corpus	5/145
Propaganda subversiva. Inexistência de crime sem distribuição dos panfletos	5/152
— Passeata	5/146
Propriedade industrial. Violação de patente	7-8/129
Prova. A do inquérito policial não basta para condenar	11-12/113
— Chamada de co-réu. Prova inválida	5/147
— Condenação exige certeza	5/148 e
	9-10/102
— IPM. Insuficiência	15-16/137
— Testemunho de ouvir dizer	9-10/103
Prova produzida no inquérito é insuficiente	6/140

Prova testemunhal. Depoimentos idênticos. Elemento de suspeição. Prêvio conluio	13-14/167
Queixa. Mulher casada. Autorização do marido	11-12/113
Reconhecimento do acusado sem observância das formalidades legais	5/149
Recurso. Sucumbência. Legitimidade do Ministério Público para recorrer de decisão que condena o réu. Pronúncia	9-10/105
Recurso de embargos. Não se restringe às decisões definitivas de segunda instância	13-14/169
Reincidência. Configura-se embora a condenação anterior seja à pena de multa	5/150
Reincidência específica. Estelionato e apropriação indébita	7-8/130
— Furto e estelionato	7-8/130
Representação. Crimes contra os costumes. Decadência se a queixa não for apresentada nos seis meses após a ofendida completar 18 anos	5/150
Revisão criminal. Enquadramento jurídico dos fatos	6/140
— Interpretação da cláusula "decisão contrária à evidência dos autos"	15-16/137
— Reiteração. Prova nova	7-8/130
Roubo a banco	5/151
Roubo a veículo de estabelecimento bancário. Art. 27 DL n. 898	6/141
Roubo qualificado. Arma de fantasia	6/141
Sabotagem em fábrica eventualmente necessária à defesa nacional. Inexistência do crime em relação a fábrica de cimento	5/152
Sedução. Falta de perícia na ofendida. Nulidade	5/153
Sentença. Nova definição jurídica sem aplicação do art. 384 do Código de Processo Penal. Nulidade	5/153
— Nulidade por deficiência de relatório	7-8/130
Sonegação fiscal. Indispensável a decisão definitiva no processo administrativo	11-12/114
— Indispensável a exigência prévia de processo fiscal	6/141
Suspensão condicional da pena concedida por erro. Coisa julgada	6/142
Testemunhas. Inclusão não esgotado o número legal	6/144
Testemunho único. Validade	15-16/138
Vadiagem. Condenado foragido	15-16/140

LEGISLAÇÃO

A Reforma da Legislação Penal (Projeto de Lei n. 145-B/73)	9-10/125
Anteprojeto de Lei — Define as infrações penais relativas à circulação de veículos, regula o respectivo processo e julgamento e dá outras providências	7-8/171
Código Penal Tipo para a América Latina (parte geral)	7-8/181
Convenção para a repressão ao apoderamento ilícito de aeronaves	6/145
Convenção Interamericana sobre Extradicação	7-8/163
Decreto n. 70.201, de 24.2.72 — Promulga a convenção para a repressão ao apoderamento ilícito de aeronaves	6/145
Decreto n. 71.500, de 5.9.72 — Dispõe sobre o Conselho de Disciplina e dá outras providências	9-10/111

Decreto n. 73 288, de 11.9.73 — Concede indulto a sentenciados primários e dá outras providências	9-10/117
Decreto n. 73.332, de 19.12.73 — Define a estrutura do Departamento de Polícia Federal e dá outras providências	9-10/120
Decreto n. 74.383, de 20.6.73 — Promulga a Convenção para a Repressão aos Atos Ilícitos Contra a Segurança da Aviação Civil	11-12/117 e 11-12/151
Exposição de motivos ministerial ao projeto de emendas ao Código Penal	11-12/120
Lei n. 5.836, de 5.12.72 — Dispõe sobre o Conselho de Justificação	9-10/107
Lei n. 5.941, de 22.11.73 — Altera os arts. 408, 474, 594 e 596 do Decreto-lei n. 3.689, de 3.10.41 (Código do Processo Penal) ..	9-10/115 e 11-12/115
Lei n. 5.970, de 11.12.73 — Exclui da aplicação do disposto nos arts. 6.º, inciso II, 64 e 169, do Código do Processo Penal, os casos de acidente de trânsito, e dá outras providências	9-10/116 e 11-12/116
Lei n. 5.974, de 11.12.73 — Dispõe sobre a competência criminal para o processo e julgamento dos membros do Ministério Público da União	9-10/117 e 11-12/117
Lei n. 6.001, de 19.12.73 — Dispõe sobre o Estatuto do Índio	9-10/118
Lei n. 6.063, de 27.6.74 — Altera a data de entrada em vigor do Código Penal	15-16/141
Lei n. 6.091, de 16.8.74 — Dispõe sobre o fornecimento gratuito de transporte, em dias de eleição, a eleitores residentes nas zonas rurais	15-16/150
Lei n. 6.174, de 9.12.74 — Dispõe sobre a aplicação do disposto nos arts. 12, alínea "a" e 339 CPPM, nos casos de acidentes do trânsito	15-16/152
Projeto de resolução sobre convenção sobre tortura e tratamento de prisioneiros (ONU)	6/151
SNFMMF — Portaria n. 26, de 26.7.1974 — Produção, comercialização, prescrição e uso de drogas e especialidades farmacêuticas perigosas	15-16/141