

REVISTA DE DIREITO PENAL

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

Diretor: Prof. HELENO C. FRAGOSO

Ns. 17/18

JANEIRO-JUNHO/1975

Peru... 76

INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

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

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

REVISTA DE DIREITO PENAL

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

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

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	
Alcides Munhoz Netto — Discriminantes putativas fáticas	7
Heleno Cláudio Fragoso e Lídia Sequeira — A cominação das penas no novo Código Penal	23
COMENTÁRIOS E COMUNICAÇÕES	
Antonio Acir Breda — O exercício do direito de queixa ou de representação, por curador especial	67
Nilo Batista — Observações sobre a norma penal e sua interpretação	83
Damásio E. de Jesus — Culpabilidade normativa e embriaguez no Código Penal de 1969	96
Jean Graven — A memória de Paul Logoz	110
PARECERES	
Roberto Lyra — Direitos humanos e prisão preventiva — Prova penal e sensacionalismo jornalístico	115
Evandro Lins e Silva — Contravenção, nulidade da portaria; assistente do Ministério Público; antecedentes criminais	118
NOTAS E INFORMAÇÕES	
Instituto de Ciências Penais — Pesquisa sobre a vigente legislação sobre drogas	127
Associação Internacional de Direito Penal — Grupo brasileiro	130
V Congresso de Direito Penal e Ciências Afins	131
Prof. Dietrich Lang-Hinrichsen	133
Anteprojeto do Código do Processo Penal	134
RESENHA BIBLIOGRÁFICA	139

JURISPRUDÊNCIA

Advocacia administrativa. Configuração do delito	163
Bons antecedentes. Apelação em liberdade	163
Cheque sem fundos. Novação	165
Crime de funcionário público. Defesa preliminar. Nulidade	166
Defesa deficiente	167
Deformidade permanente	171
Estupro com violência real. Ação penal pública	172
Estupro. Presunção de violência. Debilidade mental da vítima	172
Falsidade ideológica. Registro policial de ocorrências	172
"Habeas corpus". Convite para comparecimento a Delegacia Policial	175
Legítima defesa. Provocação	175
Lesão corporal grave	176
Prisão administrativa. Empresa pública	179
Prisão preventiva. Inquérito devolvido à polícia	180
Recurso em liberdade. Lei n. 5.941	181
Reincidência. Prova	181
Responsabilidade objetiva. Delito de circulação	181
Revelia. Inexiste se a ausência do réu for justificada	181

EDITORIAL

Neste número se inclui metuculoso estudo do prof. Alcides Munhoz Netto sobre as discriminantes putativas fáticas, no qual o ilustre mestre demonstra, mais uma vez, as suas finas qualidades de jurista, que domina amplamente o tema versado. Esse trabalho, como tantos outros de sua autoria, passará a ser de consulta obrigatória para todos quantos se dediquem ao estudo da matéria.

Publicamos também extensa pesquisa realizada pelo diretor desta revista e por sua colaboradora, a Dra. Lídia Sequeira, sobre a cominação das penas no novo CP. É trabalho que precisava ser feito, ainda a tempo para as emendas ao novo código, assinalando as graves falhas e a total ausência de critérios da nova legislação, no que tange às penas previstas, particularmente a pena de multa. Será deplorável se o novo código entrar em vigor sem completa revisão das penas de multa, previstas em escalas penais ridículas e sem qualquer significado. A pesquisa que publicamos poderá ensinar a outros estudiosos maior e melhor exame da matéria.

Na parte de comentários e comunicações publicamos excelente artigo do prof. Antonio Acir Breda, de quem já divulgamos valiosas observações ao projeto de CPP (RDP 11/12), sobre complexo e difícil tema, relacionado com o direito de representação. Como se sabe, a matéria está disciplinada na lei de forma extremamente defeituosa, dando lugar a dúvidas e controvérsias.

De nosso secretário, o prof. Nilo Batista, encontrará o leitor nesta edição não só o seu estudo sobre a norma penal e sua interpretação, como também, diversas notas de jurisprudência e resenhas bibliográficas, nas quais o jovem jurista revela, como sempre, o seu talento e a sua competência.

Nessa seção inclui-se também excelente estudo do prof. Damásio E. de Jesus, sobre a culpabilidade normativa e a embriaguez no CP de 1969, que apresenta correta e precisa análise da matéria, bem como o necrológio de Paul Logoz, feito por seu antigo discípulo, o presidente Jean Graven. São páginas repassadas de carinho e simpatia, que nos informam sobre a figura singular do velho mestre falecido, em cujas lições continuamos a aprender.

Publicamos também dois pareceres. O primeiro do mestre Roberto Lyra, sobre direitos humanos e prisão preventiva. O segundo, do Ministro Evandro Lins e Silva, sobre vários aspectos do processo

das contravenções que o excelente jurista examina com segurança e proficiência.

Chamamos a atenção do leitor para o documento de trabalho que divulgamos, sobre a pesquisa que o ICP realiza sobre a vigente legislação relativa a entorpecentes, cujos resultados brevemente publicaremos, bem como para as atiladas observações feitas pelo prof. Jorge Alberto Romeiro Júnior, sobre o projeto de CPP.

H. C. F.

DESCRIMINANTES PUTATIVAS FÁTICAS

ALCIDES MUNHOZ NETTO

SUMÁRIO: 1. Modalidades de discriminantes putativas — 2. A ignorância da antijuridicidade nas discriminantes putativas fáticas — 3. O desconhecimento da tipicidade — 4. A teoria dos elementos negativos do tipo e sua crítica — 5. Solução no direito brasileiro — 6. Erro vencível e dolo — 7. Conclusões em face do novo Código.

1. As discriminantes putativas podem ocorrer em virtude de incorreta apreciação jurídica da situação real, ou por má apreciação dos fatos. Na primeira hipótese, erra o autor sobre os limites legais de uma causa de justificação ou sobre a ocorrência de uma discriminante não reconhecida, como tal, pelo direito; na segunda, erra sobre os pressupostos circunstanciais objetivos de uma causa de exclusão da ilicitude.

Nas discriminantes putativas por incorreta apreciação jurídica, há evidente ignorância da antijuridicidade. Quem fere outrem porque supõe-se a tanto autorizado para prendê-lo (erro sobre os limites do direito de detenção), ou porque pensa que pode corrigir corporalmente a quem o injuriou (suposição de discriminante não reconhecida juridicamente), age na crença de não realizar conduta proibida, isto é, ignora a antijuridicidade de seu comportamento. Tais casos devem ser tratados segundo a disciplina do erro de direito produtor de suposição de licitude (infra n. 7).

Já quanto às discriminantes putativas por má apreciação dos fatos, o erro do autor, ora é relacionado à antijuridicidade, ora à tipicidade da conduta. Quem lesa corporalmente outrem, porque se imagina por ele injustamente agredido (legítima defesa putativa fática), tanto erra sobre os pressupostos circunstanciais de seu comportamento, supondo fato diverso do realmente praticado, quanto pode errar sobre a antijuridicidade, desde que da má apreciação das circunstâncias, as quais, se existissem, excluiriam a ilicitude

da ação, decorra convencimento da legitimidade da conduta. Em vista desta possibilidade de relacionar a falsa representação à antijuridicidade ou ao acontecimento típico, a isenção ou diminuição de pena, nas descriminantes putativas fáticas, ora são atribuídas ao erro de proibição, ora ao erro de tipo.

2. A classificação das descriminantes putativas fáticas, entre as hipóteses de erro de proibição ou ignorância da antijuridicidade¹ é sustentada pelas teorias normativas do dolo,² assim como pela teoria extrema da culpabilidade³. Ante todas estas orientações, o decisivo não é apenas o equívoco quanto à situação circunstancial fática, mas a convicção de licitude que do equívoco derive. Esta convicção é que excluirá, ou o dolo, ou a culpabilidade, conforme, doutrinariamente, se inclua a consciência da antijuridicidade entre os componentes do comportamento doloso, ou entre os fatores de censura pessoal, daquele independentes e autônomos. Se tal convicção de licitude for vencível, o autor, ou será punido a título de culpa, havendo para o crime expressa previsão de pena, na

1. Segundo Welzel, erro de proibição é apenas a designação abreviada do erro sobre a antijuridicidade do fato real (*Derecho Penal Aleman*, Parte General, 11.^a ed., § 22, pág. 234).

2. As duas teorias normativas incluem a consciência da antijuridicidade entre os elementos do dolo. Remontam a Carmignani (*Elementa iuris criminalis*, vol. I, pág. 55); F. Carrara (*Programa de Derecho Criminal*, § 69) e Romagnosi (*Genesis del Derecho Penal*, § 1.334). Adotaram-na, entre nós, Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, vol. I, pág. 339); Laertes M. Munhoz (*Da Causalidade Subjetiva no Direito Penal Brasileiro*, pág. 41); Salgado Martins (*Direito Penal*, pág. 214); Aníbal Bruno (*Direito Penal*, vol. I, pág. 451); J. Frederico Marques (*Curso de Direito Penal*, vol. II, pág. 202); E. Magalhães Noronha (*Direito Penal*, vol. I, pág. 174); Souza Neto (*O Motivo e o dolo*, pág. 107) e Vicente Sabino Júnior (*Direito Penal*, pág. 149). Uma de suas variantes, denominada teoria limitada do dolo, trata como crime doloso o vencível erro de direito sobre a antijuridicidade, decorrente de cegueira jurídica ou hostilidade ao direito (E. Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, pág. 151 e segs. e *Derecho Penal — Libro de Estudio*, vol. I, pág. 62 e vol. II, págs. 250 e segs.). A outra posição, historicamente anterior, entende que o erro vencível é sempre punido a título de culpa em sentido estrito; a salvo, é claro, nos sistemas legislativos que declaram a absoluta irrelevância do *error iuris*, perante os quais o desconhecimento da ilicitude por falsa percepção jurídica é sempre irrelevante.

3. A teoria extrema da culpabilidade desloca a consciência da antijuridicidade da estrutura do dolo e a situa entre os fatores do juízo de censura pessoal sobre o autor. O dolo é concebido como a simples vontade e consciência de realizar o tipo. A representação ou possibilidade de representação da ilicitude são essenciais à reprovação, pois esta pressupõe pudesse o autor formar sua decisão de maneira adequada ao direito. Daí a conclusão de que o erro invencível sobre a ilicitude exclui a reprovação e, portanto, a culpabilidade e a pena, enquanto que o erro vencível atenua a reprovabilidade e, pois, a pena da atuação dolosa, na medida de sua desculpabilidade. São partidários desta teoria: R. Maurach (*Tratado de Derecho Penal*, vol. II, pág. 140 e *A Teoria da Culpabilidade no Direito Penal*, in *Rev. Bras. de Direito Penal e Criminologia*, vol. 15, pág. 20) e H. Welzel (ob. cit., § 19), entre outros.

forma culposa (teorias do dolo), ou terá facultativa atenuação da sanção, segundo a desculpabilidade do erro vencível (teoria extrema da culpabilidade).

3. A inclusão das descriminantes putativas fáticas na categoria de erro quanto à tipicidade harmoniza-se com a teoria psicológica do dolo⁴ e é definida pela teoria limitada da culpabilidade.⁵ Realmente, abstraído do dolo o conhecimento da ilicitude, para considerá-lo apenas como a vontade de praticar o fato, somente é cabível explicar sua ausência, nas descriminantes putativas fáticas, por falta de representação do tipo: não há dolo porque o autor não percebeu que a ação praticada reunia todas as condições de fato exigidas em lei para a caracterização da figura delituosa. É óbvio, assim, que a teoria psicológica do dolo, embora sem o reconhecer de maneira expressa, pressupõe uma concepção ampla de fato, compreensiva de todos os aspectos que concorrem para a sua punibilidade, entre os quais a ausência de causas de justificação. Só esta premissa autoriza o raciocínio de que falta a representação do fato e, portanto, não há dolo, quando o autor supõe a presença de circunstâncias que configurariam uma descriminante. Esta é, por igual, a declarada posição da teoria limitada da culpabilidade: nas descriminantes putativas por erro de fato, o dolo é excluído pela ausência de representação da tipicidade. Em vez de desconhecimento do injusto, há, segundo esta doutrina, desconhecimento do próprio tipo. Desconhecimento do injusto só ocorreria quando o autor, com exata representação da realidade circunstancial, supusesse, por má apreciação do direito, que seu atuar é juridicamente permitido. Ao passo que desconhecimento do tipo verificar-se-ia quando ignorasse que seu comportamento reúne as características de fato, positivas ou negativas, essenciais à figura delituosa. Por outro lado, haveria uma diferença de gravidade entre as duas situações: na suposição de pressupostos objetivos de uma descriminante, o autor seria em si “fiel ao direito”, querendo observar a lei que só não cumpre por desconhecer a realidade, enquanto que, na descriminante putativa por equi-

4. A teoria psicológica do dolo entende que este é a intenção de ocasionar o evento, não o integrando a consciência da ilicitude. Entre nós defenderam-na: A. J. Costa e Silva (*Código Penal*, pág. 107); Basileu Garcia (*Instituições de Direito Penal*, pág. 253); Everardo da Cunha Luna (*Estrutura Jurídica do Crime*, pág. 111); Roberto Lyra Filho (*Compêndio de Direito Penal*, pág. 175) e Galdino Siqueira (*Tratado de Direito Penal*, vol. I, n. 415, pág. 495).

5. A teoria limitada da culpabilidade, tal como a extrema, também encara o conhecimento do injusto como elemento autônomo do dolo e o situa entre os fatores de reprovação pessoal. Mas trata o erro sobre a existência de circunstâncias fáticas fundamentadoras de uma causa de justificação como erro de tipo. Seu principal defensor foi Von Hippel (*Deutsches Strafrecht*, vol. II, pág. 349; *apud* Juan Cordoba Roda, *El conocimiento de la antijuridicidad e la teoría del delito*, pág. 112).

vocada apreciação jurídica, o autor não se aperceberia do injusto por “uma representação viciosa do dever jurídico”, contando, porém, com possibilidade muito maior de conhecer a infração ao direito. Num caso, somente omissão de se informar sobre a realidade circunstancial; em outro, distonia entre os critérios de valor da consciência e os da ordem jurídica.⁶ Esta pretendida diferença de gravidade⁷ justificaria o diverso tratamento penal, consistente em situar a discriminante putativa por erro de fato, como erro de tipo, excludente do dolo e só punível a título de culpa se vencível além de relacionado a crime expressamente previsto na forma culposa, e incluir a discriminante putativa por equívoco jurídico entre os erros de proibição, só impunes quando invencíveis, mas, se vencíveis, sempre castigados como dolosos, ainda que com facultativa atenuação de pena. Entretanto, para alcançar estes efeitos, a teoria limitada da culpabilidade, da mesma forma que a teoria psicológica do dolo, tem que aderir à doutrina das características negativas do tipo. Na verdade, só quando se considere as causas de justificação como elementos negativos, poderá ser explicada a falta de representação da tipicidade nas discriminantes putativas fáticas, por isto que, em tais situações, conhece o autor a correspondência entre sua ação e as características positivas do tipo (quem mata um suposto agressor, sabe que está destruindo uma vida humana, embora possa, erroneamente, acreditar que o faz em legítima defesa).

4. Pelos reflexos que a adoção da teoria dos elementos negativos do tipo acarreta sobre a estrutura do delito, cabe aqui uma breve exposição a respeito.

De origem alemã, tal orientação nasceu, menos do propósito de acentuar o aspecto unitário do crime, agrupando num único conceito todos os elementos a que se subordina o seu desvalor, do que da preocupação de enquadrar a crença errônea de uma causa de justificação no § 59 do Código Penal do Reich, como fator excludente do dolo.⁸ Neste sentido, já Adolf Merkel concebera o tipo como o conjunto de todos os pressupostos da pena (*Gesamtthatbestand*), ao mesmo se integrando, portanto, a não ocorrência de causas de exclusão da antijuridicidade.⁹ Daí decorreria o raciocínio de que, quando o autor tem a representação de um fato não existente na realidade, mas que, a ocorrer, excluiria o injusto, su-

6. Jorge Figueiredo Dias (*O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, pág. 411).

7. Com razão nega Maurach a diferença entre as duas situações, salientando ser decisivo, não a natureza do erro vencível, mas o grau de negligência do autor em informar-se, seja sobre a realidade fática, seja sobre a realidade jurídica (*Tratado*, vol. II, § 37, n. I, E).

8. Carlos Frederico Grosso (*L'errore sulle Scriminanti*, págs. 32 e 57).

9. Heleno Cláudio Fragoso (*Conduta Punível*, pág. 150).

põe erroneamente a presença de uma característica negativa do tipo, devendo ser tratado como o autor ao qual falte o conhecimento das características positivas. Mais recentemente, a teoria dos elementos negativos do tipo insere-se na concepção de que o tipo constitui a *ratio essendi* do crime.¹⁰ Em verdade, se o crime é o “injusto tipificado”, toda a circunstância que exclua o injusto faz desaparecer a tipicidade. Ora, desde que as causas de justificação são excludentes do injusto, equivalem elas a características negativas do tipo, e o dolo resultará excluído, tanto pelo desconhecimento de uma característica própria e objetiva do tipo, como pela errônea suposição de uma característica negativa, inexistente na realidade.

Na Itália, a teoria dos elementos negativos do tipo conta com ampla simpatia¹¹, sobretudo em face de contraposição legislativa entre, de um lado, a eficácia do erro sobre o fato que constitui o crime (art. 47, n. I) e a eficácia da suposição de existência de circunstâncias de exclusão da pena (art. 59, n. II) e, de outro lado, a inescusabilidade da ignorância da lei penal ou da antijuridicidade (art. 5.º). A não punibilidade do erro sobre discriminantes, regulada pelo art. 59, n. II, é atribuída à exclusão do dolo, do mesmo modo que a tal fenômeno é referida a relevância do erro sobre fato constitutivo do crime. Diz-se que, tanto o erro que incide sobre circunstâncias do tipo descritas na parte especial, na definição de cada delito, quanto o erro sobre causas de justificação, participam da mesma realidade, impedindo a caracterização subjetiva do ilícito penal.¹²

Aceitas tais premissas, ao dolo seria indispensável, ou a representação da falta de qualquer causa de justificação, ou, pelo menos, a ausência de errônea suposição de uma discriminante. O primeiro entendimento levaria a incluir no dolo uma posição psicológica impossível de se realizar em concreto. Com efeito, pretender que o comportamento só é doloso quando o autor conheça, nem só as características positivas do tipo (*v.g.*, ciência de que está a matar alguém), como ainda a inexistência de qualquer

10. W. Sauer (*Allgemeine Strafrechtslehre*, § 14, n. I), E. Mezger (*Leipziger Kommentar Zum Strafgesetzbuch*, § 59); *apud* R. Maurach (ob. cit., § 24, n. II). Entre nós, Miguel Reale Júnior sustenta que o juízo da tipicidade e o da antijuridicidade constituem um mesmo momento, faltando adequação típica quando ocorre uma causa de justificação (*Antijuridicidade Concreta*, 1973, págs. 49 e 53).

11. Adotam a teoria dos elementos negativos do tipo: Pietro Nuvolone (*Plimiti taciti della norma penale*, pág. 13); M. Gallo (*Il concetto unitario de colpevolezza*, pág. 19); M. Siniscalco (*La struttura del delitto tentato*, pág. 193, n. 8); Maliverni (*Scopo e movente nel diritto penale*, pág. 98); S. Piacenza (*Errore e Ignoranza di Diritto in Materia Penale*, pág. 53); Boscarelli, (*Contributo alla teoria del concorso di persone nel reato*, pág. 44) e A. Pagliaro (*Il fatto di reato*, págs. 142 e 396).

12. C. F. Grosso (ob. cit., pág. 62).

discriminante (*v.g.*, ciência de que não ocorre, nem estado de necessidade, nem legítima defesa, nem estrito cumprimento de dever legal, nem exercício regular de um direito) equivale a criar um “dolo monstruoso”,¹³ que permitiria fácil ilusão à lei. O segundo critério procura evitar tal defeito, satisfazendo-se com que não seja suposta a presença de circunstâncias negativas. Não é necessária, alega-se, a representação da inexistência de qualquer discriminante; basta que não haja errônea suposição de um estado de fato que legitimaria o comportamento.¹⁴ Se ocorrer tal equívoco, o dolo não subsiste, sendo excluído por erro de tipo.

Embora esta construção permita unificar em uma só categoria as duas espécies relevantes de erro de fato, não são poucos os reparos que lhe tem sido opostos.

Argúi-se que a teoria em questão acaba por identificar a antijuridicidade com a tipicidade. Se o tipo é composto nem só pelas notas características do delito, incorporadas à descrição legal, como ainda por outras, de caráter negativo, extraídas de disposições gerais e consistentes na não ocorrência de uma causa de justificação, sempre que desapareça a antijuridicidade da conduta também não subsiste sua tipicidade.¹⁵ Com isto, cria-se um círculo vicioso, pois a tipicidade só pode ser afirmada depois da constatação da antijuridicidade, e a antijuridicidade só pode ser determinada depois da constatação da tipicidade.¹⁶

Confundidos ficam, assim, o objeto da valoração com a própria valoração, realidades que correspondem a exigências diversas e que são dotadas de eficácia distinta: o fim do tipo é o de relacionar entre as mais variadas espécies de comportamentos socialmente perniciosos aqueles que devam ter relevância para o Direito Penal; o fim da antijuridicidade é estabelecer a contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico em seu conjunto. Desta forma, embora o fato constitutivo do crime seja idêntico, em sua materialidade, quer quando subsistam causas de justificação, quer quando estas não se apresentem, diversa é a sua valoração jurídica: a afirmação da tipicidade importa na constatação de um comportamento que não é penalmente indiferente; a constatação da antijuridicidade em afirmar que a ação penalmente relevante não está autorizada por qualquer dispositivo de lei. Como o ordenamento jurídico não se compõe só de proibições e mandatos, contendo também preceitos permissivos, a realização do tipo não

13. H. Welzel, H. J. Hirsch e A. Kaufmann (*apud* J. F. Dias, *ob. cit.*, pág. 413).

14. C. F. Grosso (*ob. cit.*, pág. 35).

15. Enrique Cury (*Orientación para el estudio de la teoría del delito*, pág. 46).

16. H. Welzel (*ob. cit.*, pág. 81).

é necessariamente antijurídica, podendo, no caso concreto, estar excepcionalmente permitida. Tanto a ação atípica quanto a ação típica mas não antijurídica não acarretam sanção penal. Contudo, valorativamente, são diferentes, no sentido de que a ação atípica é neutra de valor, ao passo que não o é a ação típica ainda que justificada. Há evidente diferença entre matar uma mosca e matar alguém em legítima defesa:¹⁷ a primeira hipótese não chega sequer a preocupar a ordem jurídica; a segunda exige da parte desta acurada apreciação, para que se positive a inexistência da antijuridicidade.

Assinala-se, ademais, que, atribuir ao tipo uma função constitutiva da antijuridicidade leva a admitir-se uma antijuridicidade penal distinta da antijuridicidade geral. Se a tipicidade constitui a antijuridicidade, como querem Mezger e Sauer, isto significa que a segunda depende da primeira e que, conseqüentemente, o legislador, ao tipificar uma conduta, cria para a mesma uma antijuridicidade penal, diversa da ilicitude em geral, pois, do contrário, não se entenderá qual a função constitutiva da tipicidade acerca de certas condutas que já eram consideradas ilícitas, antes que se lhes conectasse uma sanção penal. Ora, a antijuridicidade é uma só para todo o sistema jurídico, pois o direito não pode ter senão uma vontade, pelo que pretender um parcelamento da ilicitude equivale a postular um absurdo parcelamento da própria ordem jurídica.¹⁸

As críticas procedem. Não é razoável fundir num único elemento a antijuridicidade e a tipicidade. A constatação de uma, nada tem que ver com a constatação da outra. A tipicidade, assim, não é constitutiva da antijuridicidade, mas apenas limitativa dos efeitos penais desta. A função do tipo, decorrente da garantia do *nullum crimen nulla poena sine lege*, é a de destacar, entre as condutas antijurídicas, as que devam incidir em sanção penal. Há um sem número de comportamentos contrários ao direito que não necessitam de penas criminais, bastando, para conjurá-los as sanções próprias dos demais ramos do ordenamento jurídico. Assim, quando dentre os comportamentos *in genere* socialmente perniciosos, a lei penal escolhe alguns, para o efeito de cominar-lhes uma de suas sanções, aplicável isoladamente ou a despeito das conseqüências sancionatórias extrapenais (reparação do dano, repetição do indébito, anulação do ato, multa administrativa ou tributária etc.), cabe afirmar que realiza, em última análise, uma limitação dos efeitos da antijuridicidade no campo penal. Ao Estado, no uso de seu poder de império, seria possível aplicar descricionariamente a sanção penal ao caso concreto pela só consideração da respectiva conveniência. Entretanto, em vista da gravidade das penas

17. H. Welzel (*ob. cit.*, págs. 80 e 119).

18. E. Cury (*ob. cit.*, pág. 46).

criminais, da magnitude dos bens e interesses que as mesmas afetam, da segurança do direito e da necessidade de respeito às garantias fundamentais do homem, esta faculdade é limitada pelo princípio da anterioridade da lei penal: por mais anti-social ou pernicioso que seja o comportamento antijurídico, a incidência da pena criminal pressupõe que o fato esteja previamente descrito em lei como passível de sanção penal e que a espécie e limites desta hajam sido também preestabelecidos. Desta forma, nada obsta a considerar a antijuridicidade como um *prius* em relação à tipicidade, no sentido de que, em face de um comportamento contrário ao direito, é que cabe indagar a respeito das consequências jurídicas que dele podem decorrer: se meramente civis, administrativas, tributárias etc., ou se também penais. Adotado este processo de verificação dos componentes do crime, a tipicidade, evidentemente, não constitui a antijuridicidade, que lhe é pressuposto lógico. Em verdade, constatando-se, de início, que a ação não é contrária ao direito e, portanto, que não acarreta qualquer efeito sancionatório, ociosa se torna qualquer indagação acerca da tipicidade: não há, então, porque se preocupar com a limitação dos efeitos penais da antijuridicidade.

Sendo a antijuridicidade, como contradição às exigências jurídicas, geral e única para todos os ramos do direito, a tipificação penal não a cria, mas apenas a reconhece, para aliar-lhe uma sanção específica. Realmente, enquanto a antijuridicidade é a contradição entre o concreto comportamento e o ordenamento jurídico em seu conjunto, a tipicidade é a descrição objetiva deste comportamento, com a enumeração das particularidades que deva apresentar para incidir em pena criminal. O juízo de antijuridicidade parte, pois, de um critério geral e é o mesmo para todos os setores do direito; já a constatação da tipicidade assenta-se num critério particular e variável, pois esta difere de um para outro ramo do ordenamento jurídico. Welzel, depois de salientar o caráter geral e, portanto, objetivo da antijuridicidade, que a faz uma e igual para todos os setores do direito, reconhece que existem tipos distintos em cada um destes setores.¹⁹ Estes tipos distintos significam que se pode exigir, na conduta antijurídica, características diversas conforme a sanção que se lhes cogite impor. Vários exemplos assim o demonstram: a) a perturbação arbitrária da posse é matéria ou tipo para sanção civil, mas não o é para sanção penal a salvo que se apresente como furto, ou que o esbulho se revista de violência, grave ameaça ou do concurso de mais de duas pessoas (CP, arts. 155 e 161, n. II); b) os danos não dolosos não são matéria ou tipo para sanção penal, mas só para sanção civil; c) do contrário, a tentativa de crime é maté-

19. H. Welzel (ob. cit., pág. 78).

ria ou tipo para sanção penal, mas não, em princípio, para sanção civil. Não obstante isto, como proclama Welzel, a simples perturbação da posse e os danos não dolosos são, por igual, antijurídicos para o direito penal, que contra ambos admite a legítima defesa, como também a tentativa de crime é antijurídica para o direito civil, para o efeito, por exemplo, de medidas preventivas. O que é antijurídico num setor do direito o é também em outro.²⁰

Se o tipo não é constitutivo da antijuridicidade, mas limitativo dos efeitos penais desta, as indagações a respeito destes dois elementos estruturais do crime são autônomas e independentes entre si. No processo de identificação do delito, tanto faz que se constate, em primeiro lugar, a antijuridicidade ou a tipicidade. A premissa de que a conduta é antijurídica não leva à consequência de que seja típica, da mesma forma que a adequação típica não implica necessariamente em antijuridicidade. As duas indagações são sempre necessárias. Apenas, sob o aspecto negativo, uma é prejudicial da outra, porque verificada a licitude do fato, torna-se ocioso investigar-lhe a tipicidade, do mesmo modo que, afirmada a atipicidade, desnecessária e inútil, para efeitos penais, é a pesquisa da antijuridicidade. Se comumente parte-se do exame da tipicidade, isto se deve a ser esta mais facilmente identificável que a antijuridicidade. Com efeito, para fixar a adequação penalmente típica de determinado comportamento basta o exame dos preceitos incriminadores do Direito Penal, de número limitado e exaustivo, por força do *nullum crimen nulla poena sine lege*. Já para estabelecer-lhe a antijuridicidade, é indispensável o exame do ordenamento jurídico em seu conjunto, certo como é que a permissão para a conduta pode decorrer de preceito extrapenal, a exemplo do que sucede com o exercício regular de um direito, com o cumprimento de um dever legal e com o consentimento do ofendido em relação aos bens disponíveis. Ninguém ignora que são estranhas ao Direito Penal as regras que impõem deveres de praticar determinadas ações lesivas, facultam-lhe o cometimento ou permitem a livre disponibilidade de determinado bem ou interesse. Desta forma, a precedência da indagação da tipicidade sobre a constatação da antijuridicidade inspira-se somente em razões de economia, não se assentando em bases científicas ou dogmáticas. Ora, se tipicidade e antijuridicidade traduzem valorações diversas e independentes entre si acerca do comportamento humano sobre cujo caráter delituoso se perquire, não há como relacionar as causas de exclusão do ilícito à tipicidade, nem as causas de exclusão do tipo à antijuridicidade. A inexistência de uma em nada afeta a existência da outra. As causas de justificação, portanto, não constituem fatores de negação da

20. H. Welzel (ob. cit., pág. 78).

tipicidade, da mesma maneira que a atipia não tem o efeito de excluir a contradição entre o comportamento e o ordenamento jurídico *in genere*. Dentro de tal esquema não é, pois, aceitável a teoria dos elementos negativos do tipo, nem a conseqüente classificação, como erro de tipo, das discriminantes putativas fálicas. Estas constituem, antes, espécies de ignorância da antijuridicidade.

Resta examinar se esta solução harmoniza-se com o nosso direito constituído, para, uma vez afirmada a ignorância da antijuridicidade nas discriminantes putativas, decidir se ela exclui o dolo ou somente se reflete sobre o juízo de censurabilidade pessoal necessário à ação culpável.

5. Na regulamentação das discriminantes putativas fálicas, nem o Código Penal em vigor, nem o Código futuro, apontam, satisfatoriamente, o fundamento da isenção de pena que delas pode decorrer. É que ambos não subordinam, expressamente, tal conseqüência à crença do autor na legitimidade de sua conduta. Aludem apenas à suposição da existência de "situação de fato que tornaria a ação legítima". Ora, crer em situação de fato que, se existisse, tornaria lícita a ação, não equivale, necessariamente, a ter ciência da legitimidade do comportamento. Ao agente pode-se representar a ocorrência de circunstâncias que, objetivamente, caracterizariam uma discriminante, faltando-lhe, porém, o conhecimento de que a situação suposta tornaria a ação conforme ao direito. É possível até que acredite o autor na própria ilicitude ou na punibilidade da conduta, apesar de ter por presentes os extremos materiais da causa de justificação, na realidade inexistente. Pense-se, a respeito, no exemplo do diabético que erroneamente se repete em perigo de vida por falta de insulina (tendo assim representação dos extremos objetivos do estado de necessidade) e a furte na convicção de ser ilícita sua conduta, em decorrência de um concomitante erro sobre a eficácia jurídica da situação representada. Imagine-se, ainda, a hipótese do médico que realize um aborto na crença de ser a única maneira de salvar a vida da gestante de um perigo meramente imaginário, supondo, porém, seja o aborto terapêutico incriminado pelo direito positivo. Em hipóteses semelhantes, em decorrência de dois equívocos relacionados à mesma conduta, a errônea crença em uma causa de justificação não determina um erro sobre a antijuridicidade. Embora por via imprópria, adquire o autor consciência da ilicitude de seu comportamento.

Ambíguo o texto da lei, cumpre esclarecer se é suficiente a equivocada crença na situação fálica caracterizadora da discriminante ou se o fundamento da isenção de pena reside também na falta de consciência da antijuridicidade derivada daquela errô-

nea representação. Da maior ou menor ênfase atribuída à posição subjetiva do autor ante seu equívoco quanto à realidade fálica, depende a classificação das discriminantes putativas como erro de proibição ou como erro de tipo. Em verdade, quando se exija além do erro fálico, a convicção do autor na legitimidade de seu comportamento, o erro será relacionado à proibição, traduzindo, pois, ignorância da antijuridicidade: a pena não incide porque o autor agiu na certeza de que procedia legitimamente. Quando, ao inverso, dispense-se a ciência do autor acerca da eficácia jurídica da situação equivocadamente representada, o erro só poderá ser referido ao fato típico: a isenção de pena decorre da errônea representação da realidade circunstancial, qualquer que seja o conhecimento do autor acerca dos efeitos que a ordem jurídica liga ao fato suposto.

A doutrina em torno do Código Penal de 1940 fixou que o decisivo para a isenção de pena nas discriminantes putativas é a falta de consciência da antijuridicidade. A relevância do erro decorre da obstrução do exato juízo de valor em torno da ação ou do reconhecimento de sua injuridicidade. A causa determinante do comportamento é a persuasão do autor de que ao mesmo estava juridicamente autorizado, pelo que, se procede na dúvida sobre a identidade de sua ação e a ação autorizada, já não há que falar em discriminante putativa: *chi arrischia vuole*.²¹ Nas eximentes putativas, pois, não pesa responsabilidade sobre o agente, por ausência de culpabilidade, excluída por erro essencial que o faz crer na licitude de seu comportamento.²² Entende-se, em suma, que supor situação de fato que se existisse tornaria a ação legítima equivale a supor a legitimidade da ação.²³

Em face do Código Penal de 1969, não há razão para adotar orientação diversa. Ao contrário, apresenta o mesmo melhores subsídios para que a relevância do erro nas discriminantes putativas seja condicionada à ignorância da antijuridicidade. É que, no art. 20, o referido diploma expressamente reconhece eficácia, embora parcial, à *suposição de licitude do fato*, em decorrência de erro de direito. Sob pena de flagrante ilogismo, o mesmo critério tem de prevalecer quanto ao erro de fato acerca de discriminantes. Ambos revestem-se de relevância, se bem que distinta, por acarretarem o convencimento de legitimidade da conduta.

21. Hungria (*Comentários*, vol. I, págs. 395 e 404; vol. IV, pág. 307 e *Legítima Defesa Putativa*, pág. 89).

22. A. Bruno (*Direito Penal*, t. I, pág. 501).

23. B. Garcia (*Instituições*, vol. I, t. I, n. 79, pág. 254). No mesmo sentido, Laertes M. Munhoz (ob. cit., pág. 109); E. Magalhães Noronha (ob. cit., vol. I, pág. 200); Bento de Faria (*Código Penal Comentado*, vol. II, 215); Salgado Martins (*Sistema de Direito Penal Brasileiro*, § 217); Oliveira Roma (*Modalidades de Legítima Defesa*, cap. VII); Odín I. do Brasil Americano (*Da Legítima Defesa e do Estado de Necessidade*, pág. 218).

Advirta-se, porém, que esta orientação não impede que se solucione satisfatoriamente as apontadas hipóteses de duplo erro, causador de falsa representação dos pressupostos objetivos de uma discriminante e de errônea convicção de ilicitude do fato suposto. É que, em tais casos, anormais e marginais, irrelevante tem que ser considerada a falsa convicção de antijuridicidade. Com efeito, da mesma forma que, no crime putativo, não se leva em consideração o convencimento do autor sobre a ilicitude de um comportamento a que o ordenamento jurídico não atribui tal qualificação, também a falsa representação da antijuridicidade da discriminante faticamente suposta nenhuma consequência pode acarretar. A prevalecer ponto-de-vista contrário, a pena passaria a fundamentar-se numa disparidade entre os critérios de valor do sujeito e os da ordem jurídica, aqueles mais exigentes que estes, a ponto de considerarem ilícitas situações que a lei declara conforme ao direito. Não há quem não perceba que o estado de quem supõe ilícita a situação justificante na qual, por má apreciação dos fatos, acredita agir, é subjetivamente o mesmo de quem, procedendo sob o amparo de uma real causa de justificação, supõe-se cometendo ação antijurídica. É indiferente que o fato erroneamente reputado ilícito seja imaginário em um caso e real em outro. Em ambos, o convencimento do autor quanto à antijuridicidade de seu proceder não corresponde à realidade do direito. De desprezar-se, pois, a circunstância de, na primeira hipótese, existir correspondência entre a ilicitude imaginária e o fato real, apesar da não correspondência entre a imaginária ilicitude e o imaginário fato. Em tais situações, deve-se presumir que, afastado o convencimento de ilicitude adquirido por falsa via, a suposição de estado de fato configurativo de discriminante, determinaria, no autor, a ignorância da antijuridicidade. Nenhum inconveniente há em acolher esta presunção, pois a mesma além de corresponder ao *id quod plerumque accidit*, evita que, para resolver com justiça estes raros casos de duplo equívoco, tenha que se aceitar a teoria dos elementos negativos do tipo, com todos os inconvenientes, sobretudo quanto à já apontada confusão entre tipicidade e antijuridicidade e consequente incompatibilidade com a concepção tripartida do delito.

Quanto à colocação sistemática da ignorância da antijuridicidade, diferem as soluções perante o Código atual e o Código futuro.

Em face do Código Penal de 1940, a ignorância da antijuridicidade é apontada como fator excludente do dolo. Tal ponto-de-vista é evidente corolário do entendimento de que o referido diploma aderiu à teoria do dolo normativo (supra, nota 2). Com efeito, aceitando-se que o comportamento doloso requer a representação da ilicitude da conduta, é fácil deduzir que a relevância do erro nas descriminantes putativas decorre da falta de tal previsão.

Já perante o Código Penal de 1969, não pode prevalecer a mesma solução. É que o mesmo não permite que a consciência da anti-

juridicidade seja considerada elemento geral do dolo. Pelo art. 20, a despeito da escusável suposição de licitude do fato, a conduta é punível *como dolosa*, ainda que com facultativa atenuação ou substituição da pena. Ora, por força desta regra, ou se conclui que a falta de consciência da antijuridicidade só excepcionalmente exclui o dolo,²⁴ ou que não o exclui nunca. A primeira posição não é satisfatória por implicar em evidente quebra do sistema. Não se pode afirmar que a consciência da antijuridicidade é elemento do dolo, no que concerne à representação de ilegitimidade da situação de fato, mas não o é quanto à representação da ilicitude jurídica. Ou a consciência da antijuridicidade integra sempre o dolo ou jamais o integra. Se integra, a sua ausência, seja por suposição de legitimidade da situação de fato, seja por pura ignorância da proibição, impede a imposição de pena a tal título. Se não o integra, dolosa é a atuação do insciente da antijuridicidade, por erro de fato ou de direito, decorrendo a isenção ou atenuação da pena de fundamento diverso, ou seja, da ausência ou diminuição da censura pessoal sobre o equívoco autor do crime. Esta última posição, além de mais lógica e harmônica, é a que melhor se compatibiliza com a estrutura do novo Código. Desde que a teoria do dolo normativo nele não encontrou agasalho, a eficácia da ignorância da antijuridicidade tem de ser referida a componente da ação culpável distinto e autônomo do dolo. Daí decorre, necessariamente, o raciocínio de que, nas descriminantes putativas fáticas, assim como nos demais casos de ignorância da antijuridicidade, o comportamento é doloso, mas a censura pessoal é excluída ou diminuída e, em consequência, a pena não incide ou incide atenuadamente.

6. Não impede a conclusão acima, a circunstância de ser o erro vencível punido como crime culposos (art. 21, § 1.º). Isto, em verdade, não significa que, em tal hipótese, a falta de consciência da antijuridicidade exclua o dolo, deixando, se evitável, subsistente a culpa em sentido estrito. Reflete apenas o critério de tratar um comportamento doloso como se culposos fora,²⁵ em decorrência da diminuição da censurabilidade pessoal. É óbvio ser menor a reprovação sobre quem age sem conhecimento da perceptível ilicitude do que a incidente sobre quem atua com a representação da antijuridicidade do fato. O texto do citado dispositivo legal não leva a que se considere substancialmente culposos o crime cometido por vencível erro de fato sobre discriminante. Ao estatuir que, se o erro deriva

24. Esta a posição de Basileu Garcia na análise do Código de 1940. Embora entendendo ter ali prevalecido a teoria psicológica do dolo, admitiu a sua exclusão nas descriminantes putativas fáticas pela falta de noção da antijuridicidade (ob. cit., vol. I, t. I, pág. 254).

25. De Marsico (*Diritto Penale*, pág. 121); Battaglini, (*Diritto Penale*, 3.ª ed., pág. 339); Santoro (*La definizione del delitto colposo*, pág. 1.200).

de culpa, a este título responde o agente, quando o fato é punível como crime culposos, o § 1.º, do art. 21, só estabelece a forma de punição de tais comportamentos, o que não equivale a declará-los revestidos de culpa em sentido estrito. Nem tal entendimento seria aceitável ante sensível diferença que existe entre erro culposos e crime culposos: no erro culposos, a vontade dirige-se à realização de algo proibido, cuja antijuridicidade poderia ser captada com maior atenção; no crime culposos, a vontade orienta-se para um fim lícito ou até louvável sendo defeituosa apenas a respectiva execução. A diversidade de situações concerne à intencionalidade do resultado, já que, na hipótese de discriminante putativa fática com erro vencível, o resultado é querido (quem mata para defender-se de uma imaginária agressão quer a morte do suposto agressor), enquanto que no crime culposos o resultado nunca é querido, decorrendo da mera imprevisão ou de sua superveniência (culpa inconsciente) ou de sua inevitabilidade (culpa consciente). A própria lei reconhece esta diferença, pois, se o erro vencível configurasse culpa em sentido estrito, não haveria necessidade de dispositivo especial para declarar-lhe a punibilidade a tal título (art. 21, § 1.º); a incidência da pena decorreria da regra genérica acerca dos crimes culposos (art. 17, n. II e parágrafo único). Mas, precisamente porque, no caso das discriminantes putativas fáticas, o agente dá causa ao resultado *intencionalmente*, e não por mera imprudência, negligência ou imperícia, é imprescindível regra especial, que estenda a pena dos crimes culposos a comportamentos que, em substância, culposos não são. A chamada culpa imprópria ou por extensão nada mais é, assim, do que uma modalidade de dolo tratada como culpa em sentido estrito. Sobre a distinção entre crime culposos e erro culposos, assim se pronuncia Welzel: “Na comissão culposa de um crime é irrelevante para a punibilidade o conteúdo da decisão ao fato; mais que isto, na maioria dos casos não é esta desaprovada penalmente, podendo até ser dirigida a resultados desejáveis. Somente que sua execução é defeituosa, porque lesa o cuidado requerido no âmbito da relação: o autor deveria ter considerado, independentemente de sua vontade de realização, outras consequências não desejáveis e dirigido sua conduta de acordo com isto. A censura pelo erro de proibição culpável, refere-se ao conteúdo da decisão, que se dirigiu a algo proibido juridicamente (antijurídico) e é a censura a uma decisão antijurídica-culpável... Totalmente diferente é o problema de valoração ético social nos delitos culposos: a decisão do autor não está então dirigida à realização da lesão ou colocação em perigo típica de um bem jurídico, mas a um resultado, por regra irrelevante do ponto-de-vista do direito e até, frequentemente, desejado socialmente”.²⁶

26. H. Welzel (ob. cit., pág. 229).

Sob outro aspecto, o tratamento do crime culposos como se fora doloso é perfeitamente admissível. Por motivos de política criminal, a lei pode adotar semelhante solução. Não há incompatibilidade em que, por força de razões sistemático-dogmáticas, reputasse doloso o fato cometido por erro sobre os pressupostos das causas de justificação e não obstante, por considerações de utilidade, se imponha a pena do fato culposos, no caso de erro vencível. A coexistência das duas soluções foi consagrada pelo projeto alemão de 1962. Ressaltou-se que tal procedimento supera a separação entre o Direito Penal e a Política Criminal. Dá entrada, na parte geral do direito punitivo, a valorações político-criminais, sem que isto afete a autonomia das duas ciências. Persiste, com efeito, a diversidade dos critérios de avaliação e, desta forma, o que se reputa errado, do ponto-de-vista político-criminal, pode ser dogmaticamente certo e vice-versa. Acentuou-se, também, ser aconselhável que as teorias do erro se fundamentem em teorias dos fins da pena, atendendo, assim as necessidades de retribuição ou de prevenção. Neste sentido, se, em virtude do erro, a alguém, for inevitável a realização do injusto típico, não há razão para castigá-lo: qualquer que seja a teoria da pena que se adote, não se pode querer retribuir uma culpabilidade inexistente; nem prevenir consequências inevitáveis; nem corrigir pessoa por cuja conduta não se possa reprovar. Ao inverso, se evitável a prática do crime, ante a vencibilidade do erro, o castigo tem razão de ser, embora, do ponto-de-vista da missão do Direito Penal, não se justifique seja o autor tratado como delinqüente doloso. É que, em tais situações, as suas metas de atuação coincidem totalmente com as concepções jurídicas do legislador e, apenas, por negligência, a situação externa não foi corretamente percebida pelo agente. Cumpre, por isto, aplicar-lhe pena mais branda, que pode ser a do procedimento culposos, reputada suficiente pelo legislador, para atender as necessidades sociais de repressão ou prevenção.²⁷

7. De tudo o que se expôs, cabe extrair, à vista do novo Código Penal, e quanto às discriminantes putativas fáticas, as seguintes conclusões: a) é reconhecida a ausência de censura pessoal à ignorância da antijuridicidade decorrente da invencível suposição de estado de fato que, a existir, configuraria causa de justificação (art. 21); b) nos mesmos casos de ignorância da antijuridicidade por erro de fato, se vencível este, é admitida a diminuição da censurabilidade pessoal, para o obrigatório efeito de subs-

27. No sentido do texto Claus Roxin, observando-se, porém, que, segundo ele, mesmo a pena dos crimes culposos seria desnecessária e inadequada a tais hipóteses de erro vencível (*Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, págs. 67 a 69).

tituição da pena do crime doloso pela do correspondente crime culposo (art. 21, § 1.º).

Desta forma, o critério de tratamento das descriminantes putativas fáticas, difere do adotado para as descriminantes putativas por má apreciação do direito, em relação às quais: a) presume-se a censura pessoal, ainda que escusável o erro, permitindo-se, apenas, o reconhecimento, *in concreto*, da diminuição da presumida censura, para a facultativa diminuição ou substituição da pena cominada ao comportamento doloso (art. 20) e b) nega-se qualquer diminuição da censura pessoal à ignorância da antijuridicidade decorrente de vencível erro de direito sobre descriminante (art. 20, *a contrario sensu*).²⁸

28. O critério adotado pelo art. 20 do Código de 1969, que não isenta de pena nem mesmo a escusável suposição de licitude, é incompatível com os postulados do Direito Penal da culpa. Suposição escusável é a suposição invencível, desculpável, pela qual o agente não pode ser reprovado. Não permitindo o dispositivo que, em tais casos, a pena possa deixar de ser aplicada, cria uma presunção absoluta de culpabilidade, destituída de qualquer fundamento. Se a suposição de licitude é escusável, não há, em realidade, censura pessoal. O comportamento, em consequência, não é culpável e teria que permanecer à margem da punição. *De lege ferenda* é recomendável, como proclamou o Seminário de Penalistas brasileiros, reunido em Belo Horizonte, em outubro de 1974, que a pena seja efetivamente proporcionada à maior ou menor escusabilidade do erro de direito, de modo a que nenhum favor se conceda ao erro grosseiro, atenuando-se a pena ao erro parcialmente vencível e chegue-se ao perdão judicial nos casos de erro plenamente escusável. Melhor seria a seguinte redação: "Art. 20. Se o agente por ignorância ou erro de compreensão da lei, supõe lícito o fato, a pena pode ser atenuada, substituída por outra menos grave ou não aplicada, segundo a escusabilidade da ignorância ou do erro".

A COMINAÇÃO DAS PENAS NO NOVO CÓDIGO PENAL

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO
LÍDIA SEQUEIRA

I — INTRODUÇÃO

1. A acidentada elaboração do novo CP conduziu a graves falhas e deficiências, que se devem, em boa parte, ao lapso de tempo decorrido desde a formulação original do projeto, sem que se levasse em conta o avanço notável da legislação penal nos últimos tempos, e aos critérios adotados, a partir de 1969, para sua revisão e posterior emenda.

Não se pretende, no entanto, neste estudo, realizar revisão crítica no novo Código, sequer em seus aspectos fundamentais. É nosso propósito apenas determo-nos sobre questão que vem passando despercebida e que terá, sem dúvida, grande relevância na nova lei.

Um dos autores deste trabalho, tendo participado da comissão revisora ministerial, em sua primeira fase, teve ocasião de assinalar que, com o término da *primeira leitura* do anteprojeto, em fins de 1965, várias questões ficaram em aberto, "e um estudo comparativo deveria ser feito quanto às penas cominadas, na Parte Especial".¹ Tal estudo não chegou jamais a realizar-se, e era essencial.

O projeto havia mantido, anacronicamente, a pluralidade das penas privativas da liberdade (reclusão e detenção), e havia adotado o sistema de dias-multa, para a pena pecuniária.

Todavia, o eminente autor do projeto, nosso saudoso mestre Nélson Hungria, lançou, na Parte Especial, para cada figura de delito, as penas que entendia devidas, partindo do CP vigente, cujas penas privativas da liberdade várias vezes elevou, cominando a pena de multa sem qualquer uniformidade de critério.

O CP vigente nesta parte estava longe de ser base segura de trabalho, sem contar que está inteiramente ultrapassada a dosime-

1. Heleno C. Fragoso, "Subsídios para a história do novo Código Penal", RDP n. 3, 10.

tria fracionária empregada nas causas de aumento ou diminuição da pena, que tal Código prevê, na Parte Especial.

Indicaremos a seguir, de forma bastante sumária, os princípios que regem a matéria, analisando as falhas mais graves do texto promulgado, para sugerir as emendas devidas.

2. Não nos interessa a aplicação da pena como função judicial, nem a reconstrução doutrinária das normas que devem regê-la. Sob ambos aspectos a matéria tem sido objeto de congressos e colóquios e de numerosos estudos recentes.² Interessam-nos tão-somente os critérios gerais no plano legislativo e o sistema estabelecido pela lei.

Na cominação das penas, ou seja, na escolha das escalas penais para cada delito não há ciência alguma. Vigoram aqui apenas os critérios valorativos adotados pelo legislador.³ Em princípio, a ameaça penal deve estar em função do *desvalor do fato*, que depende não só do bem jurídico atingido pela ação delituosa como também da violação do dever jurídico que a ação delituosa envolve. O desvalor do fato, de acordo com o sentimento jurídico de nosso tempo, tem na culpa elemento fundamental.

Compete ao legislador fixar *in abstracto* as penas que entenda devidas à gravidade do malefício, estabelecendo o que poderia chamar-se de *pena legal*. Haverá de inspirar-se em elementos histórico-empíricos, buscando a pena conveniente e justa que, como é óbvio, não pode ser válida para todos os lugares e todos os tempos.⁴

Decisivo, como diz Nowakowski no trabalho que já citamos, é que a cominação se faça proporcionando a amplitude necessária (*Spielraum*) a permitir a imposição da pena que corresponda às exigências da justiça no caso concreto.

Por outro lado, o legislador é obrigado a manter a lógica interna do sistema que ele estabelece na cominação das penas.

3. Nesse sentido, caracteriza-se o Direito Penal de nosso tempo por maior ampliação dos poderes discricionários do juiz na aplicação da pena, precisamente para atender às exigências, cada vez

2. Particularmente importantes foram os Congressos Internacionais de Direito Penal de Atenas (1957), Lisboa (1961) e Roma (1969). A bibliografia sobre a matéria em geral é imponente.

3. Nowakowski, *Die Problematik eines Strafgesetzentwurfes unter besonderer Berücksichtigung des oesterreichischen Entwurfes*, no volume *Zur oesterreichischen Strafrechtsreform*, Bregenz, 1965, 98.

4. Cf. Von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905, vol. I, pág. 142 (*Der Zweckgedanke im Strafrecht*). Adotamos deliberadamente formulações simplificadoras, abandonando os aspectos polêmicos, que são irrelevantes para este trabalho.

mais amplas, da Política Criminal, neste setor.⁵ A amplitude dos poderes do juiz na aplicação da pena é tradicional no direito anglo-americano, deitando raízes em antigas regras da *common law*.⁶

Com a crise irreversível da pena privativa da liberdade, pode dizer-se que uma lei penal moderna se caracteriza pela diversidade de medidas punitivas que oferece ao juiz e pela amplitude de poderes que lhe confere para a imposição da pena.⁷

O Direito Penal de nosso tempo está marcado pela humanização e pela mitigação das penas, procurando-se tanto quanto possível afastar o condenado primário e de bons antecedentes da prisão. Está demonstrado que a reincidência entre os condenados que obtiveram *sursis* é menor do que em relação aos que cumpriram pena.

O anteprojeto Hungria, elaborado em fase já ultrapassada, aumenta inutilmente os mínimos e os máximos de numerosas penas. O efeito intimidativo da pena é mais que duvidoso e a agraviação das penas está longe de ser remédio adequado para combate à criminalidade, que não pode ser enfrentada sem medidas adequadas de política social. O Direito Penal desempenha papel secundário na prevenção do crime.

A história do direito punitivo demonstra que a cominação de penas desproporcionadas e injustas termina por não ser observada pelos juízes.

A manutenção da pluralidade das penas privativas da liberdade (que é de origem retributiva), foi grave erro do novo CP. Tal distinção não tem sentido, pois jamais foi observada na fase executiva e está hoje abandonada por todas as leis modernas. Todavia, a irrelevância da natureza da pena para efeito de concessão do *sursis*, adotada pelo novo Código (art. 70), como, aliás, ocorre atualmente no direito suíço, bem como o efeito suspensivo concedido à pena de reclusão e a modificação do sistema da prisão em flagrante que

5. Hellmuth Mayer, *Die richterliche Strafzumessung*, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1956, 4; Maurice Rolland, *Les phases du procès pénal*, *Revue de Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1973, 340: "Nous traversons une période dans laquelle il faut laisser au juge les possibilités les plus larges, tant en ce qui concerne le choix des mesures à prendre qu'en ce qui concerne les conditions dans lesquelles il s'éclairera sur le choix de ces mesures". Já o VIII Congresso Internacional de Direito Penal (Lisboa, 1961) concluiu no sentido de que a individualização moderna pressupõe a outorga ao juiz de grande liberdade de apreciação no que se refere à determinação da sanção (*Actes*, Sirey, 1965, 623).

6. Cf. Heleno C. Fragoso, Notas sobre o Direito Penal Anglo Americano, *Rev. Bras. de Crim. Dir. Penal*, n. 14 (1966), 119.

7. Ocupa modernamente nesse sentido posição destacada o *Criminal Justice Act*, de 1972. Sobre as alternativas para a prisão que já estão em vigor na Inglaterra e que continuarão a ser desenvolvidas, cf. R. Carr, "Penal changes in Britain", *Int. Journal of Offender Therapy Comp. Criminology*, 1973, vol. 17, n. 2, 203. Fundamentando o que se diz no texto, vejam-se as conclusões do XI Congresso Internacional de Direito Penal (Budapeste, 1974).

o novo CPP adotará, atenuam os efeitos da orientação mantida pela nova lei.

4. Na cominação das penas, o que se deve exigir é que, em termos valorativos, penas iguais sejam previstas para fatos de igual gravidade. Em segundo lugar, que os mesmos critérios, na técnica da cominação, sejam observados.

A primeira tarefa requer um levantamento comparativo, para permitir a avaliação, à semelhança do que se fez, por exemplo, na Alemanha, com o projeto de 1960.⁸

II — PENA DE RECLUSÃO

5. Examinando-se os casos a que está cominada a pena de *reclusão*, verificamos que, quando a escala penal parte do mínimo (que é de um ano, art. 37, § 1.º), este não é mencionado. Assim, por exemplo, a pena do crime de ofensa ao pudor mediante fraude é de “reclusão, até dois anos” (art. 241). Isto significa o mesmo que “reclusão, de um a dois anos”.

Partindo-se do mínimo, temos: *reclusão até 3 anos*;⁹ *reclusão até 4 anos*;¹⁰ *reclusão até 5 anos*;¹¹ *reclusão até 6 anos*;¹² *reclusão até 8 anos*.¹³

Em outros casos, parte-se do *mínimo de 2 anos de reclusão*, fixando-se, no entanto, o *máximo* em 4 anos;¹⁴ 5 anos;¹⁵ 6 anos;¹⁶ 7 anos;¹⁷ 8 anos;¹⁸ 10 anos;¹⁹ 12 anos.²⁰

8. *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, 14. Band, Bonn, 1960, 95 s. (*Die Strafdrohungen des Regierungsentwurfs eines Strafgesetzbuches*, E 1960). O levantamento comparativo obedeceu a vários diferentes critérios. Com referência ao direito alemão então vigente o levantamento havia sido feito no 5.º volume da série, págs. 174 e segs.

9. Arts. 154, 186, 187, 224, 235, 236, 240, 243, 250, 258, 281, § 2.º, 300, 318, 325, 326, 329, 331, 333, 367, § 1.º, 379.

10. Arts. 189, 191, 193, 241, parágrafo único, 277, 278, 279, 283, 365, 380, 381, 391, § 3.º, 393.

11. Arts. 131, § 1.º, 135, § 1.º, 184, 187, 195, 268, 294, 328, 329, 333, 337, 370, 372 e 398.

12. Arts. 154, § 1.º, 164, 179, 266, 311 e 379, § 1.º.

13. Arts. 181, § 3.º, 324, 353, 371 e 380, parágrafo único.

14. Arts. 242 e 244.

15. Arts. 250, § 1.º, 251, 252, 253, 284, 285, 289, 290, 301, 366, parágrafo único, e 375.

16. Arts. 122, 185, 239, 240, parágrafo único, 259, 265, 302, 311, § 5.º, 322, 327, 337, 338, 384, e 391, § 1.º.

17. Art. 183.

18. Arts. 356, 350, § 2.º e 376.

19. Art. 170.

20. Art. 352.

A gravidade da pena mede-se, principalmente pelo *mínimo*. É incompreensível que haja penas em que o mínimo é de *um ano* e o máximo de 8 e que haja penas em que o *mínimo* é de 2 anos e o máximo de 4, 5, 6 e 7 anos.

Se o máximo é *igual*, a gravidade das penas depende do mínimo. Pode, em consequência, o mesmo máximo apresentar mínimos diversos. Mas será incoerente o legislador se punir certos crimes com escala penal que se inicia em mínimo maior e termina em máximo menor ao lado de outras punições que se iniciam com mínimos menores e terminam em máximos maiores.

*Sugerimos, assim, que, em todos os casos em que a pena mínima é de 2 anos e o máximo não ultrapassa 7, o mínimo seja reduzido para um ano.*²¹ Nenhuma escala penal cujo máximo não ultrapasse 7 anos deve ter o mínimo superior a 1.

Particularmente infeliz foi o aumento da pena do estelionato (art. 183) para 2 a 7 anos. O aumento do *máximo* do furto simples (art. 164) para 6 anos também é criticável, mas, na prática, terá pouca relevância.

Particularmente importante é reduzir o mínimo da pena da sedução para 1 ano.²²

Temos penas cujo *mínimo* de reclusão é de 3 anos e o *máximo* é de 6²³ e de 7 anos.²⁴ Ou seja: penas cujo máximo é inferior ao de penas cujo mínimo é de 1 e de 2 anos. *Estas penas também devem passar ao mínimo de 1 ano.*²⁵

Há penas cujo mínimo é de 3 anos, e cujo máximo, sendo superior a 8 não alcança a 12: de 3 a 10 anos.²⁶ *Nestes casos, o mínimo deve ser reduzido para dois anos.* E isto porque há penas em que o mínimo é de 2 anos e o máximo é de 12 anos.²⁷

Da mesma forma, há penas cujo mínimo é de 4 anos de reclusão, e cujo máximo é de 10 anos.²⁸ *Nestes casos, a pena mínima deve ser reduzida para 2 anos.* Os crimes punidos com o mínimo de 4 anos, nos quais o máximo, sendo superior a 12, não excede a 15,²⁹ devem ter a pena mínima reduzida para 3 anos, porque há penas cujo mínimo é de 3 e cujo máximo vai até 15 anos.³⁰

21. São os crimes a que se referem os artigos referidos nas notas 14, 15, 16 e 17, supra.

22. Todo o capítulo dos crimes contra a liberdade sexual exigiria profunda revisão, que a esta altura está fora de cogitações.

23. Arts. 253, § 1.º, 277, § 1.º e 281.

24. Art. 285.

25. Referimo-nos às penas dos crimes a que aludem as notas 23 e 24, supra.

26. Arts. 164, § 5.º e 347.

27. Cf. nota 20.

28. Arts. 251, § 2.º, 285, 254, § 1.º, 299, § 1.º.

29. Arts. 130, § 1.º, 167, 168 e 289, § 2.º.

30. Arts. 319, § 3.º e 344.

O único crime punido com a pena de 5 a 12 anos de reclusão³¹ deve ter o mínimo reduzido para 3 anos, pelas mesmas razões.

Há crimes punidos com a pena mínima de 6 anos cujo máximo é de 15³² e de 18 anos.³³ A pena mínima deve ser reduzida para 5 anos, porque há crime em que a pena sendo, no mínimo 5, tem o máximo fixado em 20.³⁴ Pela mesma razão o único crime punido com 7 a 16 anos de reclusão deve ter a pena mínima reduzida para 5.³⁵ O único crime punido com 8 a 18 anos de reclusão³⁶ deve ter o mínimo reduzido para 6, porque há crime punido com o mínimo de 6, cujo máximo vai a 20.³⁷

6. Procura-se com isso assegurar uniformidade lógica na cominação das penas, ampliando-se, aliás, nos casos que mencionamos a *área de manobra* que o legislador deixará ao juiz, e que, como já vimos, é típica das leis penais modernas.

III — PENA DE DETENÇÃO

7. O mínimo da pena de detenção é de 15 dias, e o máximo, de dez anos (art. 37, § 1.º).

Encontramos cominadas penas de detenção *até 1 mês*;³⁸ *até 2 meses*;³⁹ *até 3 meses*;⁴⁰ *até 6 meses*;⁴¹ *até 1 ano*;⁴² *até 2 anos*;⁴³ *até 3 anos*⁴⁴ e, inclusive, *até 4 anos*.⁴⁵

Ao lado disso, inexplicavelmente, aparecem penas de 20 dias a 2 meses;⁴⁶ de 1 a 3 meses;⁴⁷ de 1 a 6 meses;⁴⁸ de 3 a 6 meses;⁴⁹

31. Art. 254, § 2.º.

32. Art. 169.

33. Art. 167, § 3.º.

34. Art. 277, § 3.º.

35. Art. 169, § 3.º.

36. Art. 169, § 3.º.

37. Art. 120.

38. Arts. 272, 357, 361, 385.

39. Art. 188.

40. Arts. 157, 209, 217, 273, 304, 305, 306, 307, 309, parágrafo único, 310, parágrafo único, 323, § 1.º, 349, 388, § 1.º e 396.

41. Arts. 137, 143, 146, 153, 158, 160, 165, 172, 174, 175, 205, 206, 207, 208, parágrafo único, 212, parágrafo único, 213, 216, 227, 228, 230, 264, 266, 270, 271, 286, parágrafo único, 291, § 2.º, 292, 293, 298, 303, § 2.º, 368, 377 e 382.

42. Arts. 161, 180, 196, 225, 226, 229, 231, 233, 234, 274, 297, 335, 336, 346, 360 e 374.

43. Arts. 236, parágrafo único, 237, parágrafo único, 267, 282, 312 e 334.

44. Arts. 156, 171, 193, § 1.º, 262, 263, 308 e 334, § 1.º.

45. Art. 269, parágrafo único.

46. Art. 139, rixa simples. Esta pena foi fixada, evidentemente por um lapso.

47. Art. 358.

48. Arts. 288, 323, § 1.º, 388 e 389.

49. Arts. 316 e 317.

de 1 mês a um ano;⁵⁰ de 2 meses a 1 ano;⁵¹ de 3 meses a 1 ano;⁵² de 6 meses a 1 ano;⁵³ de 2 meses a 2 anos;⁵⁴ de 3 meses a 2 anos;⁵⁵ de 4 meses a 2 anos;⁵⁶ de 6 meses a 2 anos;⁵⁷ de 6 meses a 3 anos⁵⁸ de 6 meses a 4 anos.⁵⁹

Não se compreende que, tendo adotado amplíssima escala penal em certos casos (15 dias a 4 anos), fixem-se mínimos insignificantes e sem qualquer critério.

É unânime hoje o repúdio às penas privativas da liberdade de curta duração, que devem aparecer sempre alternativamente com a pena de multa. As penas curtas não devem ser aplicadas. Por isso mesmo é possível fixar certas categorias de penas de detenção, de modo a uniformizar os critérios de cominação da pena:

- até 3 meses;
- até 6 meses;
- até 1 ano;
- de 6 meses a 1 ano;
- de 6 meses a 2 anos;
- de 6 meses a 3 anos;
- de 1 a 4 anos.

8. Em consequência, é necessário corrigir as penas cominadas, da seguinte forma:

- a) Passam a ser puníveis com "*detenção, até 3 meses*", os crimes que são punidos com 20 dias a 2 meses;⁶⁰ de um a 3 meses,⁶¹ bem como os que são punidos com "*até 1 mês*" e "*até 2 meses*";⁶²
- b) passam a ser puníveis com "*detenção, até 6 meses*", os crimes punidos com detenção de 1 a 6 meses e de 3 a 6 meses;⁶³

50. Arts. 152, 221, 222, 232 e 390, parágrafo único.

51. Arts. 132, 138, 300, parágrafo único, 301, parágrafo único, 308, parágrafo único, 310 e 399.

52. Arts. 128, 131, 134, 142, 144, 145, 162, 201, parágrafo único, 211, 215, 218, 219, 220, 256, 260, 277, § 4.º, 287, 313, 339, 344, § 3.º, 353, § 2.º, 354, 355, 358, parágrafo único, 363, 376, § 2.º, 391, § 4.º e 392.

53. Arts. 147, 204, 302, § 2.º, 384, parágrafo único.

54. Arts. 152, § 1.º e 367.

55. Arts. 159, 366, 378, 387 e 400.

56. Art. 340.

57. Arts. 127, 136, 293, parágrafo único, 137, § 1.º, 140, 141, 157, § 1.º, 145, parágrafo único, 166, 177, 181, 189, § 2.º, 194, 202, 223, 261, 275, 276, § 2.º, 277, § 4.º, 278, parágrafo único, 279, 280, 281, § 1.º, 289, § 3.º, 290, § 2.º, 299, § 2.º, 303, § 1.º, 309, 314, 319, § 2.º, 338, parágrafo único, 341, parágrafo único, 351, 362, 369, 373, 383, 386, 391 e 394.

58. Arts. 135, 173, 174, parágrafo único, 286, 342, 359, 395, parágrafo único e 397.

59. Art. 387, parágrafo único.

60. Nota 46, supra.

61. Nota 47, supra.

62. Notas 38 e 39, supra.

63. Notas 48 e 49, supra.

c) passam a ser punidos com “detenção, até 1 ano”, os crimes punidos com 1 mês a 1 ano e 2 meses a 1 ano;⁶⁴

d) passam a ser punidos com “detenção de 6 meses a 2 anos”, os crimes punidos com 2 meses a 2 anos; 3 meses a 2 anos e 4 meses a 2 anos;⁶⁵

e) passam a ser punidos com a pena de “detenção de 1 a 4 anos” os crimes punidos com 6 meses a 4 anos.⁶⁶

Além dessas observações, em relação à pena de detenção, cabe apenas assinalar que a pena mínima do crime previsto no art. 296 § 2.º (que é de 2 anos) deve ser reduzida para 1 ano, pois há crimes em que o mínimo é de 1 e o máximo é de 5 anos.⁶⁷

IV — PENA DE MULTA

9. Quanto à pena de multa, o novo CP renunciou a estabelecer os critérios a serem considerados pelo juiz na sua fixação (a exemplo do novo CP alemão, § 40, 2). O montante do dia-multa é fixado “segundo o prudente arbítrio do juiz” (art. 44, § 2.º), sendo, no mínimo, de um dia-multa, e, no máximo, de 360 dias-multa.

O fim reconhecido da pena de multa é o da diminuição do nível de vida do delinqüente por certo período. Como diz Zipf, o dia-multa deve ser calculado de modo que, após sua dedução da renda líquida diária, sobre ao delinqüente o mínimo indispensável às despesas com sua manutenção e a de seus dependentes.⁶⁸

O juiz tem amplo poder discricionário para fixar o montante do dia-multa, que deve, no entanto, justificar (art. 55). Não há dúvida, no entanto, de que tal pena deve ser efetivamente *pena*, ou seja, representar algo significativo, em termos de diminuição temporária do poder de compra.

10. O sistema de dias-multa não constitui novidade em nossa legislação, pois já era previsto em nosso Código Imperial.⁶⁹ Moder-

64. Notas 50 e 51, supra.

65. Notas 54, 55 e 56, supra.

66. Nota 59, supra.

67. Arts. 291, 311 e 332, parágrafo único.

68. Zipf, *Zur Ausgestaltung der Geldstrafe im Kommenden Recht*, ZStW (1965), 529. Ver também as Jornadas da Associação Alemã de Direito Comparado, realizadas em setembro de 1973, em Hamburgo (*Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1974, 700 s.).

69. Nosso Código Criminal de 1830, em seu art. 55, dispunha: “A pena de multa obrigará os réus ao pagamento de uma quantia pecuniária que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos ou indústria, quando a lei especificamente a não designar de outro modo”. Na Parte Especial a pena de multa era cominada da seguinte forma: “prisão com trabalho por dois a seis anos, e de multa correspondente à metade do tempo” (art. 125, por exemplo). Isso significava: multa de 1 a 3 anos (ou 360 a 1.080 dias-multa).

namente, é oriundo do direito escandinavo, que serviu de modelo aos códigos recentes.

Somente no CP sueco existe um mínimo e um máximo para o dia-multa (2 e 500 coroas, respectivamente). Na Dinamarca existe apenas um mínimo (2 coroas), não havendo máximo. Na Finlândia, não há nem mínimo, nem máximo.

O novo CP estabelece que o dia-multa não pode ser inferior a um trigésimo do salário mínimo, nem superior a um terço dele (art. 44, § 1.º). A única explicação para limitar o máximo só pode ser o propósito de proteger os ricos. Sugerimos que a parte final do art. 44, § 1.º seja eliminada, fixando-se apenas o mínimo (um trigésimo do salário mínimo), como na Dinamarca.⁷⁰

Na Parte Especial, os códigos estrangeiros raramente cominam a pena de multa estabelecendo os limites. O CP alemão, por exemplo, apenas indica que o crime deve ser punido com certa pena privativa da liberdade e multa. Os limites são os previstos na Parte Geral (5 a 300 DM). Em raros casos estão previstos limites *máximos* (ex.: § 160, até 180 DM). O novo CP austríaco fixa o limite máximo nas cominações da Parte Especial, porque este não está previsto na Parte Geral (§ 19). Esse limite, no entanto, é sempre muito alto (até 180 ou 360 DM). O crime de violação de correspondência, por exemplo, é punido com a pena alternativa de até 180 DM (§ 118). Em nosso CP tal crime é punido com pena alternativa de até 20 DM.

11. A primeira e fundamental observação a fazer sobre as penas de multa no novo CP é que elas foram, em geral, previstas em limites ridículos, fruto da completa inexperiência do legislador nessa matéria.

Assim é que temos penas de multa *alternativas* de até 5 DM,⁷¹ até 10 DM,⁷² até 15 DM,⁷³ de 2 a 5 DM,⁷⁴ de 3 a 10 DM,⁷⁵ de 3 a 15 DM,⁷⁶ de 5 a 10 DM,⁷⁷ de 5 a 15 DM,⁷⁸ de 5 a 20 DM⁷⁹ etc.

70. O novo CP alemão estabelece o montante máximo do DM, mas o faz na elevadíssima soma de dez mil marcos (§ 40, 2). O novo CP austríaco também fixa o montante máximo em 3.000 *Schillings* (§ 19, 2).

71. Art. 310, parágrafo único.

72. Arts. 188, 209, 228, 230, 273, 286, parágrafo único, 304, 306, 307, 357 e 361.

73. Arts. 175 e 180 e seu parágrafo único.

74. Art. 131, § 5.º.

75. Arts. 231 e 256.

76. Art. 396.

77. Arts. 234, 305, 309, parágrafo único, 310, 368, 377 e 385.

78. Arts. 272, 274, 316, 317, 323, § 2.º, 335, 339, 349, 351, 374, 378, 391, § 4.º, 399 e 400.

79. Arts. 152, 229, 257, 266, parágrafo único e 277.

Entre as penas de multa *alternativamente previstas* (isto é, podendo ser aplicadas como pena *única*), nenhuma ultrapassa 80 DM (prevista, aliás, para *um único crime*, o do art. 166). 80% não ultrapassam 30 DM.

Até recentemente o Código Nacional de Trânsito punia as penalidades do grupo 1 com multas de valor entre 50% a 100% do salário mínimo vigente na região (art. 107). No Rio de Janeiro, os jornais dos últimos dias anunciaram que o estacionamento de veículos sobre as calçadas será punido com multas de CR\$ 600,00.⁸⁰

A baixíssima pena de multa prevista no novo CP é bastante para comprometer a eficácia de uma pena que está destinada, no direito moderno, a substituir em larga escala a pena privativa da liberdade.

Nos casos em que a pena de multa é prevista *cumulativamente* com a privação da liberdade, temos casos de *até 20 DM*,⁸¹ de *3 a 10 DM*,⁸² de *3 a 15 DM*,⁸³ de *5 a 16 DM*,⁸⁴ de *5 a 15 DM*⁸⁵ etc.

Com exceção dos crimes relativos a drogas, punidos com pena de 10 a 100 DM (art. 311) e 10 a 200 DM (art. 311, §§ 3.º e 4.º) e até 360 DM (art. 311 e seu § 5.º), somente um crime tem pena com limite máximo de 300 DM (art. 277, explosão); somente um crime é punido com multa até 150 DM (abandono material, art. 269), e somente sete são punidos com limite máximo de 100 DM (usura pecuniária, art. 194; peculato, art. 344; furto simples, art. 164; roubo simples, art. 167; extorsão simples, art. 168; extorsão mediante seqüestro, art. 169; chantagem, art. 170).

A segunda importante observação a fazer sobre a pena de multa é a completa ausência de critérios ou de uniformidade de cominações, fruto do fato de não ter chegado a ser concluído o trabalho de revisão.

A pena de multa no novo Código não guarda correspondência com a gravidade da pena de prisão. Assim, temos casos de *reclusão até 4 anos* e pagamento de *5 a 10 DM* (desabamento ou desmoronamento, art. 283).

A mesma ínfima pena de 5 a 10 DM está prevista *cumulativamente* com *detenção de 6 meses a 2 anos* (art. 280); de *1 a 3 anos* (art. 295); de *15 dias a 1 ano* (art. 297); de *6 meses a 1 ano* (art. 302, § 2.º); de *15 dias a 6 meses* (art. 303) e também está prevista para crimes punidos com *reclusão até 3 anos* (arts. 281, § 2.º; 329 e 333); *até 4 anos* (art. 283); e *até 5 anos* (art. 337).

80. *Jornal do Brasil*, 12.8.75.

81. Arts. 172 e 225.

82. Arts. 232, 233, 376, § 2.º e 388, § 1.º.

83. Art. 338.

84. Art. 185.

85. Exemplo: art. 171.

Não só a pena é ínfima como não há critério algum.

Alguns outros exemplos serão ilustrativos. A mesma pena de 5 a 15 DM está prevista *cumulativamente* com crimes punidos com *detenção* de 15 dias a 6 meses (art. 270) e com crimes punidos com *reclusão* até 5 (art. 294), 6 (art. 338), 7 (art. 345) e 8 anos (art. 376).

A falta de critério é geral. Não se entende porque a falsidade ideológica está punida com 5 a 15 DM (art. 329) e a calúnia com pagamento de 10 a 40 DM (art. 141).

12. Na pena de multa, como se percebe, é necessário fazer revisão mais completa e mais geral, que deve se orientar apenas no sentido da fixação de certos limites máximos.

Assim, quando a pena de multa é prevista com a de detenção, deveriam ser fixados limites razoavelmente compatíveis com a eventual conversão. Assim:

a) Todos os crimes punidos com detenção até 3 meses devem também ser punidos, *alternativamente*, com multa, até 90 DM.⁸⁶

b) Todos os crimes punidos com detenção até 6 meses de prisão, devem também ser punidos, *alternativamente*, com até 120 DM.⁸⁷

c) Existem penas de até 1 ano de detenção em que a pena de multa ora é *alternativa*,⁸⁸ ora é *cumulativa*.⁸⁹

Em todos os casos em que *alternativamente*, com 1 ano de detenção aparece a multa, deve ser fixada em *até 180 DM*. Em todos os casos em que aparece *cumulativamente*, deve ser fixada em *até 150 DM*.

d) Há penas de detenção *até 2 anos* em que a pena de multa aparece *cumulativamente*,⁹⁰ e, também *alternativamente*.⁹¹ No primeiro caso, deve a multa ser fixada *em até 180 DM*. No segundo, *em até 210 DM*.

86. Pelo CP, todos os crimes punidos com detenção até 3 meses têm pena *alternativa* de multa, com exceção do favorecimento pessoal, na forma privilegiada, punido com detenção até 3 meses, e, *cumulativamente*, com pagamento de 3 a 10 dias-multa, e do patrocínio indébito (art. 358), punido com 1 a 3 meses de detenção e pagamento de 5 a 15 DM. São lapsos evidentes.

87. Quase todos os crimes punidos com detenção até 6 meses têm pena de multa *alternativa*, salvo algumas exceções, que resultam de inadvertência (arts. 172, 303, § 2.º, 323, § 1.º, 388 e 389).

88. Arts. 161, 180, 196, 229, 231, 234, 274, 335, 346 e 374.

89. Arts. 225, 226, 233, 297 e 360.

90. Art. 236, parágrafo único.

91. Art. 237, parágrafo único.

e) Os casos em que a pena de multa aparece *cumulativamente* com penas de detenção até 3 anos,⁹² 4 anos,⁹³ 5 anos⁹⁴ e 6 anos,⁹⁵ devem ter a pena de multa fixada em *até 240 DM*. Nestes casos não há, no Código, pena de multa alternativamente cominada.

Em nenhum caso há necessidade de fixar o mínimo na Parte Especial. Essa fixação do mínimo não é jamais prevista nas legislações que adotam o sistema, e deixa ao juiz ampla possibilidade de individualização.

13. Nos casos de crimes punidos com penas de *reclusão* a pena de multa é sempre cumulativa. Sugerimos a fixação dos seguintes critérios:

a) Em todos os crimes em que a pena de multa aparece *cumulativamente* com *reclusão* até 3,⁹⁶ 4,⁹⁷ 5,⁹⁸ 6⁹⁹ e 7 anos¹⁰⁰ deve ser fixada em *até 240 DM*.

b) Nos crimes punidos com *reclusão* até 8,¹⁰¹ 10¹⁰² e 12 anos,¹⁰³ nos quais a pena de multa aparece *cumulativamente*, deve ser fixada em *até 300 DM*.

c) Nos casos de crimes punidos com penas de *reclusão* superiores a 12 anos, nos quais a pena de multa aparece *cumulativamente*,¹⁰⁴ deve ser fixada em *até 360 DM*.

14. Deve ser mantida a excelente regra do art. 45 do CP, que permite aplicar a pena de multa ao crime cometido com fins de lucro, ainda que não esteja expressamente cominada.

O art. 46, que timidamente permite a conversão da detenção até 6 meses em multa deve ser modificado. Pelas sugestões que fizemos, *todas* as penas de detenção até 6 meses são cominadas alternativamente com multa.

92. Arts. 171, 193, § 1.º e 308.

93. Art. 269, parágrafo único e 387 parágrafo único.

94. Arts. 291, 311 e 332, parágrafo único.

95. Art. 295, § 1.º.

96. Arts. 186, 187, 224, 235, 236, 281, § 2.º, 300, 325, 329, 333 e 379.

97. Arts. 189, 191, 193, 277, 278, 279, 283, 380 e 381.

98. Arts. 184, 187, 195, 268, 294, 328, 329, 333, 337, 370, 372 e 398.

99. Arts. 164, 179, 311, 379, § 1.º, 277, § 1.º e 281.

100. Art. 285.

101. Arts. 324, 353, 371, 380, parágrafo único, 164, § 4.º, 291, § 1.º, 321, 350, 356 e 376.

102. Arts. 170, 164, § 5.º, 347, 299, § 1.º.

103. Arts. 352, 319 e 320, 289, § 1.º e 290, § 1.º.

104. Arts. 167, 168, 289, § 2.º, 277, § 3.º e 169.

A pena estipulada nesse artigo deve passar para “não superior a um ano”.

15. Como se percebe, é modesto o objetivo deste trabalho, um pouco artesanal e, por isso mesmo, descuidado pelos juristas. Todavia, ele tinha que ser feito e era propósito da primeira comissão revisora (integrada pelo próprio Nélson Hungria) fazê-lo. Em realidade, é preciso completar o trabalho de revisão, e isto agora compete ao Congresso.

No que tange à pena de multa é ele imprescindível. Essa pena, adotada no sistema de dias-multa é um dos pontos altos e fundamentais da reforma.¹⁰⁵ Será uma lástima se o novo CP entrar em vigor com as penas de multa que prevê.

105. Zipf, *Die Rechtsfolgen der Tat*, no volume *Einführung in das neue Strafrecht*, Beck, 1974, 65.

APÊNDICE

PENAS DE RECLUSÃO NO NOVO CP *

Até 2 anos

- Art. 241 — Ofensa ao pudor mediante fraude.

Até 3 anos

- Art. 154 — Seqüestro ou cárcere privado.
 Art. 186 — Induzimento à especulação e 5/15 DM
 Art. 187 — Fraude no comércio e 10/30 DM
 Art. 224 — Invasão de estabelecimento de trabalho, sabotagem e 15/50 DM
 Art. 235 — Violação de sepultura ou urna funerária e 5/20 DM
 Art. 236 — Destruição, subtração ou ocultação de cadáver e 5/20 DM
 Art. 240 — Posse sexual mediante fraude.
 Art. 243 — Corrupção de menores.
 Art. 250 — Proxenitismo.
 Art. 258 — Incesto.
 Art. 281, § 2.º — Perigo de inundação e 5/10 DM
 Art. 300 — Poluição de fluidos e 5/25 DM
 Art. 318 — Quadrilha ou bando.
 Art. 325 — Petrechos de falsificação de selos e papéis e 5/15 DM
 Art. 326 — Petrechos de falsificação de selos e papéis, se cometido por funcionário.
 Art. 329 — Falsidade ideológica — Documento particular e 5/10 DM
 Art. 331 — Falsidade ideológica — Funcionário público.

Art. 333

- Falso reconhecimento de firma ou letra — Documento particular e 5/10 DM

Art. 367, § 1.º

- Resistência — Crime contra a Administração em geral — Forma qualificada.

Art. 379

- Falso testemunho ou falsa perícia e 5/15 DM

Até 4 anos

Art. 189

- Fraude e abusos, na fundação e administração de sociedade por ações e 10/40 DM

Art. 191

- Autorização de empréstimo a dirigente da própria instituição financeira e 10/50 DM

Art. 193

- Violação de sigilo de instituição financeira e 10/50 DM

Art. 241, parágrafo único

- Ofensa ao pudor mediante fraude.

Art. 277

- Explosão e 5/30 DM

Art. 278

- Emprego de gás tóxico ou asfixiante e 5/20 DM

Art. 279

- Abuso de radiação e 5/20 DM

Art. 283

- Desabamento ou desmoronamento e 5/10 DM

Art. 365

- Reingresso de estrangeiro expulso.

Art. 380

- Corrupção ativa de testemunha ou perito e 5/15 DM

Art. 381

- Coação no curso de processo e 5/15 DM

Art. 391, § 3.º

- Fuga de preso internado.

Art. 393

- Arrebatamento de preso ou internado.

Até 5 anos

Art. 131, § 1.º

- Lesão grave.

Art. 135, § 1.º

- Abandono de pessoa.

Art. 184

- Fraude em jogo desportivo ou competição e 5/15 DM

Art. 187

- Fraude e 10/50 DM

Art. 195

- Receptação dolosa e 15/60 DM

Art. 268

- Sonegação de estado de filiação e 5/30 DM

Art. 294

- Atentado contra serviço de utilidade pública e 5/15 DM

Art. 328

- Falsificação de documento particular e 5/15 DM

* Estão indicados os casos em que a pena de multa também é cominada, cumulativamente.

Art. 329	— Falsidade ideológica — Documento público	e	5/15 DM
Art. 333	— Falso reconhecimento de firma ou letra — Documento público	e	5/15 DM
Art. 337	— Impressão de documento público	e	5/10 DM
Art. 370	— Tráfico de influência	e	15/40 DM
Art. 372	— Contrabando ou descaminho	e	10/30 DM
Art. 398	— Exploração de prestígio	e	10/30 DM
Até 6 anos			
Art. 164	— Furto simples	e	15/60 DM
Art. 179	— Apropriação indébita simples	e	15/60 DM
Art. 266	— Falso registro, parto suposto, ocultação ou substituição de recém-nascido.		
Art. 311	— Comércio, posse ou uso de entorpecentes ou substâncias que determinem dependência física ou psíquica	e	até 360 DM
Até 8 anos			
Art. 131, § 3.º	— Lesões qualificadas pelo resultado (se resulta morte).		
Art. 324	— Falsificação de selos e papéis públicos	e	5/15 DM
Art. 353	— Corrupção passiva	e	15/30 DM
Art. 371	— Corrupção ativa	e	15/30 DM
De 1 a 6 anos			
Art. 311, § 3.º	— Induzimento ao uso de entorpecentes	e	10/200 DM
De 2 a 4 anos			
Art. 242	— Sedução.		
Art. 244	— Rapto (sem prejuízo pena crime de natureza sexual que acaso se seguir ao rapto).		
De 2 a 5 anos			
Art. 250, § 1.º	— Formas qualificadas — Proxenetismo.		
Art. 251	— Favorecimento de prostituição.		
Art. 252	— Local de prostituição	e	10/40 DM

Art. 253	— Rufianismo	e	5/40 DM
Art. 284	— Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento ou impedimento do seu uso	e	10/30 DM
Art. 285	— Formas qualificadas pelo resultado do crime previsto no art. 284		
Art. 289	— Perigo de desastre ferroviário	e	5/15 DM
Art. 290	— Atentado contra transporte por água ou pelo ar	e	5/20 DM
Art. 301	— Corrupção ou poluição de água potável	e	5/15 DM
Art. 366, parágrafo único	— Formas qualificadas — Usurpação de cargo, função ou emprego público	e	10/30 DM
Art. 375	— Subtração ou inutilização de livro, processo ou documento	e	15/30 DM
De 2 a 6 anos			
Art. 122	— Provocação direta ou auxílio a suicídio.		
Art. 185	— Abuso de incapazes	e	5/16 DM
Art. 239	— Atentado violento ao pudor.		
Art. 240, parágrafo único	— Posse sexual mediante fraude.		
Art. 259	— Bigamia.		
Art. 265	— Registro de nascimento inexistente.		
Art. 302	— Corrupção ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal	e	10/30 DM
Art. 311, § 5.º	— Associação (comércio, posse uso de entorpecentes)	e	até 360 DM
Art. 322	— Petrechos para falsificação de moeda	e	5/20 DM
Art. 327	— Falsificação de documento público	e	15/30 DM
Art. 337	— Impressão documental — Documento público	e	5/15 DM
Art. 338	— Falsificação de sinal oficial, no contraste de metal nobre ou na fiscalização aduaneira, ou outros fins	e	5/15 DM
Art. 348	— Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento	e	5/15 DM
Art. 391, § 1.º	— Fuga de preso.		

De 2 a 7 anos

Art. 183	— Estelionato	e	15/60 DM
Art. 345	— Peculato mediante aproveitamento do erro de outrem	e	5/15 DM

De 2 a 8 anos

Art. 125	— Ausência ou invalidade do consentimento da gestante.		
Art. 131, § 2.º	— Ferimento incurável, perda de membro ou inutilização, sentido ou função, incapacidade permanente para o trabalho, ou deformidade duradoura.		
Art. 154, § 2.º	— Formas qualificadas pelo resultado, seqüestro ou cárcere privado.		
Art. 155	— Redução a cativo.		
Art. 164, § 4.º	— Furto qualificado	e	20/80 DM
Art. 253, § 2.º	— Rufianismo com violência.		
Art. 291, § 1.º	— Desastre efetivo — Meio de transporte	e	10/30 DM
Art. 321	— Crimes especiais com papel moeda	e	10/30 DM
Art. 350	— Concussão	e	10/30 DM
Art. 356	— Facilitação de contrabando ou descaminho	e	15/30 DM
Art. 376	— Denunciação caluniosa	e	5/15 DM
Art. 250, § 2.º	— Proxenetismo com violência.		

De 2 a 10 anos

Art. 170	— Chantagem	e	30/100 DM
----------	-------------	---	-----------

De 2 a 12 anos

Art. 352	— Desvio	e	15/30 DM
----------	----------	---	----------

De 3 a 6 anos

Art. 253, § 1.º	— Formas qualificadas — Rufianismo.		
Art. 277, § 1.º	— Formas qualificadas — Explosão	e	10/40 DM
Art. 281	— Inundação	e	5/20 DM

De 3 a 8 anos

Art. 238	— Estupro		
Art. 251, § 1.º	— Favorecimento da prostituição — Formas qualificadas		
Art. 254	— Tráfico de mulheres	e	5/40 DM
Art. 276	— Incêndio	e	5/30 DM

De 3 a 10 anos

Art. 164, § 5.º	— Furto com destruição, com abuso de confiança, fraude escalada ou destreza, chave falsa, concurso de 2 ou mais pessoas	e	30/100 DM
Art. 347	— Violação de dever funcional com fim de lucro	e	20/50 DM

De 3 a 12 anos

Art. 319	— Moeda falsa	e	15/50 DM
Art. 320	— Distribuição de moeda não autorizada	e	15/50 DM

De 3 a 15 anos

Art. 319, § 3.º	— Casos assimilados — Moeda falsa	e	15/50 DM
Art. 344	— Peculato	e	20/100 DM

De 4 a 10 anos

Art. 251, § 2.º	— Favorecimento da prostituição, com violência.		
Art. 254, § 1.º	— Formas qualificadas — Tráfico de mulheres.		
Art. 299, § 1.º	— Envenenamento com perigo extensivo	e	20/50 DM

De 4 a 12 anos

Art. 135, § 2.º	— Abandono de pessoa — Se resulta morte		
Art. 154, § 3.º	— Seqüestro ou cárcere privado — Forma qualificada pelo resultado — Se resulta morte		
Art. 289, § 1.º	— Desastre efetivo — Ferroviário	e	10/30 DM
Art. 290, § 1.º	— Superveniência de sinistro — atentado contra transporte por água ou pelo ar	e	10/30 DM

De 4 a 15 anos

Art. 130, § 1.º	— Casos assimilados — Genocídio		
Art. 167	— Roubo simples	e	30/100 DM
Art. 168	— Extorsão simples	e	30/100 DM
Art. 289, § 2.º	— Perigo de desastre ferroviário	e	20/50 DM

De 5 a 12 anos

Art. 254, § 2.º	— Tráfico de mulheres		
-----------------	-----------------------	--	--

De 5 a 15 anos

Art. 296 — Epidemia

De 5 a 16 anos

Art. 167, § 3.º — Roubo — Formas qualificadas pelo resultado — Se resulta lesão grave

De 5 a 20 anos

Art. 277, § 3.º — Explosão causada pelo desencadeamento de energia nuclear e 100/300 DM

De 6 a 15 anos

Art. 169 — Extorsão mediante seqüestro e 30/100 DM

De 6 a 18 anos

Art. 167, § 3.º — Roubo — Formas qualificadas pelo resultado — Se resulta morte

De 6 a 20 anos

Art. 120 — Homicídio simples

De 7 a 16 anos

Art. 169, § 3.º — Formas qualificadas pelo resultado — Extorsão mediante seqüestro — Se resulta lesão grave

De 8 a 18 anos

Art. 169, § 3.º — Forma qualificada pelo resultado — Se resulta morte — Extorsão mediante seqüestro

De 8 a 20 anos

Art. 167, § 4.º — Roubo simples — Lesão grave dolosa

Art. 169, § 1.º — Forma qualificada — Extorsão mediante seqüestro

De 10 a 20 anos

Art. 169, § 4.º — Extorsão mediante seqüestro — Lesão grave dolosa

De 12 a 30 anos

Art. 120, § 2.º — Homicídio qualificado

De 15 a 30 anos

Art. 130 — Genocídio

Art. 167, § 5.º — Latrocínio

De 18 a 30 anos

Art. 169, § 4.º — Extorsão mediante seqüestro — Se causa morte dolosa

PENAS DE DETENÇÃO NO NOVO CP *

De 20 dias a 2 meses

Art. 139 — Rixa simples ou 10/30 DM

Até 1 mês

Art. 272 — Abandono intelectual ou 5/15 DM

Art. 357 — Condescendência criminosa ou 10 DM

Art. 361 — Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado ou 10 DM

Art. 385 — Exercício arbitrário das próprias razões ou 5/10 DM

Até 2 meses

Art. 188 — Hospedagem fraudulenta ou 10 DM

Até 3 meses

Art. 157 — Violação de domicílio ou até 20 DM

Art. 209 — Falsa mensão de depósito ou patente ou 10 DM

Art. 217 — Falsa indicação de procedência ou 20 DM

Art. 273 — Abandono moral ou 10 DM

Art. 304 — Emprego de processo ou ingrediente não permitido ou 10 DM

Art. 305 — Invólucro ou recipiente com falsa indicação ou 5/10 DM

Art. 306 — Entrega a consumo de produtos nas condições dos artigos anteriores ou 10 DM

* Estão indicados os casos em que a pena de multa também é cominada, cumulativa ou alternativamente.

Até 3 meses

Art. 307	— Substância destinada à falsificação	ou	10 DM
Art. 309, parágrafo único	— Substância avariada — Modalidade culposa	ou	5/10 DM
Art. 310, parágrafo único	— Medicamento em desacordo com a receita médica — Modalidade culposa	ou	5 DM
Art. 323, § 2.º	— Criação da moeda paralela — Quem recebe ou utiliza como dinheiro os documentos referidos no artigo	ou	5/15 DM
Art. 349	— Emprego irregular de verbas ou rendas públicas	ou	5/15 DM
Art. 396	— Exercício ilegal da advocacia	ou	3/15 DM
Art. 388, § 1.º	— Favorecimento pessoal	e	3/10 DM

Até 6 meses

Art. 137	— Omissão de socorro	ou	10/40 DM
Art. 143	— Injúria	ou	60 DM
Art. 146	— Ofensa a memória dos mortos	ou	60 DM
Art. 153	— Ameaça	ou	até 30 DM
Art. 158	— Violação de correspondência	ou	até 20 DM
Art. 160	— Divulgação de segredo	ou	30 DM
Art. 165	— Furto de uso	ou	até 30 DM
Art. 172	— Alteração de limites	e	20 DM
Art. 174	— Dano simples	ou	30 DM
Art. 175	— Introdução ou abandono de animais em propriedade alheia	ou	15 DM
Art. 205	— Violação de patente de modelo de utilidade	ou	30 DM
Art. 206	— Violação de patente de desenho ou modelo industrial	ou	30 DM
Art. 207	— Se agente mandatário dos três artigos antecedentes		
Art. 208	— Falsa atribuição de patente	ou	30 DM
Art. 212	— Violação de direito à denominação ou insígnia	ou	30 DM
Art. 213	— Uso indevido ou imitação de expressão ou sinal de propaganda	ou	30 DM
Art. 216	— Uso indevido de armas, brasões ou distintivos públicos	ou	20 DM
Art. 227	— Frustração de lei sobre nacionalização do trabalho	ou	5/20 DM
Art. 228	— Exercício de atividade com desrespeito a decisão administrativa	ou	10 DM

Art. 230	— Aliciamento para êxodo de um local para outro dentro do país	ou	10 DM
Art. 264	— Adulterio		
Art. 266	— Falso registro, parto suposto ocultação ou substituição de recém-nascido		
Art. 270	— Abandono de mulher que tornou grávida	e	5/15 DM
Art. 271	— Entrega de filho menor a pessoa inidônea		
Art. 286, parágrafo único	— Difusão de epizootia ou praga vegetal — Modalidade culposa	ou	10 DM
Art. 291, § 2.º	— Atentado contra outro meio de transporte — Modalidade culposa		
Art. 293	— Arremesso de projétil		
Art. 303, § 2.º	— Alteração de substância alimentícia ou medicinal — Modalidade culposa	e	5/10 DM
Art. 368	— Desobediência — Crime contra a Administração	ou	5/10 DM
Art. 377	— Comunicação falsa de crime ou contravenção	ou	5/10 DM
Art. 382	— Coação indireta no curso de processo	ou	20/60 DM
Até 1 ano			
Art. 161	— Violação de intimidade	ou	até 50 DM
Art. 180	— Apropriação de coisa havida acidentalmente	ou	15 DM
Art. 196	— Receptação culposa	ou	10/50 DM
Art. 225	— Frustração de direito assegurado por lei trabalhista	e	20 DM
Art. 226	— Omissão de medida de higiene e segurança	e	5/20 DM
Art. 229	— Aliciamento para emigração	ou	5/20 DM
Art. 231	— Ultraje por motivo de religião	ou	3/10 DM
Art. 233	— Impedimento ou perturbação de culto	e	3/10 DM
Art. 234	— Impedimento ou perturbação de cerimônia funeral	ou	5/10 DM
Art. 274	— Induzimento à fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes	ou	5/15 DM
Art. 297	— Infração de medida sanitária preventiva	e	5/10 DM
Art. 335	— Falsidade de atestado de médico	ou	5/15 DM

Art. 346	— Peculato de uso	ou	até 20 DM
Art. 360	— Abandono de cargo, função ou emprego	e	5/15 DM
Art. 374	— Inutilização de edital ou sinal oficial	ou	5/15 DM
Até 2 anos			
Art. 236, parágrafo único	— Destruição, subtração, ocultação de cadáver	e	5/30 DM
Art. 237, parágrafo único	— Vilipêndio a cadáver ou suas cinzas	ou	até 30 DM
Art. 267	— Inseminação artificial		
Art. 282	— Exercício ilegal da engenharia ou arquitetura		
Art. 312	— Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica		
Art. 334	— Certidão ou atestado ideologicamente falso		
Até 3 anos			
Art. 156	— Ajuste sobre pessoa humana		
Art. 171	— Extorsão indireta	e	5/15 DM
Art. 193, parágrafo único	— Violação sigilo instituição financeira pelo diretor	e	5/20 DM
Art. 262	— Simulação de autoridade para celebração de casamento		
Art. 263	— Simulação de casamento		
Art. 308	— Outras substâncias nocivas à saúde	e	10/20 DM
Art. 334, § 1.º	— Falsidade material de atestado ou certidão		
Até 4 anos			
Art. 269	— Abandono material (crime contra assistência familiar)	e	30/150 DM
De 1 a 3 meses			
Art. 358	— Patrocínio indébito	e	5/15 DM
De 1 a 6 meses			
Art. 288	— Perigo resultante de violação de regra de trânsito	ou	10/30 DM
Art. 323, § 1.º	— Criação de moeda paralela	e	10/30 DM
Art. 388	— Favorecimento pessoal	e	3/15 DM
Art. 389	— Favorecimento real	e	5/15 DM

De 3 a 6 meses

Art. 316	— Incitação a crime	ou	5/15 DM
Art. 317	— Apologia do crime ou criminoso	ou	5/15 DM

De 1 mês a 1 ano

Art. 152	— Constrangimento ilegal	ou	5/20 DM
Art. 221	— Greve violenta	e	5/20 DM
Art. 222	— Aliciamento para suspensão ou abandono do trabalho	e	5/20 DM
Art. 232	— Vilipêndio a ato ou objeto de culto	e	3/10 DM
Art. 390	— Exercício arbitrário ou abuso de poder.		

De 2 meses a 1 ano

Art. 132	— Lesão corporal		
Art. 138	— Maus tratos	ou	10/40 DM
Art. 300, parágrafo único	— Poluição de fluidos — Modalidade culposa		
Art. 301, parágrafo único	— Corrupção ou poluição de água potável — Modalidade culposa		
Art. 308, parágrafo único	— Substâncias nocivas à saúde — Modalidade culposa		
Art. 310	— Medicamento em desacordo com a receita médica	ou	5/10 DM
Art. 399	— Vidência ou fraude em arrematação judicial	ou	5/15 DM

De 3 meses a 1 ano

Art. 128	— Aborto preterdoloso		
Art. 131	— Lesão leve		
Art. 134	— Perigo de vida ou saúde		
Art. 142	— Difamação	e	5/30 DM
Art. 144	— Injúria real	e	5/20 DM
Art. 145	— Agravante deste capítulo (Crimes contra honra)		
Art. 162	— Segredo profissional	ou	50 DM
Art. 201	— Violação de direito autoral ou direitos conexos	ou	10/30 DM
Art. 211	— Violação de direito de marca	e	10/50 DM
Art. 215	— Atos de concorrência desleal	ou	40 DM
Art. 218	— Atentado contra liberdade de trabalho	e	15/50 DM
Art. 219	— Atentado contra liberdade de contrato de trabalho	e	15/50 DM
Art. 220	— Boicotagem	e	15/50 DM

Art. 256	— Ato obsceno	ou	3/10 DM
Art. 260	— Induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento.		
Art. 266, parágrafo único	— Falso registro, parto suposto, ocultação ou substituição de recém-nascido	ou	5/20 DM
Art. 277, § 4.º	— Explosão — Modalidade culposa		
Art. 287	— Embriaguez ao volante	ou	10/40 DM
Art. 313	— Charlatanismo	e	5/15 DM
Art. 339	— Falsa identidade	ou	5/15 DM
Art. 344, § 3.º	— Peculato culposo		
Art. 353, § 2.º	— Corrupção passiva (diminuição de pena)	ou	3/10 DM
Art. 354	— Prevaricação	e	5/15 DM
Art. 355	— Desobediência à sentença (funcionário público)	e	5/15 DM
Art. 358, parágrafo único	— Patrocínio indébito — Formas qualificadas		
Art. 363	— Violação de sigilo de licitação	e	5/15 DM
Art. 376, § 2.º	— Falsa imputação de contravenção	e	3/10 DM
Art. 391, § 4.º	— Fuga de preso ou internado — Modalidade culposa	ou	5/15 DM
Art. 392	— Evasão de preso		
De 6 meses a 1 ano			
Art. 147	— Ofensa a pessoa jurídica	ou	até 60 DM
Art. 204	— Violação de patente de invenção	e	20/50 DM
Art. 302, § 2.º	— Corrupção ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal	e	5/10 DM
Art. 384, parágrafo único	— Desobediência em caso de pensão alimentícia	e	10/50 DM
De 2 meses a 2 anos			
Art. 367	— Resistência.		
De 3 meses a 2 anos			
Art. 159	— Violação de correspondência		
Art. 366	— Usurpação de cargo, função ou emprego público	e	5/15 DM
Art. 378	— Auto-acusação falsa	ou	5/15 DM
Art. 387	— Fraude processual	e	5/20 DM
Art. 400	— Desobediência a decisão sobre perda ou suspensão de atividade ou direito	ou	5/15 DM

De 4 meses a 2 anos

Art. 340	— Uso de documento pessoal alheio	e	5/15 DM
De 6 meses a 2 anos			
Art. 127	— Aborto por motivo de honra		
Art. 136	— Exposição ou abandono de recém-nascido		
Art. 137, § 1.º	— Omissão de socorro — Forma qualificada		
Art. 140	— Rixa complexa		
Art. 141	— Calúnia	e	10/40 DM
Art. 157, § 1.º	— Violação de domicílio — Forma qualificada		
Art. 166	— Furto de coisa comum	ou	40/80 DM
Art. 177	— Alteração de local especialmente protegido	e	10/50 DM
Art. 181	— Apropriação indébita de coisa comum	ou	40/50 DM
Art. 189, § 2.º	— Fraude e abuso na fundação e administração de sociedade por ações	e	5/30 DM
Art. 194	— Usura pecuniária	e	20/100 DM
Art. 202	— Usurpação de nome, pseudônimo ou sinal alheio	e	10/30 DM
Art. 223	— Interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo	e	10/30 DM
Art. 257	— Escrito ou objeto obsceno	ou	5/20 DM
Art. 261	— Conhecimento prévio de impedimento absoluto		
Art. 275	— Subtração de incapazes		
Art. 276, § 2.º	— Incêndio culposo		
Art. 277, § 4.º	— Explosão — Modalidade culposa		
Art. 278, parágrafo único	— Emprego de gás tóxico ou asfixiante — Modalidade culposa		
Art. 279	— Abuso de radiação — Modalidade culposa		
Art. 280	— Fabrico, fornecimento, posse ou transporte de material perigoso	e	5/10 DM
Art. 281, § 1.º	— Inundação — Modalidade culposa		
Art. 289, § 3.º	— Desastre ferroviário — Modalidade culposa		
Art. 290, § 2.º	— Atentado contra transporte por água ou ar — Modalidade culposa		
Art. 293, parágrafo único	— Arremesso de projétil — Se resulta lesão corporal		

Art. 299, § 2.º	— Envenenamento com perigo extensivo — Modalidade culposa		
Art. 303, § 1.º	— Alteração de substância alimentícia ou medicinal	e	5/15 DM
Art. 309	— Substância avariada	ou	15/30 DM
Art. 314	— Curandeirismo		
Art. 319, § 2.º	— Moeda falsa	e	5/15 DM
Art. 338, parágrafo único	— Falsificação de sinal oficial no contraste de metal nobre ou fiscalização aduaneira, ou para outros fins	e	5/15 DM
Art. 341, parágrafo único	— Fraude de lei sobre estrangeiro	e	5/15 DM
Art. 351	— Excesso de exação	ou	5/15 DM
Art. 362	— Violação de sigilo funcional	ou	10/30 DM
Art. 369	— Desacato	ou	10/30 DM
Art. 373	— Impedimento, perturbação de licitação ou hasta pública	ou	10/30 DM
Art. 383	— Fraude à execução	ou	10/20 DM
Art. 386	— Suspensão ou danificação de coisa própria no legítimo poder de terceiros — Subtração	e	5/15 DM
Art. 391	— Fuga de preso ou internado		

De 6 meses a 3 anos

Art. 135	— Abandono de pessoa		
Art. 173	— Aposição, supressão ou alteração de marca em animais	e	5/15 DM
Art. 174, parágrafo único	— Dano qualificado	e	5/20 DM
Art. 286	— Difusão de epizootia ou praga vegetal	e	5/15 DM
Art. 342	— Falsidade em prejuízo da nacionalização de sociedade	e	5/20 DM
Art. 359	— Violência arbitrária		
Art. 394	— Motim de presos		
Art. 395, parágrafo único	— Patrocínio infiel	e	10/30 DM
Art. 397	— Sonegação de papel ou objeto de valor probatório	e	5/15 DM

De 1 a 2 anos

Art. 192	— Atuação abusiva de instituição financeira	e	5/15 DM
Art. 296, § 2.º	— Epidemia — Modalidade culposa		

De 1 a 3 anos

Art. 122, § 2.º	— Provocação indireta ao suicídio		
Art. 158, § 3.º	— Abuso de função		
Art. 190, parágrafo único	— Títulos irregulares	e	10/50 DM
Art. 244, parágrafo único	— Rapto consensual		
Art. 295	— Interrupção ou perturbação de serviço de telecomunicações	e	5/10 DM

De 1 a 3 anos

Art. 360, parágrafo único	— Abandono de cargo, função ou emprego — Forma qualificada	e	10/20 DM
---------------------------	--	---	----------

De 1 a 4 anos

Art. 120, § 3.º	— Homicídio culposo		
Art. 123	— Auto-aborto		
Art. 124	— Aborto com o consentimento da gestante		
Art. 126	— Formas qualificadas pelo resultado do art. 124		
Art. 131, § 3.º	— Lesões qualificadas pelo resultado — Leves		
Art. 176	— Dano em coisa tombada	e	30/80 DM

De 1 a 5 anos

Art. 291	— Atentado contra outro meio de transporte	e	5/15 DM
Art. 311, § 2.º	— Prescrição indevida de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica	e	10/100 DM
Art. 332	— Duplicata simulada	e	20/50 DM

De 2 a 6 anos

Art. 121	— Infanticídio		
----------	----------------	--	--

De 2 a 10 anos

Art. 138, parágrafo único	— Maus tratos — Forma qualificada pelo resultado		
---------------------------	--	--	--

De 3 a 10 anos

Art. 277, § 4.º	— Explosão — Se é causada por desencadeamento de energia nuclear		
-----------------	--	--	--

PENAS DE MULTA COMINADAS CUMULATIVAMENTE *

Até 20 dias-multa

- Art. 172 — Alteração de limites.
 Pena — Detenção até 6 meses.
 Art. 225 — Frustração de direito assegurado por lei trabalhista.
 Pena — Detenção até 1 ano.

Até 360 dias-multa

- Art. 311 — Comércio, posse ou uso de entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica.
 Pena — Reclusão, até 6 anos.
 Art. 311, § 5.º — Associação para a prática do crime.
 Pena — Reclusão de 2 a 6 anos.

De 3 a 10 dias-multa

- Art. 232 — Vilipêndio a ato ou objeto de culto.
 Pena — Detenção de 1 mês a 1 ano.
 Art. 233 — Impedimento ou perturbação de culto.
 Pena — Detenção até 1 ano.
 Art. 376 — Denunciação caluniosa.
 § 2.º — Falsa imputação de contravenção.
 Pena — Detenção de 3 meses a 1 ano.
 Art. 388 — Favorecimento pessoal.
 § 1.º — Se ao crime é cominada pena de detenção.
 Pena — Detenção até 3 meses.

De 3 a 15 dias-multa

- Art. 388 — Favorecimento pessoal.
 Pena — Detenção de 1 a 6 meses.

De 5 a 10 dias-multa

- Art. 280 — Fabrico, fornecimento, posse ou transporte de material perigoso.
 Pena — Detenção de 6 meses a 2 anos.
 Art. 281, § 2.º — Perigo de inundação.
 Pena — Reclusão até 3 anos.
 Art. 295 — Interrupção ou perturbação de serviço de telecomunicações.
 Pena — Detenção de 1 a 3 anos.

* As respectivas penas privativas da liberdade estão sempre indicadas.

- Art. 283
 Pena
 Art. 297
 Pena
 Art. 302, § 2.º

- Pena
 Art. 303, § 2.º
 Pena
 Art. 333

- Pena
 Art. 334, § 2.º

- Pena
 Art. 337
 Pena
 Art. 329
 Pena

De 5 a 16 dias-multa

- Art. 185
 Pena

De 5 a 15 dias-multa

- Art. 171
 Pena
 Art. 173

Pena

Art. 184

Pena

Art. 186

Pena

Art. 192

Pena

Art. 358

Pena

Art. 270

Pena

Art. 271, parágrafo único

Pena

Art. 286

Pena

- Desabamento ou desmoraonamento.
 — Reclusão até 4 anos.
 — Infração de medida sanitária preventiva.
 — Detenção até 1 ano.
 — Corrupção ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal, modalidade culposa.
 — Detenção de 6 meses a 1 ano.
 — Alteração de substância alimentícia ou medicinal.
 — Detenção até 6 meses.
 — Falso reconhecimento de firma ou letra, se o documento é particular.
 — Reclusão até 3 anos.
 — Certidão ou atestado ideologicamente falso, com fim de lucro.
 — Detenção até 2 anos e até 3 anos.
 — Impressão de documento particular.
 — Reclusão até 5 anos.
 — Falsidade ideológica, em documento particular.
 — Reclusão até 3 anos.

- Abuso de incapazes.
 — Reclusão de 2 a 6 anos.

- Extorsão indireta
 — Detenção até 3 anos.
 — Aposição, supressão ou alteração de marca em animais.
 — Detenção de 6 meses a 3 anos.
 — Fraude em jogo desportivo ou competição.
 — Reclusão até 5 anos.
 — Induzimento à especulação.
 — Reclusão até 3 anos.
 — Atuação abusiva de instituição financeira.
 — Detenção de 1 a 2 anos.
 — Patrocínio indébito.
 — Detenção de 1 a 3 meses.
 — Abandono de mulher que tornou grávida.
 — Detenção até 6 meses.
 — Entrega de filho menor a pessoa inidônea, com fim de lucro.
 — Detenção até 7 meses.
 — Difusão de epizootia ou praga vegetal.
 — Detenção de 6 meses a 3 anos.

Art. 289	— Perigo de desastre ferroviário.
Pena	— Reclusão de 2 a 5 anos.
Art. 291	— Atentado contra outro meio de transporte.
Pena	— Detenção de 1 a 5 anos.
Art. 294	— Atentado contra serviço de utilidade pública.
Pena	— Reclusão até 5 anos.
Art. 301	— Corrupção ou poluição da água potável.
Pena	— Reclusão de 2 a 5 anos.
Art. 303	— Alteração de substância alimentícia ou medicinal.
Pena	— Detenção de 6 meses a 2 anos.
Art. 312, parágrafo único	— Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica, com fim de lucro.
Pena	— Detenção até 2 anos.
Art. 313	— Charlatanismo.
Pena	— Detenção de 3 meses a 1 ano.
Art. 314, parágrafo único	— Curandeirismo, mediante remuneração.
Pena	— Detenção de 6 meses a 2 anos.
Art. 319, § 2.º	— Moeda falsa. Restituição à circulação, de boa-fé.
Pena	— Detenção de 6 meses a 2 anos.
Art. 324	— Falsificação de selos e papéis públicos.
Pena	— Reclusão, até 8 anos.
Art. 325	— Petrechos de falsificação de selos e papéis.
Pena	— Reclusão até 3 anos.
Art. 328	— Falsificação de documento particular.
Pena	— Reclusão até 5 anos.
Art. 329	— Falsificação ideológica, documento público.
Pena	— Reclusão até 5 anos.
Art. 333	— Falso reconhecimento de firma ou letra, se o documento é público.
Pena	— Reclusão até 5 anos.
Art. 337	— Impressão de documento público.
Pena	— Reclusão de 2 a 6 anos.
Art. 338 e seu parágrafo único	— Falsificação de sinal oficial no contraste de metal nobre ou na fiscalização aduaneira, ou para outros fins.
Pena	— Reclusão de 2 a 6 anos.
Art. 340	— Uso de documento pessoal alheio.
Pena	— Detenção de 4 meses a 2 anos.
Art. 341	— Fraude de lei sobre estrangeiros.
Pena	— Detenção de 6 meses a 2 anos.
Art. 345	— Peculato mediante aproveitamento do erro de outrem.
Pena	— Reclusão de 2 a 7 anos.
Art. 384	— Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento.

Pena	— Reclusão de 2 a 6 anos.
Art. 354	— Prevaricação.
Pena	— Detenção de 3 meses a 1 ano.
Art. 355	— Desobediência à sentença.
Pena	— Detenção de 3 meses a 1 ano.
Art. 360	— Abandono de cargo, função ou emprego.
Pena	— Detenção até 1 ano.
Art. 363	— Violação de sigilo de licitação.
Pena	— Detenção de 3 meses a 1 ano.
Art. 366	— Usurpação de cargo, função ou emprego público.
Pena	— Detenção de 3 meses a 2 anos.
Art. 376	— Denunciação caluniosa.
Pena	— Reclusão de 2 a 8 anos.
Art. 379	— Falso testemunho ou falsa perícia.
Pena	— Reclusão até 3 anos.
Art. 380	— Corrupção ativa de testemunha ou perito.
Pena	— Reclusão até 4 anos.
Art. 381	— Coação no curso de processo.
Pena	— Reclusão até 4 anos.
Art. 386	— Subtração ou danificação de coisa própria no legítimo poder de terceiros.
Pena	— Detenção de 6 meses a 2 anos.
Art. 389	— Favorecimento real.
Pena	— Detenção de 1 a 6 meses.
Art. 397	— Sonegação de papel ou objeto de valor probatório.
Pena	— Detenção de 6 meses a 3 anos.
De 5 a 20 dias-multa	
Art. 144	— Injúria real.
Pena	— Detenção de 3 meses a 1 ano.
Art. 174, parágrafo único	— Dano qualificado.
Pena	— Detenção de 6 meses a 3 anos.
Art. 193, parágrafo único	— Violação de sigilo de instituição financeira; diretor, gerente, administrador que omitir medidas legais.
Pena	— Detenção até 3 anos.
Art. 221	— Greve violenta.
Pena	— Detenção de 1 mês a 1 ano.
Art. 222	— Aliciamento para suspensão ou abandono do trabalho.
Pena	— Detenção de 1 mês a 1 ano.
Art. 226	— Omissão de medida de higiene e segurança.
Pena	— Detenção até 1 ano.
Art. 235	— Violação de sepultura ou urna funerária.
Pena	— Reclusão até 3 anos.
Art. 236	— Destruição, subtração ou ocultação de cadáver.
Pena	— Reclusão até 3 anos.

- Art. 278 — Emprego de gás tóxico ou asfixiante.
 Pena — Reclusão até 4 anos.
 Art. 279 — Abuso de radiação.
 Pena — Reclusão até 4 anos.
 Art. 281 — Inundação.
 Pena — Reclusão de 3 a 6 anos.
 Art. 290 — Atentado contra transporte por água ou pelo ar.
 Pena — Reclusão de 2 a 5 anos.
 Art. 322 — Petrechos para falsificação de moeda.
 Pena — Reclusão de 2 a 6 anos.
 Art. 342 — Falsificação em prejuízo da nacionalização de sociedade.
 Pena — Detenção de 6 meses a 3 anos.
 Art. 387 — Fraude processual.
 Pena — Detenção de 3 meses a 2 anos.

De 5 a 25 dias-multa

- Art. 300 — Poluição de fluidos.
 Pena — Reclusão até 3 anos.

De 5 a 30 dias-multa

- Art. 142 — Difamação.
 Pena — Detenção de 3 meses a 1 ano.
 Art. 189, § 2.º — Fraudes e abusos na fundação e administração de sociedade por ações. Negociação de voto nas assembleias.
 Pena — Detenção de 6 meses a 2 anos.
 Art. 236, parágrafo único — Destruição subtração ou ocultação de cadáver.
 Pena — Detenção até 2 anos.
 Art. 268 — Sonegação de estado de filiação.
 Pena — Reclusão até 5 anos.
 Art. 276 — Incêndio.
 Pena — Reclusão de 3 a 8 anos.
 Art. 277 — Explosão.
 Pena — Reclusão até 4 anos.

De 5 a 40 dias-multa

- Art. 253 — Rufianismo.
 Pena — Reclusão de 2 a 5 anos.
 Art. 254 — Tráfico de mulheres.
 Pena — Reclusão de 3 a 8 anos.

De 10 a 20 dias-multa

- Art. 308 — Outras substâncias nocivas à saúde.
 Pena — Detenção até 3 anos.

- Art. 360, parágrafo único — Abandono de cargo, função ou emprego, forma qualificada.

Pena — Detenção de 1 a 3 anos.

De 10 a 30 dias-multa

- Art. 187 — Fraude no comércio.
 Pena — Reclusão até 3 anos.
 Art. 202 — Usurpação de nome, pseudônimo ou sinal alheio.
 Pena — Detenção de 6 meses a 2 anos.
 Art. 223 — Interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo.
 Pena — Detenção de 6 meses a 2 anos.
 Art. 284 — Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento ou impedimento do seu uso.
 Pena — Reclusão de 2 a 5 anos.
 Art. 289, § 1.º — Perigo de desastre ferroviário, se ocorre desastre efetivo.
 Pena — Reclusão de 4 a 12 anos.
 Art. 290, § 1.º — Atentado contra transporte por água ou pelo ar, se ocorre desastre.
 Pena — Reclusão de 4 a 12 anos.
 Art. 291, § 1.º — Atentado contra outro meio de transporte, se ocorre desastre.
 Pena — Reclusão de 2 a 8 anos.
 Art. 302 — Falsificação de substância alimentícia ou medicinal.
 Pena — Reclusão de 2 a 6 anos.
 Art. 321 — Crimes especiais com papel-moeda.
 Pena — Reclusão de 2 a 8 anos.
 Art. 323, § 1.º — Criação de moeda paralela; incorrem nas mesmas penas.
 Pena — Detenção de 1 a 6 anos.
 Art. 350 — Concussão.
 Pena — Reclusão de 2 a 8 anos.
 Art. 366, parágrafo único — Usurpação de cargo, função ou emprego público, na forma qualificada.
 Pena — Reclusão de 2 a 5 anos.
 Art. 372 — Contrabando ou descaminho.
 Pena — Reclusão até 5 anos.
 Art. 379 — Falso testemunho ou falsa perícia.
 Pena — Reclusão até 3 anos.
 Art. 380 — Corrupção ativa de testemunha.
 Pena — Reclusão até 4 anos.

- Art. 395 — Patrocínio infiel.
 Pena — Detenção de 6 meses a 3 anos.
 Art. 398 — Exploração de prestígio.
 Pena — Reclusão até 5 anos.

De 10 a 40 dias-multa

- Art. 141 — Calúnia.
 Pena — Detenção de 6 meses a 2 anos.
 Art. 189 — Fraudes e abusos na fundação e administração de sociedade por ações.
 Pena — Reclusão até 4 anos.
 Art. 252 — Local de prostituição.
 Pena — Reclusão de 2 a 5 anos.
 Art. 277, § 1.º — Explosão, formas qualificadas.
 Pena — Reclusão de 3 a 6 anos.

De 10 a 50 dias-multa

- Art. 177 — Alteração de local especialmente protegido.
 Pena — Detenção de 6 meses a 2 anos.
 Art. 187, § 2.º — Fraude no comércio, defraudação de qualidade do metal.
 Pena — Reclusão até 5 anos.
 Art. 190 — Títulos irregulares.
 Pena — Detenção de 1 a 3 anos.
 Art. 191 — Autorização de empréstimo a dirigente da própria instituição financeira.
 Pena — Reclusão até 4 anos.
 Art. 193 — Violação de sigilo de instituição financeira.
 Pena — Reclusão até 4 anos.
 Art. 211 — Violação de direito de marca.
 Pena — Detenção de 3 meses a 1 ano.
 Art. 302 — Corrupção ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal.
 Pena — Reclusão de 2 a 6 anos.
 Art. 321, parágrafo único — Crimes especiais com papel-moeda.
 Pena — Reclusão de 2 a 8 anos.
 Art. 384 — Desobediência em caso de pensão alimentícia.
 Pena — Detenção de 6 meses a 1 ano.

De 10 a 100 dias-multa

- Art. 311, § 2.º — Comércio, posse ou uso de entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica, prescrição indevida de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.
 Pena — Detenção de 1 a 5 anos.

De 10 a 200 dias-multa

- Art. 311, § 3.º — Induzimento ao uso de entorpecentes.
 Pena — Reclusão de 1 a 6 anos.

De 15 a 30 dias-multa

- Art. 327 — Falsificação de documento público.
 Pena — Reclusão de 2 a 6 anos.
 Art. 352 — Desvio.
 Pena — Reclusão de 2 a 12 anos.
 Art. 353 — Corrupção passiva.
 Pena — Reclusão até 8 anos.
 Art. 356 — Facilitação de contrabando ou descaminho.
 Pena — Reclusão de 2 a 8 anos.
 Art. 371 — Corrupção ativa.
 Pena — Reclusão até 8 anos.
 Art. 375 — Subtração ou inutilização de livro, processo ou documento.
 Pena — Reclusão de 2 a 5 anos.

De 15 a 40 dias-multa

- Art. 370 — Tráfico de influência.
 Pena — Reclusão até 5 anos.

De 15 a 50 dias-multa

- Art. 218 — Atentado contra a liberdade de trabalho.
 Pena — Detenção de 3 meses a 1 ano.
 Art. 219 — Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho.
 Pena — Detenção de 3 meses a 1 ano.
 Art. 220 — Boicotagem violenta.
 Pena — Detenção de 3 meses a 1 ano.
 Art. 224 — Invasão de estabelecimento de trabalho, sabotagem.
 Pena — Reclusão até 3 anos.
 Art. 319 e seu § 3.º — Moeda falsa e casos assimilados.
 Pena — Reclusão de 3 a 12 anos.
 Art. 320 — Distribuição de moeda não autorizada.
 Pena — Reclusão de 3 a 12 anos.

De 15 a 60 dias-multa

- Art. 164 — Furto simples.
 Pena — Reclusão até 6 anos.
 Art. 179 — Apropriação indébita simples.
 Pena — Reclusão até 6 anos.

- Art. 183 — Estelionato.
 Pena — Reclusão de 2 a 7 anos.
 Art. 195 — Receptação dolosa.
 Pena — Reclusão até 5 anos.

De 20 a 50 dias-multa

- Art. 332 e seu parágrafo único — Duplicata simulada. Registro de duplicatas.
 Pena — Detenção de 1 a 5 anos.
 Art. 347 — Violação de dever funcional com fim de lucro.
 Pena — Reclusão de 3 a 10 anos.
 Art. 204 — Violação de patente de invenção.
 Pena — Detenção de 6 meses a 1 ano.
 Art. 289, § 2.º — Perigo de desastre ferroviário se o agente quis causar o desastre.
 Pena — Reclusão de 4 a 15 anos.
 Art. 299 — Envenenamento com perigo extensivo.
 Pena — Reclusão de 4 a 10 anos.

De 20 a 80 dias-multa

- Art. 164, § 4.º — Furto noturno.
 Pena — Reclusão de 2 a 8 anos.

De 20 a 100 dias-multa

- Art. 194 — Usura pecuniária.
 Pena — Detenção de 6 meses a 2 anos.
 Art. 344 — Peculato.
 Pena — Reclusão de 3 a 15 anos.

De 30 a 80 dias-multa

- Art. 176 — Dano em coisa tombada.
 Pena — Detenção de 1 a 4 anos.

De 30 a 100 dias-multa

- Art. 164, § 5.º — Furto qualificado.
 Pena — Reclusão de 3 a 10 anos.
 Art. 167 — Roubo simples.
 Pena — Reclusão de 4 a 15 anos.
 Art. 168 — Extorsão simples.
 Pena — Reclusão de 4 a 15 anos.
 Art. 169 — Extorsão mediante seqüestro.
 Pena — Reclusão de 6 a 15 anos.
 Art. 170 — Chantagem.
 Pena — Reclusão de 2 a 10 anos.

De 30 a 150 dias-multa

- Art. 269 — Abandono material.
 Pena — Detenção até 4 anos.

De 100 a 300 dias-multa

- Art. 277, § 3.º — Explosão, qualificada.
 Pena — Reclusão de 5 a 20 anos.

PENAS DE MULTA COMINADAS ALTERNATIVAMENTE ***Até 5 dias-multa**

- Art. 310, parágrafo único — Medicamento em desacordo com a receita médica, modalidade culposa.
 Pena — Detenção até 3 meses.

Até 10 dias-multa

- Art. 188 — Hospedagem fraudulenta.
 Pena — Detenção até 2 meses.
 Art. 209 — Falsa menção de depósito ou patente.
 Pena — Detenção até 3 meses.
 Art. 228 — Exercício de atividade com desrespeito a decisão administrativa.
 Pena — Detenção até 6 meses.
 Art. 230 — Aliciamento para êxodo de um local para outro do país.
 Pena — Detenção até 6 meses.
 Art. 273 — Abandono moral (crime contra a assistência familiar).
 Pena — Detenção até 3 meses.
 Art. 286, parágrafo único — Difusão de epizootia ou praga vegetal.
 Pena — Detenção até 6 meses.
 Art. 304 — Emprego de processo ou ingrediente não permitido.
 Pena — Detenção até 3 meses.
 Art. 306 — Entrega a consumo de produtos nas condições dos artigos anteriores (ingredientes não permitidos).
 Pena — Detenção até 3 meses.
 Art. 307 — Substância destinada à falsificação.
 Pena — Detenção até 3 meses.
 Art. 357 — Condescendência criminosa.
 Pena — Detenção até 1 mês.

* As respectivas penas privativas da liberdade estão sempre indicadas.

- Art. 361 — Exercício funcional ilegal antecipado ou prolongado.
 Pena — Detenção até 1 mês.

Até 15 dias-multa

- Art. 175 — Introdução ou abandono de animais em propriedade alheia.
 Pena — Detenção até 6 meses.
 Art. 180 — Apropriação de coisa havida acidentalmente.
 Pena — Detenção até 1 ano.

Até 20 dias-multa

- Art. 157 — Violação de domicílio.
 Pena — Detenção até 3 meses.
 Art. 158 — Violação de correspondência.
 Pena — Detenção até 6 meses.
 Art. 216 — Uso indevido de armas, brasões ou distintivos públicos.
 Pena — Detenção até 6 meses.
 Art. 217 — Falsa indicação de procedência.
 Pena — Detenção até 3 meses.
 Art. 346 — Peculato de uso.
 Pena — Detenção até 1 ano.

Até 30 dias-multa

- Art. 153 — Ameaça.
 Pena — Detenção até 6 meses.
 Art. 160 — Divulgação de segredo.
 Pena — Detenção até 6 meses.
 Art. 165 — Furto de uso.
 Pena — Detenção até 6 meses.
 Art. 174 — Dano simples.
 Pena — Detenção até 6 meses.
 Art. 205 — Violação de patente de modelo de utilidade.
 Pena — Detenção até 6 meses.
 Art. 206 — Violação de patente de desenho ou modelo industrial.
 Pena — Detenção até 6 meses.
 Art. 208 — Falsa atribuição de patente.
 Pena — Detenção até 6 meses.
 Art. 212 — Violação de direito à denominação ou insígnia.
 Pena — Detenção até 6 meses.
 Art. 213 — Uso indevido ou imitação de expressão ou sinal de propaganda.
 Pena — Detenção até 6 meses.
 Art. 237, parágrafo único — Vilipêndio a cadáver ou suas cinzas.
 Pena — Detenção até 2 anos.

Até 40 dias-multa

- Art. 215 — Atos de concorrência desleal.
 Pena — Detenção de 3 meses a 1 ano.

Até 50 dias-multa

- Art. 161 — Violação de intimidade.
 Pena — Detenção até 1 ano.
 Art. 162 — Segredo profissional.
 Pena — Detenção de 3 meses a 1 ano.

Até 60 dias-multa

- Art. 143 — Injúria.
 Pena — Detenção até 6 meses.
 Art. 146 — Ofensa à memória dos mortos.
 Pena — Detenção até 6 meses.
 Art. 147 — Ofensa a pessoa jurídica.
 Pena — Detenção de 6 meses.

De 2 a 5 dias-multa

- Art. 131, § 5.º — Substituição de pena nas lesões leves e recíprocas.

De 3 a 10 dias-multa

- Art. 231 — Ultraje por motivo de religião.
 Pena — Detenção até 1 ano.
 Art. 256 — Ato obsceno.
 Pena — Detenção de 3 meses a 1 ano.
 Art. 353, § 2.º — Corrupção passiva
 Pena — Detenção de 3 meses a 1 ano.

De 3 a 15 dias-multa

- Art. 396 — Exercício ilegal da advocacia.
 Pena — Detenção até 3 meses.

De 5 a 10 dias-multa

- Art. 234 — Impedimento ou perturbação de cerimônia funeral.
 Pena — Detenção até 1 ano.
 Art. 305 — Invólucro ou recipiente com falsa indicação.
 Pena — Detenção até 3 meses.
 Art. 309, parágrafo único — Substância avariada, modalidade culposa.
 Pena — Detenção até 3 meses.
 Art. 310 — Medicamento em desacordo com a receita médica.
 Pena — Detenção de 2 meses a 1 ano.
 Art. 368 — Desobediência.
 Pena — Detenção até 6 meses.

Art. 377	— Comunicação falsa de crime ou contravenção.
Pena	— Detenção até 6 meses.
Art. 385	— Exercício arbitrário das próprias razões.
Pena	— Detenção até 1 mês.
De 5 a 15 dias-multa	
Art. 272	— Abandono intelectual.
Pena	— Detenção até 1 mês.
Art. 274	— Induzimento à fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes.
Pena	— Detenção até 1 ano.
Art. 316	— Incitação a crime.
Pena	— Detenção de 3 a 6 meses.
Art. 317	— Apologia do crime ou criminoso.
Pena	— Detenção de 3 a 6 meses.
Art. 323, § 2.º	— Criação de moeda paralela: quem recebe ou utiliza como dinheiro qualquer desses documentos referidos.
Pena	— Detenção até 3 meses.
Art. 335	— Falsidade de atestado de médico.
	— Detenção até 1 ano.
Art. 339	— Falsa identidade.
Pena	— Detenção de 3 meses a 1 ano.
Art. 349	— Emprego irregular de verbas ou rendas públicas.
Pena	— Detenção até 3 meses.
Art. 351	— Excesso de exação.
Pena	— Detenção de 6 meses a 2 anos.
Art. 374	— Inutilização de edital ou sinal oficial.
Pena	— Detenção até 1 ano.
Art. 378	— Auto-acusação falsa.
Pena	— Detenção de 3 meses a 2 anos.
Art. 391, § 4.º	— Fuga de preso ou internado, modalidade culposa.
Pena	— Detenção de 3 meses a 1 ano.
Art. 339	— Violência ou fraude em arrematação judicial.
Pena	— Detenção de 2 meses a 1 ano.
Art. 400	— Desobediência à decisão sobre perda ou suspensão de atividade ou direito.
Pena	— Detenção de 3 meses a 2 anos.

De 5 a 20 dias-multa

Art. 152	— Constrangimento ilegal.
Pena	— Detenção de 1 mês a 1 ano.
Art. 227	— Frustração de lei sobre nacionalização do trabalho.
Pena	— Detenção até 6 meses.
Art. 229	— Aliciamento para emigração.
Pena	— Detenção até 1 ano.

Art. 257	— Escrito ou objeto obsceno.
Pena	— Detenção de 6 meses a 2 anos.
Art. 266, parágrafo único	— Falso registro ou parto suposto, praticado por motivo de reconhecida nobreza.
Pena	— Detenção de 3 meses a 1 ano.

De 10 a 20 dias-multa

Art. 383	— Fraude à execução.
Pena	— Detenção de 6 meses a 2 anos.

De 10 a 30 dias-multa

Art. 139	— Rixa simples.
Pena	— Detenção de 20 dias a 2 meses.
Art. 201	— Violação de direito autoral ou direitos conexos.
Pena	— Detenção de 3 meses a 1 ano.
Art. 288	— Perigo resultante de violação de regra de trânsito.
Pena	— Detenção de 1 a 6 meses.
Art. 298	— Omissão de notificação de doença.
Pena	— Detenção até 6 meses.
Art. 362	— Violação de sigilo funcional.
Pena	— Detenção de 6 meses a 2 anos.
Art. 369	— Desacato.
Pena	— Detenção de 6 meses a 2 anos.
Art. 373	— Impedimento, perturbação ou fraude de licitação ou hasta pública.
Pena	— Detenção de 6 meses a 2 anos.

De 10 a 40 dias-multa

Art. 137	— Omissão de socorro.
Pena	— Detenção até 6 meses.
Art. 138	— Maus tratos.
Pena	— Detenção de 2 meses a 1 ano.
Art. 287	— Embriaguez ao volante.
Pena	— Detenção de 3 meses a 1 ano.

De 10 a 50 dias-multa

Art. 196	— Receptação culposa.
Pena	— Detenção até 1 ano.

De 15 a 30 dias-multa

Art. 309	— Substância avariada.
Pena	— Detenção de 6 meses a 2 anos.

De 20 a 60 dias-multa

- Art. 382 — Coação indireta no curso de processo.
Pena — Detenção até 6 meses.

De 40 a 50 dias-multa

- Art. 181 — Apropriação indébita de coisa comum.
Pena — Detenção de 6 meses a 2 anos.

De 40 a 80 dias-multa

- Art. 166 — Furto de coisa comum.
Pena — Detenção de 6 meses a 2 anos.

COMENTARIOS E COMUNICAÇÕES

O EXERCÍCIO DO DIREITO DE QUEIXA OU DE REPRESENTAÇÃO, POR CURADOR ESPECIAL

ANTONIO ACIR BREDÁ

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. Ausência do representante legal — 3. Conceito de colisão de interesses — 4. Natureza do despacho de nomeação — 5. Poderes do curador especial — 6. A jurisprudência a respeito do art. 33, do CPP — 7. A reforma da lei processual penal.

1. O Código de Processo Penal, ao tratar da ação penal, dispõe no art. 33: "Se o ofendido for menor de dezoito anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal".¹

1. O dispositivo tem origem no art. 121, do CP italiano: "Diritto di querela esercitato da un curatore speciale. Se la persona offesa è minore degli anni quattordici o inferma demente, e non v'è chi ne abbia la rappresentanza, ovvero chi l'esercita si trovi con la persona medesima in conflitto di interessi, il diritto di querela è esercitato da un curatore speciale".

A querela do direito italiano corresponde à nossa representação.

No direito argentino, consoante o magistério de Velez Mariconde, *Dere-*

A lei só menciona o exercício do direito de queixa, mas não há dúvida de que a nomeação de curador especial também poderá ocorrer para o exercício do direito de representação. Esta é, aliás, a hipótese mais comum. Via de regra, a nomeação de curador especial se dá nos crimes contra os costumes, tornando-se a ação penal pública, porque a "vítima ou seus pais não podem prover as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família".² Em tal hipótese o curador especial é nomeado para oferecer ou

cho Procesal Penal, Buenos Aires, 1969, t. II, pág. 262, é dispensável a provocação do ofendido e "se procederá de ofício cuando un menor o incapaz no tenga representante o se encuentre abandonado, o cuando existan intereses contrapuestos entre el incapaz y su representante".

2. Art. 225, § 1.º, n. I, do CP.

não a representação.³ O exercício do direito de queixa, por curador especial, a realidade forense demonstra, é muito raro.

A lei confere ao curador especial o direito de queixa ou de representação em duas hipóteses: a) ao menor de dezoito anos, ou mentalmente enfermo, cu retardado mental, que não tiver representante legal; b) quando houver colisão de interesses entre o representante legal e o representado.

2. A lei é omissa quanto às hipóteses em que pode ocorrer a falta de representante legal do incapaz. Aliás, também não menciona quem o representante. Na omissão da lei processual, como salienta Hélió Tornaghi, deve-se suprir a lacuna “de acordo com as regras do art. 3.º, isto é, pela aplicação analógica ou pelo recurso aos princípios gerais de direito. E é princípio do Direito brasileiro a representação dos incapazes pelo pai, mãe, tutor ou curador”.⁴

A falta do representante legal, para os fins do art. 33, do CPP, pode ocorrer por diversas causas: assim, como é elementar, pela morte dos pais; pela ausência, mesmo que temporária, dos

3. Cf. José Frederico Marques, *Estudos de Direito Processual*, Forense, 1960, pág. 110; Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Borsoi, 1954, vol. 1.º, pág. 392, também se refere à representação exercida por curador especial.

4. *Comentários ao Código de Processo Penal*, Forense, 1956, vol. I, t. II, pág. 48.

representantes legais;⁵ pelo abandono;⁶ pela falta de nomeação de tutor ou curador; ou porque a tutela ou curatela esteja vaga ou tenha sido abandonada.⁷

Como a lei pressupõe incapacidade absoluta ao incapaz, o exercício do direito de queixa ou de representação só poderá ser exercido por curador especial, na falta de representante legal.⁸

3. Mesmo que o ofendido tenha representante legal, a lei impõe a nomeação de curador especial quando houver, entre ambos, colisão de interesses. O conceito do que se deva entender por colisão de interesses não tem sido devidamente pesquisado, entre nós. A jurisprudência dos tribunais, por outro lado, tem-se orientado de modo controvertido. Qualquer estudo, porém, não poderá ignorar a doutrina do direito italiano, posto que o art. 33, do CPP, inspirou-se no art. 121, do CP italiano.

5. Sustenta Eduardo Espínola Filho, ob. cit., pág. 382: “Na falta, ou mesmo ausência temporária, do representante legal do ofendido, exerce o direito de representação a pessoa que o tiver sob a sua guarda; e, se miserável, é legítima a intervenção do Ministério Público”. Não lhe assiste razão. Na falta, ou ausência mesmo temporária, do representante legal do ofendido, o direito de representação só poderá ser exercido pelo curador especial nomeado pelo juiz. É o que demonstra, sobejamente, José Frederico Marques, ob. cit., pág. 110.

6. RT 378/180.

7. Battaglini. *La Querela*, 1958, pág. 376. É a lição também de Sallatelli e Romano-Di Falco, *Commento Teorico Pratico del Nuovo Codice Penale*, Turim, 1931, vol. I, pág. 617.

8. Cf. Hélió Tornaghi, ob. cit., pág. 66.

Diz Hélió Tornaghi que haverá colisão de interesses, entre representante e representado, “se a propositura da ação interessa a um e não interessa ao outro, como v. g., o representante legal é autor do crime”.⁹ O interesse do ofendido deve ser perquirido pela autoridade jurisdicional, independente de eventual declaração que a princípio represente concordância com o seu representante legal, uma vez que a lei não lhe reconhece qualquer vontade relevante. Se a possuisse, teria também o exercício do direito de queixa ou de representação. O exemplo, dado por Hélió Tornaghi e freqüentemente repetido pela doutrina, de ser o representante legal o autor do delito, é verdadeiro apenas em parte. Nos crimes contra os costumes, a ação penal torna-se pública incondicionada “se o crime é cometido com abuso de pátrio poder, ou da qualidade de padrasto ou curador”.¹⁰ Se é certo que a nomeação de curador especial ocorre com mais freqüência nos crimes contra os costumes, desde que o representante legal tenha sido o autor do crime, torna-se dispensável essa nomeação, uma vez que a ação penal torna-se pública incondicionada.¹¹ Em tal caso, não se exige qualquer condição de procedibilidade, seja para a instauração do inquérito

9. Ob. cit., pág. 67.

10. Cf. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, Bushatsky, 1958, vol. 2.º, pág. 440; Magalhães Noronha, *Direito Penal*, Saraiva, 1971, vol. 3.º, pág. 225.

11. Há julgados de nossos tribunais admitindo a ação penal pública incondicionada, quando o delito é cometido pelo companheiro da mãe, equiparando-o ao padrasto (RT 210/346; 322/145). Essa equiparação não pode ser admitida, nem a permite a lei penal.

policial, seja para o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público. A lição da doutrina, ora examinada, torna-se claro que não serve para o efeito de determinar o real significado da expressão “colisão de interesses”.

Bento de Faria, por sua vez, ao examinar a colisão de interesses, entre representante e representado, diz a respeito: “O representante legal torna-se incompatível com o interesse do incapaz não somente quando lhe for materialmente impossível assumir a sua defesa, ou quando o seu procedimento o tornar suspeito em relação a ela. Em se tratando de pai ou mãe, tal se verifica em todos os casos que autorizam a suspensão do pátrio poder”.¹² Assim, de acordo com o Código Civil, “se o pai, ou mãe, abusar do seu poder, faltando aos deveres paternos, ou arruinando os bens do filho, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou Ministério Público, adotar a medida, que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, suspendendo até, quando convenha, o pátrio poder”.¹³ Suspende-se igualmente o exercício do pátrio poder ao pai ou mãe condenados por sentença irreversível, em crime cuja pena exceda de dois anos de prisão.¹⁴ Não é exato, porém, procurar-se na lei civil elementos para conceituar a colisão de interesses, de que tratamos. Primeiro, porque a lei processual penal não exige o exercício do pátrio poder, como requisito ao exercício do direito de queixa ou de representação. Não se deve, pelo contrário, cogitar sequer da prévia suspensão do pátrio poder, para a nomeação do curador especial. Em

12. *Código de Processo Penal*, 2.ª ed., vol. 1.º, pág. 133.

13. Art. 394.

14. CC, parágrafo único do art. 394.

face da lei processual penal, a suspensão do pátrio poder não impede que o representante legal, seja o pai ou a mãe, exercite o direito de queixa ou de representação. Poderá ocorrer que a colisão de interesses, surgida quando da existência do crime de que foi vítima o incapaz, possa servir de motivo à futura suspensão do pátrio poder, no nível. Ou que, durante o processo penal, na forma do art. 71, do CP, o juiz decrete a "suspensão provisória do exercício do pátrio poder", desde que a interdição correspondente possa resultar da condenação. Essas questões, porém, não se confundem com a nomeação do curador especial, uma vez que a lei processual penal não exige a plena atividade do pátrio poder, como condição ao exercício do direito de queixa ou de representação. A colisão de interesses, de que cuidamos, é assunto diverso.¹⁵

Gomes Neto¹⁶ menciona que "há colisão de interesses quando, por exemplo, o próprio representante legal for o autor ou co-autor do crime de que foi vítima o representado, como também quando o autor ou co-autor, seja pessoa ligada ao representante legal do ofendido por laços de igual paren-

tesco, natural ou civil, ou estiver, por outro modo ou razão, contra os interesses do ofendido". Não é correto afirmar-se que haverá sempre colisão de interesses quando o representante legal do ofendido seja pessoa ligada ao autor do delito. Se, no caso concreto, o parentesco ou a ligação existente impedir que o representante legal proceda como normalmente agiria, aí sim ocorrerá a colisão de interesses e a consequente necessidade de nomeação de um curador especial. Assim o delito cometido pelo próprio pai, tirantes entre nós os crimes contra os costumes, não impede que a mãe ofereça representação, ou exercite o direito de queixa.¹⁷ Pode ocorrer, porém, que a mãe, o que será mais comum, procure proteger o marido, ou seja por este compelida no sentido de não tutelar os interesses do ofendido. Aqui ocorrerá a colisão de interesses. Mas, na hipótese inversa, exercido o direito de queixa ou de representação, este é válido.¹⁸

Câmara Leal, entre nós, foi quem melhor entendeu a regra do art. 33, do CPP, no aspecto pertinente à colisão de interesses, indicando as seguintes hipóteses: "a) o crime contra o qual deve ser exercido o direito de queixa pelo incapaz foi cometido por seu representante legal; b) embora não tenha praticado o crime, o representante legal do incapaz teve nele uma certa participação material ou moral; c) foi o crime perpetrado por pessoa a que o representante legal do ofendido esteja ligado por estreitos laços de parentesco ou subordinação, havendo a presunção de interesse favorável ao indiciado; d) o representante legal do ofendido mantém com o autor

17. Cf. Manzini, ob. cit., pág. 58.

18. Idem, ibidem.

15. Cf. Giovanni Leone, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. Sentis Melendo, Buenos Aires, 1963, vol. II, pág. 28; Manzini, *Derecho Procesal Penal*, trad. Sentis Melendo, Buenos Aires, 1953, pág. 55. Ambos fazem remissão à exposição ministerial ao projeto de Código Penal italiano, onde se consignou que "para os fins do exercício do direito de representação, a atualidade do exercício do pátrio poder não tem importância alguma". Em nosso direito constituído também não há essa exigência.

16. *Teoria e Prática do Código de Processo Penal*, 1957, vol. 1.º, págs. 154 e 155.

do delito relações de íntima amizade e deu provas inequívocas de interesse pela sua sorte; e) há evidentes indícios de que o representante legal do ofendido recebeu promessas de recompensa do autor do crime para abster-se de intentar a ação penal contra ele. Em qualquer dessas hipóteses é manifesto o interesse do representante legal do ofendido em colisão ou oposição ao interesse deste na repressão do autor da infração penal".¹⁹ Assim mesmo, deve-se ter em consideração que o exemplo de ser o autor do crime ao mesmo tempo o representante legal do ofendido não é válido para a hipótese mais comum, nos crimes contra os costumes.

Saliente-se, que em todos os casos enumerados pela doutrina, a colisão de interesses poderá não ocorrer, dependendo do comportamento do representante legal do ofendido. Assim, se o crime foi praticado por pessoa ligada intimamente ao representante legal do ofendido, esta ligação, em concreto, poderá não ter qualquer influência no comportamento do representante legal, desde que o mesmo defenda legitimamente os interesses do incapaz. Se, porém, a sua conduta sofrer qualquer inibição, em prejuízo do incapaz, será evidente a colisão. Isto demonstra que, em determinados casos, há uma presunção que desfavorece o representante legal, devendo a autoridade jurisdicional examinar cuidadosamente se os interesses do incapaz estão sendo representados de modo efetivo.

Se houver fundada dúvida quanto ao comportamento do representante legal, por exemplo, em caso de renúncia ao direito de queixa, entendemos que a

melhor solução seria a nomeação do curador especial, designado este não com o propósito de se instaurar a ação penal, mas com a finalidade de examinar a correção do procedimento do representante legal. É que em princípio nada há de anormal no fato de o representante legal do ofendido renunciar ao direito de queixa, a não ser que tenha sido movido por interesses subalternos, em detrimento do incapaz. Seria uma demasia exigir-se a certeza do fato, com base em prova meramente circunstancial, como ocorre no inquérito policial, ocasião em que, geralmente, se dá a nomeação. O inquérito policial tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade é a de ministrar elementos necessários à proposição da ação penal. Não se pode cogitar, tecnicamente, de prova incontroversa nessa fase preliminar e anterior à instauração da ação penal. Também não se deve admitir qualquer interesse do réu em reivindicar uma decisão favorável no assunto. O princípio de que a dúvida deve sempre favorecer ao réu (*in dubio pro reo*), a nosso ver, é inaplicável no exame das condições de procedibilidade e dos pressupostos processuais.^{19-bis} Esse relevante princípio, intimamente ligado ao direito de defesa, como adverte Figueiredo Dias, não pode ser invocado no exame dos pressupostos processuais e das condições de procedibilidade.²⁰ Com muito maior razão, em relação à nomeação do curador especial, se esta ocorre ainda na fase do inquérito po-

19-bis. Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra, 1974, vol. I, págs. 216 e 217.

19. *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*, 1942, vol. 1.º, págs. 166 e 167.

20. O mesmo ocorre no exame das condições da ação, especialmente em relação à possibilidade jurídica do pedido.

licial, não se pode exigir uma prova concludente da colisão de interesses, nem a dúvida pode favorecer ao indicado.

A colisão de interesses pode ocorrer não só quando o representante legal tem, em oposição ao representado, um interesse próprio ou de terceiro, na não promoção da ação penal, como na hipótese inversa. Pode ser incomum, mas nada impede que, em decorrência dessa colisão, o representante legal promova a ação penal, em função de um interesse próprio, em oposição ao interesse do representado.²¹

A expressão "colisão de interesses" não pode ser entendida em sentido civilístico, "cioè come un contrasto di carattere patrimoniale: può essere anche un contrasto soltanto morale".²² Deve tratar-se "non di un conflitto ipotetico e probabile, ma di un conflitto realmente esistente".²³ Haverá a colisão sempre que determinada circunstância restringir ou inibir o normal procedimento do representante legal, em prejuízo do interesse do ofendido. Este é, aliás, o interesse prevalente.²⁴

21. Cf. Alberto Candian, *La Querela*, Giuffrè, 1951, pág. 149.

22. Battaglini, ob. cit., pág. 377. Esse entendimento reiteradamente mencionado pela doutrina italiana remonta a antigo julgado da Corte de Cassação: "Il conflitto d'interessi, tra la persona minore degli anni 14 offesa dal reato e la persona che ne ha la legale rappresentanza, non va inteso restrittivamente, come contrasto di carattere patrimoniale, ma può essere inteso come contrasto di natura morale". Cf. Giuseppe Lattanzi, *I Codici Penali con la Costituzione e Leggi Varie*, Giuffrè, 1972, pág. 248.

23. Ob. cit., pág. 378.

24. Assim leciona Alberto Candian, ob. cit., pág. 145: "Il titolare dell'ufficio di protezione del minore o incapace, sia che ponga in essere un nego-

Se é certo que a hipótese mais flagrante da colisão de interesses ocorre quando o próprio representante legal é o autor ou co-autor do delito,²⁵ ressaltados os casos de crimes contra os costumes, há várias outras hipóteses, de exemplificação impossível, onde poderá ocorrer a colisão e ser obrigatória a nomeação do curador especial. Como adverte Battaglini "la letteratura umanitaria e sociale di tutti i paesi ha descritto coi colori più vivi del disprezzo genitori che commerciano sulla corruzione delle figlie minorenni. La fanciulla che tiene al suo onore sessuale, non deve essere sformata del mezzo di far perseguitare chi vi tenta o effettivamente lo attacca, quando un perfido, che la legge le ha dato per proteggerla, ha un interesse comune (sia pure non afferrabile criminalmente) con chi la offende".²⁶ A colisão que nos interessa é aquela que restringe o normal poder da representa-

ção de direito privado sia invece un atto penalmente rilevante, deve attuare l'interesse del rappresentato e non usare dei suoi poteri per un interesse proprio o di terzi, in contrasto con quello del minore o incapace".

Idêntica é a lição de Remo Pannaim, *Manuale di Diritto Penale*, 1967, vol. I, pág. 908: "Conflito d'interessi si ha in ogni caso in cui v'è contrasto tra rappresentante e rappresentato; più propriamente il conflitto d'interessi si riferisce a quei casi, in cui il rappresentante, nel compiere un atto, abbia da realizzare un interesse proprio o di un terzo, opposto a quello del rappresentato".

Saltelli e Romano-Di Falco, ob. cit., pág. 617, advertem que "a colisão de interesses deve ser entendida com significado mais amplo daquele previsto no Código Civil", isto é, "independente de qualquer conflito de natureza patrimonial."

26. Ob. cit., pág. 378.

ção legal.²⁷ Se isso ocorrer, deve a autoridade jurisdicional proceder à nomeação do curador especial.

Em outras palavras, ocorre a colisão de interesses "quando haja razoáveis motivos para se crer que o representante do incapaz não tutelará os interesses do ofendido como normalmente o faria qualquer outro representante".²⁸

Leone, depois de mencionar o caso mais restrito do representante legal que é o autor do próprio delito, refere, a título de exemplo, algumas hipóteses de colisão de interesses, como a da mãe "que, exercendo o pátrio poder, seja esposa em segundas núpcias ou amante do autor do delito de violência carnal contra a própria filha,²⁹ ou, ainda, a hipótese em que os pais recusem apresentar querela, a fim de evitar seja a filha despedida da fábrica onde estava empregada e cujo titular era autor do delito".³⁰ Em todos esses casos a jurisprudência italiana tem reconhecido a colisão de interesses. No mesmo sentido a lição de Manzini, que entende ocorrer colisão de interesses quando o representante legal se negue sem um motivo justificado a oferecer representação, ou quando tenha interesse em favorecer o ofensor.³¹

Romano-di Falco diz a propósito da colisão de interesses: "Si deve trattare di un conflitto realmente esistente. L'interesse può essere anche esclusivamente d'ordine morale e deve essere ricollegato al reato e non a un interesse estraneo al reato. Deve intercedere un incompatibilità tra gli interessi contrastanti".³²

27/28. Leone, ob. cit., pág. 30.

29/30. Idem, ibidem.

31. Ob. cit., pág. 59.

32. *Manuale di Diritto Penale*, Roma, 1953, pág. 170.

Em conclusão, a colisão de interesses deve ser perquirida, tendo-se em consideração o interesse do ofendido. O representante legal não pode sobrepor um interesse próprio ou de terceiro, em oposição ao interesse do incapaz, seja para oferecer representação ou queixa, seja para deixar de exercitar o direito de queixa ou de representação. Sempre que o representante legal atuar no sentido de favorecer o ofensor, em prejuízo do ofendido, haverá a colisão de interesses. Os exemplos, com frequência mencionados pela doutrina, devem servir como elemento de presunção da existência da colisão, sem que isso importe em obrigatoriedade do reconhecimento. O juiz, criteriosamente, deve examinar no caso concreto a ocorrência de eventual colisão de interesses, devendo guiar-se tendo em conta o fato delituoso e o comportamento do representante legal. A nosso ver, a dúvida fundada quanto à lisura do representante legal, deve ser solucionada pela nomeação do curador especial.

A colisão de interesses deve atingir a todos os representantes legais. Pode ocorrer que o pai tenha um interesse próprio, contrário ao do ofendido, que o leve a não proceder contra o autor do delito. A representação oferecida pela mãe terá plena validade. Isto porque a colisão de interesses com um dos genitores não impede o exercício do direito de queixa ou de representação pelo outro.³³ Se um só dos genitores está em colisão de interesses com o ofendido, o exercício do direito de queixa ou de representação compete legitimamente ao outro, e não se admite a nomeação do curador especial.³⁴

33. Battaglini, ob. cit., pág. 378.

34. Diante da redação dada pela Lei n. 4.121/63, ao art. 380, do CC, tem-se entendido, acertadamente, que o

Se, não obstante a colisão de interesse ofereceu-se representação “esta deve ser declarada inadmissível por defeito de legitimação”.³⁵ Como adverte Leone, a nomeação de um curador especial, sobre a base de um conflito preexistente *ex tunc* (isto é, desde o nascimento do direito de representação), derroga a eventual renúncia ao direito de queixa³⁶ já feita pelo genitor ou por quem exerça o pátrio poder. Entre nós, do mesmo modo, a renúncia ao direito de queixa ou a retratação, em caso de representação, desde que motivada pela colisão de interesses, torna o ato inadmissível e de nenhum efeito.

direito de representação pode ser exercido tanto pelo pai como pela mãe do menor, indistintamente (RT 426/320). O art. 35, do CPP foi influenciado pela posição subalterna da mulher, em relação ao marido, no Código Civil. Modificada a lei civil, tal dispositivo não tem razão de ser. Atualmente, por isso mesmo, pode a mãe exercer o exercício do direito de queixa ou de representação.

A propósito o seguinte e exato julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo. “Hoje, face à lei de proteção à mulher casada, que derogou o art. 35 do CPP e alterou o art. 242 do CC, a mulher casada pode exercer o direito de queixa ou de representação sem o consentimento do marido, porque o pátrio poder é exercido por este, por ela e por ambos, conjuntamente” (RT 435/309).

Heleno Cláudio Fragoso, *Jurisprudência Criminal*, Borsoi, 1973, vol. II, pág. 424, adverte que “em nenhum caso, todavia, pode prevalecer a representação feita em tais circunstâncias contra a expressa vontade do pai”. No direito italiano, a divergência entre os representantes legais se resolve em favor da vontade de querelar.

35. Battaglini, ob. cit., pág. 378.

36. A lição de Leone, ob. cit., pág. 30, se fundamenta em julgado da Corte de Cassação.

4. O despacho de nomeação do curador especial, não há dúvida, pertence à chamada jurisdição voluntária, pois tem caráter de ato administrativo cumprido por autoridade jurisdicional,³⁷ tendo, via de regra, caráter pré-processual. Com efeito, normalmente, o despacho é baixado ainda na fase do inquérito policial, a pedido da autoridade policial, ou do Ministério Público. A lei processual autoriza a nomeação de ofício. Entendemos que o despacho deve ser motivado, aduzindo a autoridade jurisdicional as razões do seu convencimento.

No direito italiano, entende-se que o despacho motivado não comporta impugnação,³⁸ nem pode ser reexaminado posteriormente, no curso do processo. Em nosso direito constituído, o primeiro problema que surge é o da impugnação autônoma do despacho. A doutrina é completamente omissa, mas os nossos tribunais, reiteradamente, têm reexaminado o despacho de nomeação

37. Manzini, ob. cit., pág. 60. A doutrina considera como de jurisdição voluntária todos os procedimentos jurisdicionais integrativos de capacidade, referente à organização e funcionamento da representação ou assistência das pessoas incapazes. Cf. Alberto Candian, ob. cit., pág. 153; Enrico Redenti, *Derecho Procesal Civil*, trad. Sentis Melendo, Buenos Aires, 1957, vol. I, pág. 31; Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. Sentis Melendo, Buenos Aires, 1962, vol. I, pág. 193.

38. Cf. Alberto Candian, ob. cit., pág. 159; Battaglini, ob. cit., pág. 382; Manzini, ob. cit., pág. 61. Tal entendimento encontra fundamento no art. 190, do CPP italiano, segundo o qual “os despachos que a lei não declara expressamente sujeitos a um determinado meio de impugnação são irrecorríveis, mesmo que conexos com despachos impugnáveis”.

do curador especial, através de *habeas corpus*, desde que argüida a inexistência da colisão de interesses e, conseqüentemente, a ilegalidade do ato jurisdicional.³⁹ Permite-se, portanto, a impugnação autônoma do despacho de nomeação, através da via do *habeas corpus*. Com muito maior razão, o despacho de nomeação poderá ser impugnado, em caso de eventual recurso de apelação, contra a sentença final. Através dos recursos ordinários, parece-nos, não se deve permitir a impugnação autônoma. Se o reexame da matéria tem sido admitido na jurisdição superior, através da via do *habeas corpus*, não se pode vedar esse mesmo reexame em caso de apelação. O *habeas corpus* só poderá ser impetrado, após instaurada a ação penal, sendo evidente que o reexame só será possível com as limitações próprias do instituto.

O reexame posterior do despacho, no curso do processo pelo juiz interior, não deve ser permitido. Nomeado o curador especial, após instaurada a ação penal, a legitimidade de sua representação legal decorre do despacho judicial. O que se permite é a revogação do despacho de nomeação, se as condições que o legitimaram desaparecerem.

5. Dá-se a nomeação para que o curador especial julge da conveniência de apresentar ou não a queixa ou representação.⁴⁰ Assim não fosse, a ação penal tornar-se-ia obrigatória. Diz, com razão, Hélio Tornaghi: “a lei usa a palavra poderá, o que indica não ter

39. RT, 435/261; 394/75.

40. O assunto é pacífico na doutrina. Veja-se, por todos, Battaglini, ob. cit., pág. 380.

ele o dever, mas apenas o poder de agir. Nisto foi mais feliz que o Código Penal italiano, de cujo art. 121 podem surgir dúvidas com respeito ao que incumbe ao curador”.⁴¹

A doutrina italiana, porém, é unânime no sentido de que “o curador especial tem a faculdade de deliberar se convém ou não propor a querela no caso concreto”.⁴²

Em caso de omissão dolosa ou culposa, deve o curador especial ser substituído, procedendo-se à nova nomeação.⁴³ Também poderá ocorrer nova nomeação, se o curador manifestar qualquer impedimento que o inabilite para o exercício da curatela *ad hoc*. O curador especial deve exercer o direito de queixa ou de representação, nas condições estabelecidas para o representante legal do ofendido, sendo-lhe aplicáveis, evidentemente, as regras pertinentes à decadência.

Dispõe o art. 38, do CPP, que o ofendido, ou seu representante legal, “decairá do direito de queixa ou representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime”. Em relação ao curador especial, a lei é omissa. No direito italiano “il termine per la presentazione della querela decorre dal giorno della nomina del curatore speciale”.⁴⁴ O prazo de seis meses, estabelecido na lei em relação ao curador especial, deverá ser contado a partir do despacho de nomeação, come-

41. Ob. cit., pág. 67.

42. Ver nota 40.

43. Manzini, ob. cit., pág. 61; Battaglini, ob. cit., pág. 381.

44. Battaglini, ob. cit., pág. 381; Manzini, ob. cit., pág. 61.

cando a fluir da data da notificação pessoal.⁴⁵

Se as condições que legitimaram a nomeação do curador especial desaparecerem, no curso do inquérito policial ou do processo, cessa a sua participação, como representante legal do ofendido. A intervenção do curador especial tem caráter excepcional, e “se, durante o processo, o incapaz se torna capaz, é claro que cessa a curatela *ad hoc*”.⁴⁶ É também o entendimento de Manzini.⁴⁷ Em tais casos, os poderes do curador especial passam de direito, conforme o caso, ao titular do direito de queixa ou de representação.

A lei não cogitou de se nomear curador especial, na falta da representação legal subsidiária, de que trata o art. 34, do CPP. Se o ofendido for menor de vinte e um e maior de dezoito anos, a colisão de interesses é irrelevante, resolvendo-se sempre a favor da promoção da responsabilidade penal do ofensor. Na ausência do representante legal ao maior de dezoito anos, o direito de queixa ou de representação pertence ao próprio ofendido. Neste caso, a nomeação do curador especial torna-se desnecessária. Por isso mesmo, cessa a curatela especial quando o menor atingir a idade de dezoito anos.⁴⁸

O curador especial é o representante legal do ofendido por força do despacho judicial de nomeação. Por isso mesmo, os seus poderes subsistem até “que

outro ato judicial revogue essa mesma nomeação”.⁴⁹ Diz a respeito Battaglini. “Naturalmente perche, in conseguenza di talli fatti, cessi dall'ufficio il curatore *ad hoc*, è necessario un atto giurisdizionale di revoga il quale è produttivo di effetti dal momento della sua emanazione, con la conseguenza che restano salvi gli atti compiuti legittimamente dal curatore speciale prima di tale revoca”.⁵⁰

Os atos praticados pelo curador especial até a cessação da nomeação, ou seja, até o despacho jurisdicional de revogação, devem ser considerados como válidos, independente da vontade do representante legal, ou do próprio ofendido, caso este tenha se tornado capaz. É esse o entendimento estável na doutrina italiana.⁵¹ Resta saber se a lição

contempla os menores de 18 anos, mas maiores de 16.” A nosso ver, a nomeação do curador especial, havendo colisão de interesses, se faz necessária tendo em vista a falta de vontade relevante do ofendido. Se este tem capacidade para o exercício do direito de queixa ou de representação, como acontece com os maiores de dezoito anos, não há que se cogitar da nomeação do curador especial. A simples falta da representação legal subsidiária não obriga à nomeação do curador. Parece evidente que a lei não cogitou da nomeação do curador especial ao maior de dezoito anos. Trata-se, na verdade, de uma representação legal, de caráter excepcional, só possível nos casos expressamente referidos na lei.

É o que entende Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, 1972, vol. I, pág. 299.

49. Manzini, ob. cit., pág. 63.

50. Ob. cit., pág. 381.

51. Manzini, ob. cit., pág. 63; Battaglini, ob. cit., pág. 381.

é válida entre nós. Aparentemente, nos casos de ação penal pública condicionada, desde que oferecida a denúncia, a solução seria simples. A representação seria irretratável após o recebimento da denúncia. A revogação, neste caso, não teria qualquer consequência no andamento da ação penal.⁵² Na ação penal privada, porém, o prosseguimento da ação penal iria depender da vontade do novo representante legal, ou do ofendido, parecendo-nos obrigatória a manifestação no sentido do prosseguimento do processo, sob pena de perempção. Como no direito italiano, a ação penal é sempre pública, a revogação da curatela, após instaurada a ação penal, apresenta aspectos diversos de nosso direito.

6. A regra do art. 33, do CPP, tem sido objeto de interpretação divergente, contraditória mesmo, por parte de nossos tribunais.

52. A representação é mera condição de procedibilidade e, instaurada a ação penal, mediante denúncia do Ministério Público, não se exige outra condição ao seu prosseguimento, ligada à vontade do ofendido, que é irrelevante, após o oferecimento da denúncia. Em todo o caso, a aplicar-se a Súmula n. 388, do Supremo Tribunal Federal, a revogação ou cessação da curatela especial teria consequências, mesmo em caso de ação penal pública condicionada. A ação penal só poderia prosseguir, por iniciativa do próprio ofendido, ou do novo representante legal, “observados os prazos legais de decadência ou perempção” (RT 35/290).

A jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal, como adverte Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., págs. 420 a 421, está em desacordo com a doutrina dominante. Mas, pela semelhança das situações, parece não haver dúvida que se pode invocar a Súmula n. 388, para os casos de cessação da curatela especial.

O Supremo Tribunal Federal, em julgado citado por Eduardo Espínola Filho,⁵³ já declarou a “admissibilidade de qualquer ato do ofendido, menor de dezoito anos, se não tem quem o possa representar, para efeito de ser iniciado o inquérito destinado a instruir a ação penal que, conforme as circunstâncias, será iniciada por queixa de curador especial, nomeado de ofício, ou por denúncia”.

A decisão contém vários equívocos. O Código de Processo Penal “nega capacidade ao menor de 18 anos” para exercer o direito de representação.⁵⁴ Nos crimes de ação penal pública condicionada, ou de ação penal privada, a representação do ofendido se reflete inclusive na instauração do inquérito, sendo defeso à autoridade policial proceder, ausente a provocação. Na espécie, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, a autoridade policial deparando com um incapaz, sem representante legal, deveria provocar a nomeação de um curador especial, pelo juiz. A instauração do inquérito policial, ausente a provocação válida do ofendido, ou de seu representante legal, constitui típico constrangimento ilegal contra o indiciado, sanável pela via do *habeas corpus*.

Há vários julgados de nossos tribunais referentes à legitimação para oferecer representação em nome do incapaz, os quais demonstram absoluto desconhecimento da regra do art. 33, do CPP, por parte das autoridades policiais e mesmo das autoridades jurisdicionais, de instância inferior. Heleno Cláudio Fragoso⁵⁵ menciona um julgado em que se “admitiu a validade de

53. Ob. cit., pág. 392.

54. Hélio Tornaghi, ob. cit., pág. 67.

55. Ob. cit., pág. 423.

45. Manzini, ob. cit., pág. 61.

46. Hélio Tornaghi, ob. cit., pág. 67.

47. Ob. cit., pág. 63.

48. Eduardo Espínola Filho, ob. cit., pág. 383, sustenta ao contrário: “É óbvio que, ainda no caso de relativamente incapaz, havendo colisão de interesses seus e do seu representante, se deve proceder na forma do art. 33, que

representação feita pela irmã da vítima, estando os pais em local indeterminado". A hipótese era típica de nomeação de curador especial. Mesmo que se reconheçam os altos propósitos do julgado no sentido de proteção do incapaz, a ausência dos representantes legais, em face da lei processual penal, só pode ser sanada com a nomeação, prevista no art. 33, do CPP. O nosso direito positivo não reconhece legitimidade para oferecer representação, pelo incapaz, ao tio, ao irmão; muito menos ao "amásio da mãe da vítima", consoante se tem decidido.⁵⁶

56. Supremo Tribunal Federal (RTJ 40/210). Esses julgados, não se pode negar, têm enfrentado o sério problema da representação legal, entre as classes mais humildes. O Excelso Pretório, especialmente, tem se orientado mais pelo aspecto ético e moral do caso concreto, inclinando-se pela proteção dos menores, em casos realmente dolorosos, quando os pais não têm condições, sob qualquer ângulo, de proteger os interesses dos filhos.

O instituto da representação, em relação a outros aspectos, também tem sido interpretado pelos nossos tribunais de forma equívoca. Veja-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Tratando-se de crime contra a liberdade sexual, em que somente se procede mediante denúncia, quando haja representação da vítima ou de seus representantes legais, a ação penal não pode envolver quem não tenha sido incluído na representação em tela" (RT 404/102).

A lei processual penal, consagrando o princípio da indivisibilidade da ação penal, ao contrário do que se afirmou no acórdão, obriga ao Ministério Público a oferecer denúncia contra todos os partícipes da infração penal. A representação tem como objeto fundamental o fato delituoso, não se podendo exigir do ofendido a exata classificação jurídica, nem a perfeita individualização da responsabilidade penal.

Esses julgados, reconhecendo o direito de representação à pessoa que tenha sob sua guarda o menor, como bem frisou José Frederico Marques,⁵⁷ não encontram apoio na lei processual penal e revelam que o desconhecimento da regra do art. 33, do CPP, obrigou os nossos tribunais, especialmente o Supremo Tribunal Federal, a criar uma interpretação jurisprudencial voltada mais para a realidade social, do que à vontade da lei.

Mesmo nos casos em que houve a nomeação do curador especial, há inúmeros precedentes, em desacordo com a lei processual penal. A respeito, o seguinte trecho de um acórdão:⁵⁸ "quando o representante legal deixa de procurar a autoridade policial para fazer a representação, por motivo imoral, como sói acontecer quando há indenização pecuniária, a autoridade policial e o Ministério Público não vão pesquisar esse motivo para forçar a representação. Na espécie, se essas provas fossem feitas e se se apurasse que era imoral o fundamento da retratação, ainda assim o processo não poderia ter prosseguimento". No caso a ofendida era menor, de quinze anos de

Pode ocorrer, inclusive, que a co-autoria só apareça durante as investigações. Nesta última hipótese, mesmo omissa a representação quanto ao co-autor do delito, o Ministério Público tem o dever de incluí-lo na denúncia. Assim já decidiu, com sobras de razão, o próprio Tribunal de Justiça de São Paulo (RT 466/329).

57. Ob. cit., pág. 110.

58. RT 235/46. Esse precedente foi referido no julgamento de *habeas corpus*, onde se deu inteira validade à retratação da representação, "ainda que motivada por interesse pecuniário", considerando-se, por isso mesmo, inadmissível a nomeação do curador especial (RT 394/75).

idade, com pai e mãe, mas o paciente do *habeas corpus* "impediu que o pai representasse, através do expediente da compra de uma casa para a menor".⁵⁹ Também se considerou, para se declarar impossível a nomeação do curador especial, o fato dos pais não terem sofrido "processo de destituição do pátrio poder".

Não é exato que a nossa lei exija a prévia destituição do pátrio poder, para a nomeação do curador especial. Parece-nos também que, apurada a imoralidade no fundamento da retratação, estará caracterizada a colisão de interesses, a necessidade de nomeação do curador especial.

Há, por outro lado, vários julgados dando exata aplicação ao art. 33, do CPP, como este do Tribunal de Justiça de São Paulo:⁶⁰ "Em se tratando de menor abandonada, ou colidindo os seus interesses com os dos pais, legítima é a representação oferecida pelo curador especial nomeado pelo juiz, dispensável, na espécie, a prévia suspensão do pátrio poder". Tem-se considerado o incapaz, como juridicamente abandonado, "dada a péssima conduta" do representante legal.⁶¹

Os nossos tribunais, em geral, têm admitido que a nomeação do curador especial seja feita pelo Juiz de Menores,⁶² com apoio, aliás, em lição de Eduardo Espínola Filho.⁶³ A lei processual penal fala em juiz competente para o processo. Não se pode, porém, desconhecer que a competência de juiz é assunto pertinente às leis locais, de organização judiciária. Nada impe-

de, portanto, que a lei de organização judiciária permita ao juiz de menores nomear o curador especial. Ao que parece, é o que acontece no Estado de São Paulo. Não há, porém, qualquer comunicação de nulidade, mesmo no silêncio da lei local.⁶⁴

A não exigência da prévia suspensão do pátrio poder, para a nomeação do curador especial, é hoje orientação prevalente.⁶⁵

Já se decidiu que "sem provas robustas da colisão de interesses, entre o representante legal e o representado, não deve o juiz nomear o curador especial".⁶⁶ A lei não exige prova robusta para a nomeação do curador especial. Pelo contrário, a dúvida fundada deve ser solucionada pela nomeação.

Merece, por último, referência mais alongada julgado recente do Tribunal de Justiça de São Paulo ocasião em que a regra do art. 33, do CPP, foi longamente debatida, baseando-se quer o voto vencedor, quer os votos vencidos, em sólidos e inteligentes argumentos.⁶⁷ A hipótese era de estupro, praticado pelo réu contra a filha de sua amásia, vivendo todos sob o mesmo teto. A mãe da menor negou-se a oferecer representação e o juiz nomeou curador especial, sob o entendimento de que, pelas circunstâncias, havia colisão de interesses entre a representante legal e a ofendida. Esta, ouvida no inquérito po-

64. José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, 1961, vol. I, pág. 347, leciona que a nomeação do curador especial deve ser feita "pelo juiz criminal competente para conhecer do processo".

65. RT 384/71; 377/107.

66. RT 373/146.

67. RT 435/261 a 269.

59. RT 394/75.

60. RT 377/107. No mesmo sentido, RT 370/75.

61. RT 378/180.

62. RT 378/180; 370/75.

63. Ob. cit., pág. 382.

licial, declarou não ter interesse no processo. O fato chegou ao conhecimento da polícia, por terceira pessoa, quando a menor apresentava visíveis sinais de gravidez. Instaurada a ação penal, impetrou-se *habeas corpus*, visando “a anulação da ação penal, uma vez que: Tanto a mãe, como a filha, manifestaram expresso desejo de não agir contra o paciente”.⁶⁸

O *habeas corpus* foi concedido, por maioria de votos, pelos seguintes fundamentos: “Quando a vítima, ou seu representante por ela, manifesta claramente, insofismavelmente, expressamente, que não pretende a punição do culpado por delito contra os costumes praticado contra aquela, como consequência não é o Ministério Público legitimado, após representação feita por curador especial, para o *jus persequendi* e não o é nem ordinariamente porque lhe falta (ao Estado) a respectiva pretensão punitiva, nem extraordinariamente porque não pode agir (embora em nome próprio) pela pretensão do ofendido, ou para defender direito dele”.⁶⁹

O voto vencedor adotou os fundamentos do parecer da Procuradoria Geral da Justiça, favorável à concessão da ordem,⁷⁰ onde se sustentou que a “colidência de interesses de que fala o art. 33 do CPP só é aferível no âmbito da subordinação jurídica do ofendido ao seu representante legal enquanto agente do crime. Então o ofendido não possui representante legal, na realidade, o que não sucede quando terceira pessoa é delinqüente, embora

68. RT 435/261.

69. Vencido o relator, foi designado para lavrar o acórdão o Des. Andrade Vilhena.

70. O parecer está transcrito na íntegra, cf. págs. 261 a 263.

intimamente ligado à vítima e ao seu representante legal”. É rigorosamente inexato sustentar-se que a colisão de interesses, a que alude o art. 33, do CPP, só ocorre quando o próprio representante legal é o autor do delito. Muito ao contrário, nos crimes contra os costumes, se o representante legal é o autor do crime, a ação penal torna-se pública incondicionada, sendo desnecessária a nomeação do curador especial. A lei, em tal caso, não impõe qualquer condição de procedibilidade. Também não há dúvida que é possível caracterizar-se a colisão de interesses, quando o delito é praticado por terceira pessoa “intimamente ligada à vítima e ao seu representante legal”. A hipótese é mencionada pela doutrina, como típica da colisão de interesses.

No voto vencedor, sustentou-se inicialmente que nos crimes de ação penal privada, o ofendido é o titular da pretensão punitiva,⁷¹ procurando-se distin-

71. A respeito da “pretensão punitiva privada”, no mesmo sentido desenvolvido pelo acórdão, veja-se Miguel Fenech, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Labor, 1952, vol. I, pág. 487. Em sentido contrário, José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, 1961, vol. I, pág. 352.

No direito italiano, como a ação penal é monopólio exclusivo do Ministério Público, ninguém discute, a pretensão punitiva é sempre do Estado, dependendo a ação penal, em determinados delitos, da provocação do ofendido. É o que ocorre, por exemplo, com a *querela*, tal como a nossa representação, verdadeira condição de procedibilidade para o exercício da ação penal.

Parece hoje completamente superada a doutrina que via no instituto da *querela*, ora caráter material, ora caráter misto. Cf. Ottorino Vannini e Giuseppe Cocciardi, *Manuale di Diritto Processuale Penale Italiano*, Giuffrè, 1973, págs. 37 e segs.; Silvio Ranieri.

guir o *jus puniendi*, que é sempre do Estado, da “pretensão punitiva”, que decorre da titularidade da pretensão a ser trazida a juízo.⁷² Mesmo que admitida essa afirmação, ela não é totalmente válida, em nosso direito positivo, em relação aos crimes contra os costumes. Nem sempre a ação penal será privada. A miserabilidade do ofendido a transforma em pública condicionada. A ação penal será pública incondicionada “se o crime é cometido com abuso de pátrio poder, ou da qualidade de padasto ou curador”.⁷³ Na hipótese, a ação penal fora instaurada, mediante denúncia do Ministério Público, *ex vi* do art. 225, § 1.º, n. I, do CP.

Sustentou-se, no voto vencedor, não ter ocorrido qualquer colisão de interesses a justificar a nomeação do curador especial. “Em primeiro lugar, porque ambas, consultadas, negam vontade e interesse de exercitar a pretensão punitiva, ouvidas que foram, quer na fase policial, quer em juízo. Inexiste aí qualquer conflito”.⁷⁴ Ainda com relação à colisão de interesses referiu-se no acórdão: “De fato não tinha aplicação à espécie a norma do art. 33 do CPP. O conflito de interesses, que aí se supõe, só se caracteriza pela ocorrência de elementos objetivos, integrantes da relação de direito material e cuja verificação se imponha. Sirva de exemplo a circunstância de o representante do ofendido ter sido autor, ou co-autor, do delito, seja essa

participação de cometimento ou omissiva. De qualquer forma, ao parecer, só se justificaria a dação de curador especial quando o detentor do pátrio poder obrasse de forma a justificar a destituição, nos termos da lei civil”.⁷⁵

Não se deve aceitar os fundamentos do voto vencedor. Em primeiro lugar, porque ao incapaz não se reconhece qualquer vontade relevante, ou porque a atualidade do pátrio poder, ou a possibilidade de destituição, não tem qualquer influência na nomeação do curador especial.

Ainda segundo o acórdão: “Há que evitar-se, no reconhecimento do conflito, quaisquer dados de cunho subjetivo, *verbi gratia*, o aspecto mais ou menos defensável da não denúncia, à vista do conteúdo ético do motivo determinante”.⁷⁶ Nessa mesma orientação há outros julgados.⁷⁷ O conteúdo ético do motivo determinante, na conduta do representante legal, a nosso ver, deve ser perquirido pela autoridade jurisdicional. A absoluta imoralidade no comportamento do representante legal, parece-nos, deve levar ao reconhecimento da colisão de interesses.⁷⁸

Por isso mesmo, na hipótese, a melhor orientação ficou com os votos vencidos,⁷⁹ onde se salientou, com sobras de razão, que “a colidência de interesses entre a vítima e seu representante não se limita aos casos em

75. A atualidade do exercício do pátrio poder não tem relevância na hipótese, cf. Eduardo Espínola Filho, ob. cit., pág. 382.

76. RT 435/266.

77. RT 235/46; 394/75.

78. Cf. Battaglini, ob. cit., pág. 377.

79. Foram votos vencidos os Des. Silva Leme e Odyr Porto.

Manuale di Diritto Processuale Penale, Pádua, 1965, págs. 122 e segs.; Girolamo Bellavista, *Lezioni di Diritto Processuale Penale*, Giuffrè, 1972, págs. 53 e segs.

72. RT 435/263 a 264.

73. CP, art. 225, § 1.º, n. II.

74. RT 435/265.

que este for o agente do crime”.⁸⁰ Depois de mencionar a lição de Câmara Leal,⁸¹ consignou-se que “a nomeação de curador especial, com fundamento no art. 33, do CPP, justificava-se plenamente”, sem que a nomeação constituísse indevida ingerência da justiça na órbita familiar.⁸²

Em conclusão, os votos vencidos deram a exata aplicação ao art. 33, do CPP, pois era evidente na espécie a colisão de interesses.

7. O Anteprojeto de Código do Processo Penal, de autoria do Prof. José Frederico Marques, apresenta algumas novidades, em relação ao Código vigente. Assim estabelece no art. 118, § 1.º, que “os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil”, suprimindo a lacuna da lei em vigor. A nomeação do curador especial é tratada no § 4.º, do mesmo artigo, da seguinte forma: “O juiz dará curador especial ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele”.

80. Na hipótese em julgamento por se tratar de crime contra os costumes, desde que o crime fosse cometido pelo representante legal, a ação penal seria pública incondicionada e desnecessária a nomeação do curador especial.

81. Ver nota 19.

82. A seguinte passagem do voto proferido pelo Des. Silva Leme deixa bem evidente a colisão de interesses: “A verdade, indiscutível, é que essa pobre mulher, nas condições em que se encontrava não tinha força moral para representar contra o ofensor da filha, homem que a sustenta e que é também pai de seus filhos...”

O outro voto vencido contém os mesmos e sólidos argumentos.

A representação legal dos incapazes é ampliada, para os casos de crimes contra os costumes, adaptando-se o anteprojeto à corrente jurisprudencial hoje predominante. É o que se nota no art. 272: “Nos crimes contra os costumes, cometidos contra menor, a representação poderá ser feita por sua genitora ou pela pessoa sob cuja guarda estiver, ainda que provisoriamente.”

É evidente o intuito do autor do anteprojeto em adaptar a futura lei processual penal à jurisprudência, hoje largamente predominante, que permite a representação feita pela pessoa sob cuja guarda estiver o menor, apesar da lei não autorizar tal interpretação. Com isso, o problema da nomeação do curador especial, nos crimes contra os costumes, ficará reduzido aos casos de colisão de interesses. Dificilmente ocorrerá a ausência de representante legal, tal a amplitude que se dá ao direito de representação. O art. 272 não deveria, porém, mencionar a genitora do menor, pois esta está legitimada a representá-lo, por força da regra geral do art. 118, § 1.º. Em todo o caso, a inovação é oportuna, uma vez que os nossos tribunais nunca interpretaram corretamente a regra do art. 33, do Código vigente.

Em relação à nomeação do curador especial, a futura lei processual deve mencionar, expressamente, a exigência de motivação do despacho. Outras particularidades a respeito do instituto, como a contagem do prazo decadencial, a revogação da nomeação e os efeitos desse ato, ou a possibilidade de impugnação, poderão ser resolvidos pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais. É possível, porém, que o Projeto, cuja publicação se aguarda, trate mais cuidadosamente o problema da nomeação do curador especial.

OBSERVAÇÕES SOBRE A NORMA PENAL E SUA INTERPRETAÇÃO

NILO BATISTA

I — A norma penal

1. Por normas penais se entendem as normas de direito que definem fatos puníveis e lhes cominam sanções, ou aquelas que estabelecem princípios sobre a aplicação dessas primeiras, sobre a estrutura e elementos dos fatos puníveis, e sobre a aplicação e execução das sanções cominadas.

Inicialmente, vemos que a norma penal é uma norma de direito, e com isto queremos referir-nos estritamente ao direito positivo, ou seja, o direito produzido exteriormente pelo Estado, cuja observância é garantida ainda coativamente. A norma penal não se situa nem no plano ético-religioso do *forum divinum* a que se referia Pufendorf, nem no plano deste “direito desarmado” como é chamado o direito “natural” por Bobbio (*Algunos Argumentos contra el Derecho Natural*, trad. Diaz, in *Crítica del Derecho Natural*, Madrid, 1966, pág. 222): ela deve necessariamente compor o ordenamento jurídico positivo. Se há ou não um Direito Penal fora da lei, é questão que examinaremos em seguida: norma penal não há fora da produção legislativa estatal.

As normas penais “que definem fatos puníveis e lhes cominam sanções” são normas penais puras, de caráter coercitivo, que constituem o que se costuma chamar Direito Penal em sentido

estrito. São elas, historicamente, a forma de aparição do Direito Penal, e até pelo menos o século XVII a totalidade dos sistemas legais penais era composta quase exclusivamente com essa espécie de normas. Modernamente, elas se agrupam nas Partes Especiais dos códigos penais, e são classificadas tendo em vista o valor social atingido pelo fato punível, que tecnicamente é chamado bem jurídico ofendido.

As normas penais que “estabelecem princípios sobre a aplicação dessas primeiras, sobre a estrutura e elementos dos fatos puníveis, e sobre a aplicação e execução das sanções cominadas” são normas penais impuras, de caráter dispositivo, que constituem um corpo de princípios vertido ao serviço lógico daquelas primeiras, formando uma espécie de metadireito penal. Historicamente, surgem na medida em que a observação de questões ligadas a um determinado fato punível ou a uma determinada sanção conduzia à elaboração de princípios e conclusões mais ou menos generalizáveis a todos os demais fatos puníveis ou sanções. Das mediações dos juristas romanos, dos glossadores e pós-glossadores, em torno de diversos delitos — especialmente do homicídio — alguns conceitos gerais já se desenvolviam, como *necessaria defensio*, *auxilium* etc., e alcançariam com

Decianus, no século XVI, uma refinada sistematização; Tiraquellus, no mesmo século, procuraria reduzir o elenco infome e multifário das penas a um regime mais ou menos estável, a partir da consideração de seus fins como ponto comum (cf. Shaffstein, *La Ciencia Penal Europea del Derecho Penal en la Época del Humanismo*, trad. R. Devesa, Madrid, 1957). Um exemplo muito significativo desse processo é a criação do crime continuado, pela ação dos práticos italianos, notadamente Farinacius, desenvolvendo idéia contida numa glosa de Baldo. Tratava-se de evitar a pena de morte que era infligida ao autor do terceiro furto.

E surgem, dessa forma, normas penais que hoje compõem o que se chama de Parte Geral dos códigos; essas normas se ocupam de “estabelecer princípios sobre a aplicação das normas penais puras” (daqui se extraíndo um conjunto de conhecimentos que se agrupam numa teoria da lei penal), de “estabelecer princípios sobre a estrutura e elementos dos fatos puníveis” (daqui se extraíndo um conjunto de conhecimentos que se agrupam numa teoria do delito), e de “estabelecer princípios sobre a aplicação e execução das sanções cominadas” (daqui se extraíndo um conjunto de conhecimentos que se agrupam numa teoria da pena e outras conseqüências do delito).

Veja-se o seguinte esquema, para o Código Penal brasileiro de 1969:

PARTE GERAL:

arts. 1.º a 12 (normas sobre a lei penal);

arts. 13 a 35 (normas sobre o delito);

arts. 36 a 119 (normas sobre a pena e outras conseqüências do delito).

PARTE ESPECIAL:

arts. 120 a 400 (precisão de delitos e cominação de sanções).

Anote-se que mesmo na Parte Especial, por razões de técnica legislativa, é comum que se encontrem normas penais impuras (ex., arts. 129, 198 ss, 403 etc.).

2. Qualquer norma de conduta, em princípio, se constitui do preceito (*praeceptum*), que é o mandamento a ser obedecido, e da sanção, que é um conseqüente à violação do mandamento. O mandamento ou ordena a abstenção de uma ação, que se deseja evitar, ou ordena a execução de uma ação, que se deseja realizada: surgirão assim as formas de violação por ação (quando o agente não se abstém da conduta proibida — crimes comissivos) e violação por omissão (quando o agente não realiza a conduta ordenada — crimes omissivos). Exemplo do primeiro caso, no furto (art. 164 do CP); do segundo caso, no crime de desobediência em caso de pensão alimentícia (art. 384 do CP).

Ocorre, todavia, com a lei penal, uma singularidade, que foi por Binding pela primeira vez explorada em profundidade (*Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1872). Quando Moisés revela a lei divina, encontramos, na faixa da proteção e respeito à vida humana, um claríssimo preceito: “Não matarás” (leuteronomio, 517). Nas leis penais, contudo, via de regra o preceito está implícito, funcionando como premissa lógica da incriminação.

O Código espanhol, de 1944, assim incrimina o homicídio: “aquele que mata uma outra pessoa será punido, como homicida, com reclusão de curta duração” (art. 407). E o Código italiano, de 1930, assim prevê o mesmo

delito: “o que causar a morte de um homem será castigado com reclusão por tempo não inferior a 21 anos” (art. 575). E o Código brasileiro se vale da seguinte redação: “matar alguém” (art. 120, de CP de 1969).

Ora, em qualquer dos casos, como se percebe, o preceito é um só, e bem pode ser representado pela velha fórmula mosaica do “não matarás”. Mas o preceito não se exprime em nenhum dos casos, constituindo apenas uma premissa lógica necessária àquelas incriminações.

Binding observava, então, que a ação delituosa viola a *norma*, e não a lei penal: pelo contrário, a lei que prevê um delito é, em sentido rigorosamente formal, “observada” pelo agente que o comete. Para praticar homicídio, o agente deverá “matar alguém”, violando uma norma que se estrutura sobre o preceito “não matarás”.

Efetivamente, consistindo o direito num sistema formal que visa garantir a observância de normas de conduta, salta aos olhos a importância que assume o *modo* da violação dessas normas; e essa preocupação formal, que no direito é muito mais acentuada do que em qualquer dos outros sistemas que velam pela mesma observância de normas (p. ex., moral prática social, religião etc.), no Direito Penal alcança uma sofisticação toda peculiar, pela violência da reação do sistema (pena). O respeito à propriedade alheia é ainda hoje irrecusável norma de conduta: mas há modos e modos de violar essa norma. Há modos socialmente aceitáveis (p. ex., pequenos danos e furtos que se produzem, a título de brincadeira, no carro de recém-casados); há modos que podem merecer censura de sistemas não

jurídicos (p. ex., a execução que credor riquíssimo promova contra devedor infelizado e miserável, tomando-lhe os derradeiros bens); há modos que interessam o sistema jurídico, mas não o penal (p. ex., o dano por ato ilícito); e há modos de violação dessa norma que interessam o Direito Penal (p. ex., furto, estelionato etc.).

Daí que a lei penal não possa satisfazer-se com uma genérica recomendação de respeito a tal ou qual valor social, o que se estruturaria como um preceito, e sim deve prever, de forma tão completa e fechada quanto possível, a forma de violação da norma que merecerá como conseqüência a pena criminal.

A *qualidade* da ação empreendida é aqui decisiva: pelo não pagamento de vultosa dívida civil, ofende-se a norma que determina o respeito à propriedade alheia, mas não se incorre na sanção penal, o que poderia suceder por minúsculo furto. É bem verdade que poderemos encontrar, em certas situações, a aplicação de um princípio da lógica dialética, segundo o qual a quantidade pode transformar-se em qualidade. Dessa maneira, a fraude penal se definirá e distinguirá da fraude civil tão-só pela *quantidade*, sendo ambas (a despeito de inúmeras tentativas para discernir uma da outra), qualitativamente idênticas. A ínfima quantidade de ilícito, representada pelo dano ínfimo, pode também conduzir a uma desfiguração jurídica de um fato que, a rigor, seria punível (fala-se, hoje, num “princípio da insignificância”).

De qualquer modo, anote-se que a lei penal, modernamente, não traz expresso o preceito da norma de conduta, e sim procura descrever as condutas que violariam a norma por forma penalmente relevante.

O exame desse quadro e dessas descrições, e o empenho em organizar seus elementos e definir suas funções, conduziu à construção de uma teoria da maior importância, chamada teoria do tipo, ou, se se preferir, teoria da tipicidade. Os passos inaugurais nessa direção foram dados por Beling, em 1906, em sua obra *Die Lehre von Verbrechen*.

3. Dessa distinção entre a norma de conduta, considerada um *a priori* em relação ao Direito Penal, e a lei penal, ou “norma penal”, pode surgir a conclusão — como pareceu a Binding — de ser o Direito Penal um sistema meramente sancionador dos demais.

Convém esclarecer, então, alguns aspectos do problema. As normas de conduta não existem num mundo de idéias, anterior ao mundo da realidade, nem residem num misterioso direito natural. Tobias Barreto, aliás, já anotava, com sua genialidade, que “não existe um direito natural, mas há uma lei natural do direito” (*Estudos de Direito*, Rio, 1892, pág. 36). Essa “lei natural do direito” seria facilmente compreensível se se entendessem as normas de conduta como um *produto social*. Não é a norma que dita a prática social: é a prática social que determina a norma. Assim vistas as coisas, perde-se em eternidade, mas ganha-se em clareza.

Longo se verifica que, se o Direito Penal, com relação ao sistema de normas de conduta vigente em dada sociedade, é sancionador, todo o direito o é, e não apenas o penal. A expressão sancionatória do Direito Penal será mais evidente tão-só na medida em que opera ele, necessária e fundamentalmente, com sanções, e as mais graves sanções. Contudo, será inegável que também o direito civil, ao estabelecer, p. ex., o desquite para o caso de aban-

dono de lar, nada mais faz que sancionar a violação a um preceito que, por vir eventualmente expresso nos deveres de assistência que a lei civil imponha aos cônjuges, não deixa menos de antepor-se ao próprio Direito Civil, como norma de conduta ditada pela prática social, com respeito ao matrimônio. Em outras palavras: não é o Código Civil que *cria* os deveres de assistência que *impõe*: eles derivam da experiência histórica ocidental, que conduziu à estruturação da família tal como a conhecemos. Se o Direito Penal castiga o adultério, o Direito Civil também o castiga operando, cada qual, com suas sanções características. Com relação às normas de conduta produzidas pela vida social, o Direito Privado é tão sancionador quanto o Direito Penal.

Se se pergunta, todavia, se o Direito Penal é sancionador com relação aos outros ramos de direito, a resposta será, ainda, não. Observe-se, de início, que o preceito, que está implícito na norma penal, comumente não está expresso em qualquer outro ramo de direito. O “não matará”, cuja violação gera a pena (no Direito Penal) e a responsabilidade civil (no Direito Civil), se não vem declinado pelo primeiro, também não vem pelo segundo.

Mas ainda quando o Direito Privado, ou outros ramos do Direito Público, contenham — no cumprimento de uma função de estabelecer relações e definir quadros de atuação social que lhes seja própria — o preceito, isso não deve significar que o Direito Penal se veja na condição secundária de mero sancionador. Não existe aí, como observa com agudeza Aníbal Bruno, “uma posterioridade temporal ou mesmo lógica”; o Direito Penal não repete simplesmente o preceito, ou o endossa im-

plicitamente, “mas submete-o a sua própria elaboração, alterando, ampliando ou restringindo o seu conteúdo, e reduzindo o fato às circunstâncias estritas, segundo o processo de tipificação, que lhe é próprio” (*Direito Penal*, Rio, 1959, vol. I, pág. 184).

O Direito Penal é constitutivo. Não é sua missão estabelecer princípios de convivência, senão definir as condutas que, de modo especialmente grave, e com lesão a certos valores sociais particularmente caros, violem aqueles princípios: por essa razão, será menos “preceituoso” que, p. ex., o Direito Privado. Mas é constitutivo. Os preceitos a partir dos quais opera, provêm da mesma axiologia que informa os demais ramos do direito. O Direito Penal, e só ele, cria as penas e medidas de segurança; cria situações de exculpação; contempla diversas condutas que só para ele seriam relevantes. E, não raro, se aparta de outros ramos na elaboração de conceitos (veja-se, por exemplo, o que seja “coisa móvel” para o Direito Penal e para o Direito Civil).

4. Há certas normas penais em que o comportamento (ação ou omissão) incriminado não se encontra descrito integralmente, o que significa que o preceito que informa tais normas não se coloca, aprioristicamente, de forma acabada e completa, necessitando uma complementação.

Tome-se como exemplo o art. 297 (CP de 1969), que incrimina o comportamento de “infringir determinação do poder público, destinado a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”. Verifica-se que é mister haja uma “determinação do poder público” (mediante, p. ex., portaria do Ministério da Saúde), que virá dotar a norma da desejável concretude e precisão, complementando-a.

Tais normas são chamadas “normas penais em branco”, e correspondeu ainda a Binding a primazia em estudá-las, e mesmo usar a designação que ainda hoje, levemente alterada perdura (*Blankettstrafgesetz*).

O complemento pode conter-se na própria lei penal, ou em outra lei (fala-se, aqui, em complementação homóloga, homovitelina no primeiro caso, e heterovitelina no segundo), ou em fontes legislativas de hierarquia constitucional inferior, como ato administrativo, lei estadual ou municipal, ou estrangeira (fala-se, aqui, em complementação heteróloga). Veja-se, a propósito, A. Thompson, “Lei Penal em Branco e Retroatividade Benéfica”, in *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*, Rio, 1968, vol. 19, pág. 223 e segs., que, todavia, só considera norma penal em branco aquela onde ocorra complementação heteróloga.

II — Interpretação da norma penal

1. O problema da interpretação da norma penal é afluente do problema relevantíssimo da interpretação da lei, questão que pertence a uma teoria geral do direito.

A questão da interpretação da lei ganha realce e desenvolvimento, em verdade, somente após as grandes codificações do século XIX (notadamente, o Código Civil napoleônico); Soler demonstra como a *interpretatio* romana era produção de direito fundada na lei, que não operava no sentido de compreender suas palavras ou a intenção do legislador, e sim de encontrar novas soluções a partir de novas formas de agrupar os elementos fornecidos pelas próprias leis. Também o direito pretoriano teria visto seu conteúdo criador exagerado pela crítica criacionista mo-

derna (Soler, *La Interpretación de la Ley*, Barcelona, 1962, pág. 11).

Efetivamente, o problema da interpretação da lei só poderia surgir, não como pretexto para tertúlias filológicas, mas como delicadíssimo aspecto da experiência jurídica, quando o juiz se destacasse definitivamente do legislador, adquirindo uma autonomia e independência que lhe permitissem interferir menos passivamente na prática judiciária. Beccaria negava que os juízes tivessem o direito de interpretar as leis, “pela própria razão de não serem legisladores” (*Dei Delitti e delle Pene*, § n. IV).

Com as codificações do século XIX, mais ou menos influenciados pela principologia política da Revolução Francesa, está presente a idéia muito cara de “rigidez” das normas jurídicas, ou seja, de precisão da proposição jurídica. Se se observa, ainda, que a base do sistema, mercê das construções jusnaturalistas que desde Grócio se desenvolviam, procurava assentar-se na razão natural, verifica-se que o risco da “deificação” da lei seria muito grande. A chamada Escola da Exegese corresponde a essa atitude histórica, e é perfeitamente compatível com o decreto que, logo após a sanção do Código Penal bávaro de 1813, proibiu que se escrevessem comentários ao mesmo, ou com a posição de Bugnet, que dizia: “Não conheço Direito Civil; apenas ensino o Código de Napoleão” (Geny, *apud Soler, op. cit.*, pág. 26). Para a chamada Escola da Exegese, a essência do fato interpretativo residiria num método que permitisse descobrir a real intenção do legislador. Veja-se uma passagem característica de um seu representante, Baudry-Lacantinerie: “A lei deve ser interpretada segundo a vontade mesma que presidiu sua origem. Desprendê-la daí para fazer variar seu

conteúdo de acordo com o movimento social, e adaptá-la às exigências da hora presente ou às transformações da existência, não seria ser-lhe fiel; neste caso, seria o meio a fazer a lei, e não a lei a reger o meio” (*apud Soler, op. cit.*, pág. 20).

Claro está que mesmo no século XIX surgiram pensamentos discrepantes dessa orientação. Savigny, em 1840, acentuava que o fim da interpretação “de cada lei consiste em obter precisamente dela tantos conhecimentos jurídicos reais quantos sejam possíveis”, transcendendo-se pois à mera descoberta do fim almejado pelo legislador (*System des heutigen Römischen Rechts*, trad. Goldschmidt, *Los Fundamentos de la Ciencia Jurídica*, Buenos Aires, 1949, pág. 85).

Mas a reação se desencadeia com a obra de François Geny, *Método de Interpretación e Fontes do Direito-Privado Positivo*, editado em 1899, logo seguida por um trabalho de Eugen Ehrlich (*Jurisprudência Livre e Ciência Jurídica Livre*, 1903), e pelo verdadeiro libelo que sob o título de *A luta pela Ciência do Direito* Kantorowicz publicou em 1906, sob o pseudônimo de *Gnaeus Flavius*.

Neste pequeno trabalho, impregnado de vitalidade e humanismo, Kantorowicz traceja áspera crítica ao “jurista ideal, segundo a opinião dominante”, que seria um funcionário “armado exclusivamente com uma máquina de pensar da mais fina espécie”, em cuja mesa repousaria o código do Estado, e que teria por encargo, através de operações lógicas e de “uma técnica secreta que só ele domina”, chegar à solução pré-desenhada pelo legislador, com exatidão absoluta. “Este ideal — anota Kantorowicz — alheio aos romanos da época de sua grandeza, surgiu nos tem-

pos de sua profunda decadência política, sob a tirania de imperadores semi-divinos”. Kantorowicz desenvolve uma apreciação de que chama de “ressurreição do Direito Natural de forma modificada”, pondo em relevo o irracionalismo da posição do *fiat justitia pereat mundus*, e do “jurista que se amarra a si mesmo e exclama com orgulho: “estou aqui, não posso agir de outra forma”. Empreende ainda Kantorowicz ácida apreciação de princípios muito caros ao jurista “bem-pensante”, por inteiro subordinado ao temor de desenvolver o texto com o qual trabalha; e coloca a servilidade ao texto como atitude que não raro se contrapõe à “meta mais alta de toda a juridicidade: a justiça”. “Da cultura do juiz — afirma — depende em último grau todo o progresso do desenvolvimento jurídico”. (Cf. Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, trad. W. Goldschmidt, *La Lucha por la Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1949, especialmente págs. 329, 345, 361 e segs., 369).

Este movimento, ao qual logo se agregaram Jean Cruet, Ernst Fuchs, e Johann G. Gmelin, teve o condão de reabrir toda a problemática da interpretação da lei, que se viu repensada no século XX com muito maior amplitude e liberdade. Da sofisticada empossação kelseniana do problema, a mesquinhar a da *Buchstabenjurisprudenz*, uma volumosa literatura pode ocupar-

-se desse delicado milagre que consiste, para usar os termos de Soler, em *mostrar que tínhamos a la verdad delante de nosotros y que no la sabíamos reconocer* (*op. cit.*, pág. 195), que se repete cada vez que a inteligência humana redescobre no texto as amarras que o ligam à realidade.

2. Partindo da sucinta constatação de Wach, sempre repetida, de que “a lei é mais sábia que o legislador”, e que expressa, metaforicamente, a impossibilidade de uma precisão legal, absoluta e exaustiva, da realidade cambiante e diversificada, a interpretação da lei se situa como uma necessidade da prática judiciária. Observa Carlos Maximiliano que “não há fórmula que abranja as inúmeras relações eternamente variáveis da vida; cabe ao hermeneuta precisamente adaptar o texto rígido aos fatos, que dia a dia surgem e se desenvolvem sob aspectos imprevisíveis” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio-São Paulo, 1965, pág. 43).

Costuma-se classificar a interpretação segundo o sujeito que a faz, os meios que se empregam, e os resultados que se alcançam (cf. Asúa, *La Ley y el Delito*, Buenos Aires, 1967, pág. 102).

3. Segundo o sujeito que a faz, pode a interpretação ser autêntica (que se divide em contextual, paralela e posterior), judicial ou doutrinal, como se procura representar no seguinte quadro:

Interpretação da lei, quanto ao sujeito	autêntica	{ contextual paralela posterior
	judicial doutrinal	

Interpretação autêntica é a que provém do próprio sujeito que produziu o texto interpretado, ou seja, do le-

gislador. Segundo alguns, entre os quais Grispligni e Asúa, não se deveria falar propriamente de interpretação,

aqui, e sim, de normas interpretativas. A interpretação autêntica se diz contextual quando a própria lei a ser interpretada contém passagens explicativas de suas disposições. Para o direito anglo-saxão, é costume mencionar-se o exemplo do *Interpretation Act* de 1789. O art. 11 do Código Penal brasileiro (1969) é norma interpretativa, ou seja, realiza interpretação autêntica contextual. A interpretação autêntica se diz paralela quando deflui de documentos ligados ao processo legislativo, diversos do próprio texto da lei. Assim, por exemplo, as exposições de motivos, os debates parlamentares, as atas de trabalhos preparatórios etc. Asúa nega que se possa reconhecer, aqui, interpretação autêntica (*op. cit.*, pág. 104). Por fim, chama-se interpretação autêntica posterior aquela que vem expressa por novas disposições que visam esclarecer e delimitar o alcance e significação de textos já editados. Os sucessivos Avisos Ministeriais com que, no Brasil, se esclareciam aspectos do Código Criminal de 1830, são um nítido exemplo dessa prática.

Interpretação judicial é a que pro-mana do órgão estatal encarregado da administração da justiça. O juiz vem a ser, portanto, um intérprete profissional da lei, com a responsabilidade de ver convertida em norma particular — para usar termo de Kelsen — sua interpretação. O relevo da interpretação judicial vê-se acrescido “quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de prece-dentes” (Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, trad. J. Machado, Coimbra, 1962, vol. II, pág. 115), o que sucede em casos de Pré-julgados, Súmulas etc.

Interpretação doutrinal é aquela que provém do estudo do texto legal reali-

zado por especialistas. A interpretação doutrinal é a menos comprometida com o texto (é a única que não é realizada por um funcionário do Estado), o que lhe permite não raro ousar construções vanguardistas.

4. Segundo os meios que se empregam, a interpretação se divide, tradicionalmente, em gramatical e lógica, também chamada esta última, com mais propriedade, teleológica.

Na interpretação gramatical, procura o intérprete cingir-se à literalidade do texto legal, e às suas mais estritas denotações semânticas. O instrumento principal da operação interpretativa é, neste caso, a sintaxe. É quase intuitiva a conclusão sobre as limitações desse processo interpretativo, que Cícero já verberava como *callida et malitiosa iuris interpretatio*. Em verdade, conhecer a lei é alguma coisa diversa de conhecer as palavras da lei, ou conhecer a gramática da língua em que foi escrita a lei. O legislador não propõe aos destinatários de suas normas um universo que venha a exaurir-se num *approach* formalístico, tendo por método as regras da elegância vernácula, senão que os concita a comportamentos que se inserem num sistema de valores impregnados de historicidade, e que atenderão portanto a um critério de eleição talvez traído pelas palavras; é desejável que o legislador tenha dito o que quis dizer, porém é possível (e é mais freqüente do que se possa imaginar) que tenha dito menos, ou mais, ou ainda algo diverso.

A interpretação teleológica (designação melhor do que “lógica”, ao menos porquanto a gramática também possui uma lógica) objetiva revelar “a íntima significação dos preceitos, a verdadeira vontade da lei, deduzindo-a não só das palavras, mas também de

múltiplos elementos que contribuam na formação das disposições legislativas” (Asúa, *op. cit.*, pág. 113).

Aqui, leva-se em conta, como já foi realçado, que “toda lei é meio para a consecução de determinados fins sociais, e só pode ser realmente entendida a partir desta referência finalista” (Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, trad. R. Muñoz, Madrid, 1946, vol. I, pág. 147).

Os autores costumam afirmar que a interpretação teleológica opera à base de alguns “elementos”, que seriam: o elemento propriamente teleológico, o elemento sistemático, o elemento histórico, e outros.

O elemento propriamente teleológico é constituído pelo levantamento do que seja, em cada caso, a *ratio legis*. Com efeito, o conhecimento do fim almejado pelo legislador pode resolver questões quanto aos limites e à orientação do preceito, excluindo uma interpretação que negasse ou restringisse o amplo alcance daquela finalidade.

O elemento sistemático se obtém da constatação de que o ordenamento jurídico, para usar a expressão de Antolisei, “não é constituído por uma miríade de normas independentes, desligadas entre si, mas de um complexo que, em linhas essenciais, é unitário e orgânico” (*Manuale di Diritto Penale*, P.G., Milão, 1969, pág. 61). Ou seja: o intérprete pode retirar indicações valiosas para seu trabalho da maior ou menor adequação entre sua interpretação e os fins gerais do sistema.

O elemento histórico pode ser visto sob dois ângulos. Sob o primeiro, em acepção muito restrita, emerge da consideração do surgimento da norma, aproximando-se, aqui, do que foi chamado interpretação autêntica paralela. Sob o segundo ângulo, o elemento his-

tórico é fornecido pela apreciação do condicionamento histórico (social e político) que produziu a lei. É falso o pensamento corrente segundo o qual determinada sociedade “recebe” o direito, mais ou menos como um paciente recebe a medicação. Em realidade, certas formas sociais (que vêm a ser conteúdo de certas formas políticas) “exigem” um determinado direito, podendo-se afirmar, pois, que é menos o direito a moldar a sociedade do que a sociedade a moldar o direito. Claro está que o ordenamento jurídico, depois de composto e editado, passa a desfrutar de relativa autonomia, autonomia formal que é atingida — pela revogação da lei — sempre que o descompasso entre o direito que o corpo social tem e o direito que quer determinar um nível de insatisfação agudo. A partir dessas colocações (aqui postas de modo muito preliminar e algo axiomático, porém sem muito esforço demonstráveis), é fácil depreender a importância que, na interpretação teleológica da lei, assume o elemento histórico.

É através do elemento histórico que se deverá trazer o problema da relação entre a lei e os “costumes”, que ordinariamente se examina num enfoque vetusto de “fontes” do direito. Aquilo que se convencionou chamar “costumes” sem dúvida participa de experiência jurídico-penal, como dela participa a moral, a religião, e outras formas mais ou menos espiritualizadas de controle social. Todo o debate, por exemplo, sobre adequação social terá por pano de fundo — ainda que se evite o uso do termo — o problema dos costumes; um conceito realístico de antijuridicidade material não poderá ser construído sem que se valha da idéia de costumes, pois

os famosos “valores gerais do direito” são, regra geral, reflexos de valores da *praxis* social que ele se destina a reger. Já se fala numa função derogatória e numa função integradora dos costumes, face à lei penal. Evidentemente, os costumes — como tudo o que não seja a *lei escrita* — estarão sujeitos às limitações que decorrem da natureza especial da punição penal, e das exigências de garantia e segurança individual. Assim, os costumes não podem criar uma incriminação, ou alterar a pena cominada de determinado crime. Mas podem contribuir decisivamente para o esclarecimento de um preceito, seu alcance e significação; e podem, que seja metaforicamente, “derrogá-lo”, por obra da consideração da adequação social da ação (veja-se, com posição diversa, Bettiol, “Sulla Consuetudine Penale”, in *Scritti Giuridici*, Pádua, 1966, vol. II, pág. 896).

Mencionam-se ainda outros “elementos”, como o “comparativo estrangeiro” (Asúa, *op. cit.*, pág. 116) etc. Parece-nos que tais distinções visam apenas a favorecer o aprendizado, e são sumamente discutíveis. Em verdade, temos aí apenas alguns critérios, algumas perspectivas que se encaminham todas num único e indecomponível sentido: esclarecer a significação da lei, tendo em vista os fins que ela pretendia realizar.

5. Segundo os resultados, a interpretação costuma ser classificada em declarativa, restritiva, extensiva e progressiva.

Diz-se declarativa a interpretação quando haja perfeita correspondência entre a denotação gramatical do texto e sua compreensão pelo intérprete. A tarefa interpretativa não é, aqui, mais humilde ou desnecessária, sendo um equívoco pensar-se que não haveria efetivamente, neste caso, interpretação.

Sem dúvida, há; o que ocorre é que o intérprete, valendo-se de todo o instrumental já examinado, chega à conclusão de que as palavras da lei correspondem integralmente ao seu espírito. O resultado meramente declarativo da interpretação não guarda necessariamente uma relação com a maior ou menor clareza do texto: o brocardo *in claris cessat interpretatio* (que não é romano) só se admitiria perante uma ótica estritamente gramatical, e é hoje inatendível (cf. Carlos Maximiliano, *op. cit.*, pág. 45).

Diz-se restritiva a interpretação quando o alcance das palavras empregadas pelo texto sofre limitações, pela consideração de que, face a razões sistêmicas, ou históricas, a vontade do legislador não tinda o âmbito que se poderia deduzir das palavras por ele usadas.

Diz-se extensiva a interpretação quando exatamente ao contrário de que sucede na interpretação restritiva, o alcance das palavras empregadas pelo texto sofre ampliações, também pela consideração de que, face a razões sistêmicas, ou históricas, a vontade do legislador não se cingia ao âmbito mais restrito que se poderia imaginar, pelo exame das palavras por ele usadas. Quando a extensividade do resultado da interpretação deriva do emprego de expressões exemplificativas, ou cláusulas genéricas que fixem certos critérios mínimos, a inclusão de situações não previstas explicitamente se faz por interpretação analógica, que é um tipo especial de interpretação extensiva (veja-se, p. ex., o n. IV do § 2.º do art. 120 do CP).

Diz-se extensiva a interpretação quando, o resultado alcançado promove uma adaptação do texto legal a novas realidades ignoradas pelo legislador. O

caráter estacionário do direito, paralizando, na letra da lei, pode ser assim amenizado, através de uma interpretação que procure recompor o sentido do texto, frente às exigências de uma realidade que se alterou, e sempre que essas exigências sejam possíveis de incluir-se na fórmula geral da lei.

6. Convém destacar, para ligeiro exame, a analogia, processo lógico de integração do ordenamento jurídico, que não pode ser confundido com a interpretação extensiva analógica.

Mediante analogia, a lei é aplicada a uma situação por ela não prevista, mas a propósito da qual se possam invocar, por similitude, as mesmas razões que fundamentam a situação prevista, cuja solução legal será transladada.

Temos aí, em termos lógicos, uma “indução parcial, ou imperfeita, na qual o espírito passa de um ou de alguns fatos singulares (ou de uma enunciação parcial) a uma outra enunciação singular ou particular, que ele infere em virtude de uma semelhança” (Maritain, *Lógica Menor*, trad. I. Neves, Rio, 1972, pág. 308).

Consoante frisa A. Bruno, a analogia “não é um meio de interpretação, mas de integração do sistema jurídico. Na hipótese de aplicação da analogia, não há um texto de lei obscuro ou incerto, cujo exato sentido se procure descobrir ou esclarecer. O que há é ausência de lei que regule diretamente a hipótese” (*op. cit.*, pág. 208).

A analogia, no Direito Penal, sofre as limitações impostas pelo princípio da reserva legal, não se aplicando pois a tudo quanto seja incriminações e penas. Com relação às outras normas, é aplicável *in bonam partem*, salvo se se tratar de regra excepcional; quando logicamente não se pode admitir seu emprego (caso contrário, tais regras

perderiam sua excepcionalidade). As causas gerais de exclusão da antijuridicidade e culpabilidade admitem aplicação analógica, ao contrário do que afirma ainda grande parte dos autores, entre nós.

Historicamente, registra-se o emprego tradicional de analogia no Direito Penal da Dinamarca, mesmo quanto às normas que incriminam conduta. Reza o art. 1.º do Código Penal dinamarquês de 1930: “Ninguém pode ser punido com pena senão por atos cujo caráter criminoso esteja consignado em lei, ou que sejam inteiramente assimiláveis a tais atos”. Na Rússia, trabalhou-se com analogia, o que já não prevalece, desde o Código de 1960, já posterior às Bases de 1958. Zdravomíslav afirma ser a analogia “instituição que está abolida no Direito Penal soviético” (*Derecho Penal Soviético*, trad. J. Guerrero, Bogotá, 1970, pág. 52). Neste século, a experiência do emprego da analogia pelo Direito Penal nazista, com a conhecida fórmula do “são sentimento do povo”, e seu saldo funesto, é o mais convincente dos argumentos em favor da posição de repúdio a seu emprego indiscriminado.

7. Em suma, pode dizer-se que a interpretação é uma atividade criadora (Mezger, *op. cit.*, pág. 148), mediante a qual — utilizando-se de diversos critérios — se procura a exata compreensão do texto legal. Não é trabalho de habilidade gramatical, ou criptografia: é uma profunda imersão do sistema jurídico em que a norma se insere, e uma verificação ampla de sua historicidade.

Consistindo o fim da interpretação em tornar firme, isto é, exato e claro, o texto legal a ser aplicado, compreende-se que seus parâmetros lógicos não se atenham aos valores de benevolência ou ódio, senão aos de correção ou erro.

Princípios como *in dubio pro reo*, ou *in dubio mitius*, ou *in dubis benignus interpretandum* não são aplicáveis, como, amparado em Von Hippel e Grispigni, lembra Asúa (*op. cit.*, pág. 117). Em tema de interpretação da lei, a dúvida se resolve resolvendo-se a dúvida; só quando estejamos face a uma situação de dúvida irreduzível, esgotado todo o arsenal lógico-interpretativo, será lícito pensar na solução mais favorável ao indivíduo acusado. Mas que isso é já um traço político que ingressa na questão, deve ser visto realisticamente.

Missão da interpretação, pois, é tornar o texto firme, ou seja estabelecer “entre os pensamentos possíveis, o único apropriado, correto, jurídico” (Carlos Maximiliano, *op. cit.*, pág. 28), o que só se obtém “colocando de acordo a lei do passado com as necessidades do presente, estabelecendo uma conexão do ontem com o hoje” (Mezger, *op. cit.*, pág. 154).

Em nossa opinião, toda a teoria da interpretação está por absorver inestimável contribuição, que lhe podem proporcionar modernas idéias de uma teoria da comunicação. A partir da consideração do legislador como emissor — codificador, da lei como mensagem, do destinatário como decodificador-receptor, uma visão renovada deste processo poderia enriquecer extraordinariamente a pesquisa a respeito. É possível que, no desenvolvimento dessa linha, se venha a falar numa semiologia jurídica, talvez capaz de propor questões que escaparam à empostação tradicional.

III — O princípio da reserva legal

1. Chama-se princípio da reserva legal ao princípio que condiciona a punição do indivíduo à anterior previsão

em lei da conduta criminosa pela qual responde, e da pena que sofrerá.

Insere-se, em nosso sistema, no art. 1.º do Código Penal, com a seguinte redação: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Esteve presente em todos os nossos estatutos penais (Código Criminal de 1830, Código Penal de 1890 e Código Penal de 1940), por coincidência sempre no art. 1.º; e foi mesmo inscrito, tradicionalmente, nas Constituições brasileiras.

O princípio da reserva legal era desconhecido do direito romano (cf., a propósito, J. Mestieri, *Teoria Elementar do Direito Criminal*, Rio, 1971, pág. 81), como foi desconhecido pelo direito germânico e pelos estatutos medievais.

Costuma-se invocar a *Magna Carta*, de 1215, como antecedente do princípio, o que é mais que duvidoso, por duas razões: em primeiro lugar, pelo âmbito social restrito de sua aplicação; em segundo lugar, por que há indicações de que o excerto apontado se constituía, de fato, em garantia de caráter processual.

Em verdade, é com as idéias do Iluminismo que se impõe o princípio *nulla poena nullum crimen sine lege*, alinhando-se na luta contra a arbitrariedade dos governantes e dos juizes.

Veio o princípio a ser inserido na Constituição norte-americana (1776), e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), daí se comunicando à Constituição francesa de 1791.

O primeiro Código Penal a adotá-lo expressamente foi o Código Penal austríaco de 1787, feito sob D. José II.

Sua formulação latina se deve a Feuerbach, e veio a lume com a edição de seu *Lehrbuch des Peinlichen Rechts*, em 1801. A partir do século XIX, o princípio começa a inscrever-se em quase

todos os códigos penais, talvez como a peça mais importante daquela “*piattaforma legislativa comune*” a que se referia Bettiol (*Istituzione di Diritto e Procedura Penale*, Pádua, 1973, pág. 73).

2. O princípio da reserva legal possui algumas funções, que analisaremos a seguir obedecendo à orientação de Heleno Fragoso (“Observações sobre o Princípio da Reserva Legal”, RDP 1/78).

2.1. *Proibir a retroatividade da lei penal.*

É esta a função “histórica” do princípio da reserva legal, que surgiu exatamente para evitar incriminações *ex post facto*. A Alemanha nazista conheceu exemplos de aplicação retroativa da lei penal (cf. H. Fragoso, *op. cit.*, pág. 84).

2.2. *Proibir a criação de crimes e penas pelo costume.*

“Só a lei pode ser fonte de normas incriminadoras” (H. Fragoso, *op. cit.*, pág. 85). Isso não significa, como já vimos, que os costumes não participam da experiência jurídico-penal; apenas, não podem criar crimes ou penas.

2.3. *Proibir o emprego de analogia com relação às normas incriminadoras.*

Pelo que já vimos, o emprego de analogia corresponderia a uma autêntica “criação” de crime ou pena, o que só se admite mediante lei escrita anterior. Frise-se que a proibição do emprego da analogia somente alcança as normas que incriminam condutas e estabelecem penas.

2.4. *Proibir que se estabeleçam incriminações vagas e indeterminadas.*

Como observa Petrocelli, “do princípio de legalidade, em todos os seus aspectos, é indubitavelmente um corolário a exigência de que o preceito de conduta seja determinado e especificado de modo tal a fazer ver claramente ao cidadão a conduta a seguir, e os limites do próprio livre comportamento” (“Appunti sul Principio di Legalità nel Diritto Penale”, in *Saggi*, vol. II, Pádua, 1965, pág. 193). Ou seja: é mister que a incriminação determine, da forma mais precisa possível, a conduta proibida, para que o limite entre a liberdade e o ilícito seja demarcado de forma nítida.

CULPABILIDADE NORMATIVA E EMBRIAGUEZ NO CÓDIGO PENAL DE 1969

DAMÁSIO E. DE JESUS

SUMÁRIO: 1. A culpabilidade no Código Penal de 1969 — 2. Momento da imputabilidade: "actio libera in causa" — 3. Embriaguez e culpabilidade: a questão em face do Código Penal de 1940 — 4. O tratamento da embriaguez no Anteprojeto de Código Penal — 5. A disciplina da embriaguez no Código Penal de 1969: crítica — 6. A solução da legislação penal alemã — 7. Sugestão.

1 — A culpabilidade no Código Penal de 1969

O crime, sob o prisma formal, é composto de três elementos: fato típico, antijuridicidade e culpabilidade. Começado um fato descrito em lei penal incriminadora não se deve afirmar que o autor cometeu um delito, uma vez que a conduta pode ter sido praticada sob o agasalho de uma causa excludente da ilicitude. Assim, é necessário que além de típico o fato se revista da característica da contradição com o ordenamento jurídico. Não é suficiente, porém, para que o sujeito sofra a incidência da resposta penal, que tenha cometido um fato típico e antijurídico. É preciso que haja um liame de ordem subjetiva ou normativa que o ligue ao autor. Surge, então, a exigência da culpabilidade, conceituada sob os aspectos das teorias psicológicas, psicológico-normativa e normativa pura.

De acordo com a teoria psicológica, culpabilidade é a relação psíquica en-

tre o autor e o fato, manifestada através de suas espécies: dolo e culpa. O caráter comum às duas espécies reside no liame psicológico entre o sujeito e o resultado de sua conduta. O dolo consiste na vontade de o agente causar uma modificação do mundo exterior (resultado), enquanto a culpa se caracteriza pela inexistência dessa vontade tendente à produção do resultado.

A falha da teoria psicológica da culpabilidade reside em querer reunir como espécies de um mesmo fenômeno conceitos que são diferentes. Se a característica do dolo é *querer* produzir o resultado e a da culpa é justamente *não querer* a sua produção, não se compreende como possam ser considerados conceitos comuns ao elemento genérico da culpabilidade. Enquanto o dolo é um fenômeno psicológico, pois nele se vislumbra a ligação psíquica entre o autor e o resultado, a culpa não é um fator psicológico. Nela não existe

liame subjetivo entre o agente e o resultado (salvo o caso de culpa consciente), tratando-se de puro juízo de apreciação.¹ Enquanto o dolo se encontra na cabeça do agente, a culpa está na cabeça do juiz (provérbio alemão). Cabe ao juiz verificar se o agente tinha possibilidade de antevisão da produção do resultado diante de seu comportamento típico. Reunir dois conceitos diferentes, quais sejam, dolo (fator psicológico) e culpa (fator normativo), num só denominador (culpabilidade) constitui o principal motivo de fracasso da teoria psicológica. Diante de tal fracasso surgiu a teoria psicológico-normativa, que inseriu a inexigibilidade de conduta diversa como elemento comum ao dolo e à culpa.

Frank, em 1907, analisando o art. 54 do Código Penal alemão, percebeu que age dolosamente o autor de um fato típico praticado em estado de necessidade. Não se pode dizer, porém, que sua conduta seja culpável, uma vez que no caso não se exige comportamento diverso (exemplo da tábua de salvação). Surge um efeito relevante: é possível agir com dolo sem que a conduta seja culpável. Então, desaparece a culpabilidade quando a conduta não é reprovável, sendo que isso ocorre quando não se pode exigir do agente comportamento diverso. Logo, a inexigibilidade de conduta diversa exclui a culpabilidade, embora tenha o sujeito agido com dolo ou culpa. Em face disso, dolo e culpa não podem ser considerados

1. Maurach, "A Teoria da Culpabilidade no Direito Penal Alemão", trad. de Norma Pesce, in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 15, outubro-dezembro de 1967, pág. 21.

espécies da culpabilidade, mas seus elementos, que assim se manifestam:

- 1.º — imputabilidade;
- 2.º — dolo ou culpa;
- 3.º — exigibilidade de comportamento diverso.

A falha dessa teoria consiste, em primeiro lugar, na colocação do dolo como elemento da culpabilidade. Ora, sendo um dado psicológico, o dolo não pode ser colocado ao lado da culpa, puro juízo de valoração. Nesse ponto a teoria psicológico-normativa merece a mesma censura endereçada à teoria psicológica. Em segundo lugar, se a culpabilidade consiste na reprovabilidade da conduta do agente diante de certas circunstâncias, culpabilidade é, então, um juízo de valor. Como lembra Maurach, a culpabilidade não está na cabeça do agente, mas sim na do juiz.² Ora, se o dolo está na cabeça do agente não pode ser elemento da culpabilidade, que é puro juízo de valor elaborado pelo magistrado. O dolo não está na culpabilidade: ele sofre um juízo de valor na culpabilidade, não sendo seu elemento, mas sim coeficiente. Assim, essa teoria insere na culpabilidade elementos psicológicos (dolo) e normativos (exigibilidade e culpa em sentido estrito), daí advindo sua denominação (psicológico-normativa), não podendo denominar-se propriamente de "normativa". Surgiu, então, diante da teoria mista da culpabilidade, a teoria normativa pura.

De acordo com o normativismo puro, construído sobre os postulados da teoria finalista, criação de Welzel, a culpabilidade é um puro juízo de valoração, pelo que não pode conter elementos psicoló-

2. *Op. e loc. cit.*, pág. 24.

gicos. Em consequência o dolo não pode pertencer à culpabilidade. Para excluir a culpabilidade de fator psicológico Welzel deslocou o dolo para o domínio do fato típico (para o tipo penal), constituindo elemento subjetivo da figura típica.³ E, para excluir do dolo todo fator normativo, transformando-o em dolo natural (vontade de praticar a conduta), a teoria normativa pura retirou dele a consciência da antijuridicidade, deslocando-a para a culpabilidade. E como a culpabilidade é um puro juízo de apreciação a consciência da ilicitude nela incluída não é real ou atual, não se exigindo que o agente tenha efetivo conhecimento profano da ilicitude de seu comportamento. É suficiente que tenha possibilidade de conhecer o caráter antijurídico de sua conduta (potencial consciência da antijuridicidade). Além disso a culpa é deslocada para a estrutura da ação. Diante de tais alterações na estrutura do crime a teoria normativa pura entende que são elementos da culpabilidade:

1.º — imputabilidade;

2.º — exigibilidade de conduta diversa e

3.º — possibilidade de consciência da antijuridicidade.

Esses três elementos são puros juízos de valoração, expungidos de qualquer fator psicológico. Prática o fato culpavelmente o agente imputável que tinha possibilidade de lhe conhecer a ilicitude e de cometer outra conduta conforme a lei.

Os conceitos de imputabilidade e de exigibilidade de outra conduta aceitos

3. *La Teoría de la Acción Finalista*, trad. de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, págs. 29 e segs.

pela teoria normativa pura coincidem com as noções tradicionais que delas conhecemos, o que não acontece com a consciência da ilicitude.

Existem várias teorias a respeito da situação da consciência da ilicitude na estrutura do delito. Deixando de lado a teoria extrema (ou estrita) e a teoria limitada do dolo, fundadas na doutrina naturalista ou causal da ação, que situam o conhecimento da antijuridicidade no dolo, vejamos as duas teorias que o colocam na culpabilidade: teoria extrema da culpabilidade e teoria limitada da culpabilidade.

Nos termos da teoria extrema (ou estrita) da culpabilidade o dolo constitui elemento subjetivo do tipo. Assim, Dohna conceitua o dolo como *el tipo subjetivo*.⁴ Como diz Welzel, seguindo esse caminho iniciado por Dohna, a doutrina da ação finalista consigna ao dolo o seu lugar apropriado, como uma espécie da vontade final da ação, no tipo (subjetivo) dos delitos dolosos.⁵ Em face disso a consciência da antijuridicidade é retirada do dolo, permanecendo como elemento do juízo de valor, isto é, como elemento da culpabilidade. E como esta é puro juízo de valor, seus elementos seguem a sua natureza. Em consequência, como dissemos, não se exige efetivo conhecimento da ilicitude, mas sim possibilidade de tal consciência (puro juízo valorativo).

A teoria limitada da culpabilidade tem pontos de semelhança com a teoria extrema: o dolo faz parte da figura

4. *La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. de Fontán Balestra e E. Friker, Buenos Aires, 1958, págs. 32 e segs.

5. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, trad. de Cerezo Mir, Barcelona, 1964, pág. 83.

típica e não contém o conhecimento da ilicitude, que integra a culpabilidade, bastando a possibilidade de tal consciência. Diferem no caso de suposição de causa excludente da antijuridicidade. Para a teoria extrema subsiste o dolo quando, por exemplo, o sujeito pratica o fato em legítima defesa putativa, absolvendo-o em caso de erro escusável. A teoria da culpabilidade limitada, porém, faz distinções entre ignorância da antijuridicidade por erro de direito e a decorrente de erro de fato. Quando o agente supõe em vigor uma regra jurídica que, se existisse, tornaria sua conduta lícita, a teoria ilimitada concorda com a extrema no sentido da subsistência do dolo e da absolvição do agente em caso de erro invencível. Quando, porém, por erro de fato o sujeito supõe uma situação que, se existisse, tornaria lícito o seu comportamento, afirma que não subsiste o dolo, subsistindo a culpa. Essa teoria, como observa Maurach, leva a consequências que suscitam críticas, pois seus resultados deixam a desejar.⁶ Da mesma opinião é Alcides Munhoz Neto, para quem a grande falha dessa doutrina consiste na “desigualdade no tratamento de situações análogas (erro vencível de direito e erro vencível de fato, ambos quanto à antijuridicidade da ação)”.⁷ As críticas procedem. Se alguém pratica o fato em legítima defesa putativa, essa teoria faz distinções. Se o agente incidiu em erro de direito, supondo a “ilicitude da

6. *Op. cit.*, pág. 34.

7. “Causas de Exclusão da Culpabilidade”, in *Anais do Ciclo de Conferências sobre o Novo Código Penal*, Editoras Unidas Ltda., São Paulo, 1972, pág. 72.

agressão”, tratando-se de erro sobre a norma, subsiste o dolo, respondendo por crime doloso, podendo a punição ser atenuada ou excluída. Se, porém, o erro incide sobre a “atualidade da agressão”, tratando-se de erro de fato, não subsiste o dolo, subsistindo a culpa e respondendo o agente pelo crime a esse título, se vencível o erro. Esses resultados, segundo Maurach, quando postos em confronto, constituem absurdo.⁸ Essa teoria predomina na jurisprudência alemã.

O Código Penal de 1940 adotou a teoria psicológico-normativa. Nele a culpabilidade é composta da imputabilidade, do dolo ou culpa (elemento psicológico-normativo) e da exigibilidade de comportamento diverso.

O Código Penal de 1969 (Decreto-lei n. 1.004, de 21.10.1969), acatou a teoria normativa.⁹ A concepção normativista está presente em várias de suas disposições, como observa Alcides Munhoz Neto. Assim, no estado de necessidade inculpável (art. 25), embora presente o dolo a conduta não é reprovável em face da inexigibilidade de outro comportamento. A disposição a respeito dos criminosos habituais e por tendência (art. 64), sujeitos à sanção relativamente indeterminada, tem fundamento na maior censurabilidade desses tipos normativos de agentes. No art. 58, n. II, o novo estatuto buscou inspiração na teoria da culpabilidade referível ao agente e sua maneira de vida, de índole normativa. Alcides Munhoz Neto cita ainda a disposição do art. 30, § 1.º, demonstrativo de que o novo Código Penal acei-

8. *Op. e loc. cit.*

9. Miguel Reale Júnior, *Dos Estados de Necessidade*, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1971, pág. 97, n. 5.

tou a teoria normativa.¹⁰ E a própria Exposição de Motivos, em várias passagens, tece considerações a respeito das modernas concepções normativas (ns. 8, 10 e 14).

Embora o novo estatuto penal houvesse acatado a teoria normativa da culpabilidade, a antiga redação do art. 17 impedia que se entendesse adotado o normativismo puro, nos termos pretendidos por Welzel e Maurach. É que a indicação marginal do dispositivo, como observava Alcides Munhoz Neto, falava em "Culpabilidade". E, como o dispositivo cuidava do crime doloso e culposos, isso significava que "o dolo e a culpa" deviam "ser tidos como formas daquele elemento do crime".¹¹ Logo, não tinha sido aceita integralmente a teoria normativa, uma vez que nela o dolo e a culpa estão fora da culpabilidade, funcionando como elementos subjetivos do tipo. O Código, embora avançando no terreno do normativismo, permanecia adotando uma teoria mista, ao gosto de Mayer, Bettiol, Aníbal Bruno e José Frederico Marques, inserindo na culpabilidade elementos psicológicos e normativos. De observar-se, porém, que o Projeto de lei n. 1.457, de 1973, do Poder Executivo, que introduziu emendas ao Código Penal de 1969, alterou a indicação marginal do art. 17, substituindo a expressão "Culpabilidade" por "Crime doloso e crime culposos". Na Exposição de Motivos o Min. Alfredo Buzaid justificou a modificação: "No art. 17, o projeto altera a rubrica de "Culpabilidade" para "Crime doloso e crime culposos", que é mais exata em face de seu enunciado" (n. 4). Assim, o Código Penal de 1969, com a redação final da Lei n. 6.016, de 31.12.1973, acatou o

normativismo puro (embora, cremos, não tivesse sido essa a intensão do legislador) não em sua inteireza, uma vez que não concedeu relevância total ao erro de direito escusável.

Acatando a doutrina normativa o Código Penal de 1969 filiou-se à teoria da culpabilidade limitada: o dolo e a culpa não integram a culpabilidade, constituindo elementos subjetivos do tipo; a consciência da ilicitude não faz parte do dolo, que é um dolo natural, passando a constituir elemento da culpabilidade; consciência da antijuridicidade não é real e atual (psicológica), bastando a possibilidade de conhecimento do ilícito. Vejamos. Nos termos do art. 20, que trata do erro de direito escusável, mesmo quando diante dele o agente "supõe lícito o fato" responde pelo crime a título de dolo, atenuando-se a resposta penal. Ora, se o erro de direito é o reverso do conhecimento da ilicitude e se mesmo sem esse conhecimento em face do erro de direito invencível o sujeito responde pelo crime a título de dolo, conclui-se que a consciência da antijuridicidade não faz parte do dolo. No erro de fato, porém, quando o agente supõe "situação de fato que tornaria a ação legítima" (descriminante putativa) o dolo é excluído, subsistindo a culpa em caso de erro vencível (art. 21, *caput*, última parte, e § 1.º). Aí se encontra a teoria limitada da culpabilidade, embora não em sua inteireza, pois nosso futuro Código, no erro de direito escusável, somente permite a atenuação ou substituição da pena, mas não a sua exclusão, conforme permite aquela doutrina.

2 — Momento da imputabilidade: "actio libera in causa"

Imputabilidade é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente

atribuída a prática de um fato punível.¹²

O Código Penal italiano, em seu art. 85, segunda parte, diz que è *imputabile chi ha la capacità d'intendere e di volere*. O Código Penal vigente e o futuro estatuto penal não possuem disposição semelhante, em face do que o conceito de imputabilidade deve ser encontrado, *a contrario sensu*, através da interpretação das normas que regem a inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (arts. 22, *caput*, do Código Penal de 1940 e 31, *caput*, do Código Penal de 1969) ou em consequência de embriaguez acidental completa (arts. 24, § 1.º, do Código Penal de 1940 e 32, *caput*, do futuro estatuto repressivo). Imputável é, então, o sujeito mentalmente desenvolvido e são, capaz de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A imputabilidade deve existir ao tempo da prática do fato típico, não havendo imputabilidade subsequente. Pode ocorrer, porém, o caso de o sujeito colocar-se propositadamente em situação de inimputabilidade para a prática da conduta punível. Surge a questão das *actiones liberae in causa, sive ad libertatem relatae* (ações livres em sua causa, isto é, relacionadas com a liberdade), ou simplesmente *actio libera in causa*. São casos de condutas típicas em regra livremente desejadas, mas cometidas pelo agente em ocasião de inimputabilidade, havendo liberdade originária e inexistindo liberdade atual (no momento da prática do fato).

A teoria da *actio libera in causa* apareceu no Código Rocco que, após

determinar que a imputabilidade deve existir no momento da prática do fato, afirma que esse princípio não tem aplicação a quem se coloca em estado de incapacidade de entender ou de querer com o fim de cometer a infração ou de preparar uma escusa (art. 87).

Alguns autores entendem suficiente que a imputabilidade e o elemento subjetivo da culpabilidade existam num dos momentos do *iter criminis* e que isso ocorre na *actio libera in causa*, uma vez que o comportamento de colocar-se em estado de inimputabilidade já constitui ato de execução da conduta punível. De ver-se, porém, que o ato de o agente colocar-se em estado de inconsciência, por exemplo, não pode ser considerado ato executório de crime algum. Se assim não fosse deveria o sujeito responder por tentativa se nada ocorresse após colocar-se em situação de inimputabilidade.

Para que o agente, aplicando-se a teoria da *actio libera in causa*, responda pelo crime cometido em estado de inimputabilidade, são necessários certos requisitos:

1.º — que se tenha colocado, dolosa ou culposamente, em estado de inimputabilidade;

2.º — que haja dolo ou culpa, no momento em que se tenha colocado em situação de inimputabilidade, em relação a crime determinado.

Assim, para que o agente responda pelo crime é necessário que na fase livre (resolução) esteja presente o elemento subjetivo (dolo ou culpa) ligado ao fato. Não é suficiente que se tenha colocado voluntária ou culposamente em estado de inimputabilidade, exigindo-se que tenha querido (dolo direto) ou assumido o risco de produzir o resultado (dolo eventual), ou

10. *Op. cit.*, págs. 57 e 58 e nota 9.

11. *Op. cit.*, pág. 58.

12. Aníbal Bruno, *Direito Penal, Forense*, 1959, vol. I, t. II, pág. 39.

que este tenha sido previsível (culpa consciente ou inconsciente).

3 — Embriaguez e culpabilidade: a questão em face do Código Penal de 1940

O Código Penal vigente, em seu art. 24, n. II, determina que não exclui a imputabilidade a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeito análogo. Assim, se o sujeito comete um fato típico sob efeito de ebrio, voluntária ou culposa, não há exclusão da imputabilidade e, em consequência, subsistindo a culpabilidade, responde pelo crime. Só admite a exclusão da imputabilidade no caso da ebrio accidental completa, em que o sujeito, no momento da prática do fato, em consequência de seus efeitos, não lhe compreende o caráter criminoso ou não possui capacidade de autodeterminação (art. 24, § 1.º).

A Exposição de Motivos, cuidando da matéria, afirma que, “do ponto-de-vista da responsabilidade penal, o projeto aceitou em toda a sua plenitude a teoria da *actio libera in causa seu ad libertatem relata*, que, modernamente, não se limita ao estado de inconsciência *preordenado*, mas a todos os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência” (n. 21).

A adoção da teoria da *actio libera in causa* não apresenta dificuldade de aplicação na embriaguez *preordenada*, em que o sujeito, embriagando-se propositalmente, coloca-se em estado de inimputabilidade para cometer o crime. Complica-se a questão quando a conduta típica e ilícita é praticada pelo agente em estado de ebrio completa, voluntária ou culposa e não *preordenada*. Neste caso o Código Penal determina que a ebrio não exclui a imputabilidade,

pelo que o sujeito responde pelo delito a título de dolo. Nélson Hungria, como Narcélio de Queiroz, partidário da aceitação da teoria à espécie, afirma que “mesmo quando não haja *preordenação*, não fica excluída, nos crimes comissivos, a responsabilidade a título de dolo, desde que, ao colocar-se voluntariamente em estado de conturbação psíquica, o indivíduo soube que estava criando o risco, que aceitou, de ocasionar resultados antijurídicos. Posto que haja relação causal entre o voluntário estado de inconsciência e a conduta produtiva do evento lesivo, não há por que desconhecer a culpabilidade”. Em outra passagem, afirma que “não é de identificar-se na espécie, como já se tem pretendido, um caso de *responsabilidade objetiva*, mas de responsabilidade por ampliação (ditada por motivos de índole social) do próprio critério voluntarístico”. E conclui: “no caso de embriaguez não *preordenada*, mas *voluntária* ou *culposa*, responderá o agente por crime doloso ou culposo, segundo o indicarem as circunstâncias, ou seja, segundo a direção ou atitude da residual vontade que existe no estado de ebriedade”.¹³

A moderna doutrina penal não aceita a aplicação da teoria da *actio libera in causa* à embriaguez completa, voluntária ou culposa e não *preordenada*, em que o sujeito não possui previsão, no momento em que se embriaga, da prática do fato. Se o agente se embriaga, prevenindo a possibilidade de cometer o fato e aceitando a sua realização, responde pelo delito a título de dolo. Se ele se embriaga prevenindo a produção do resultado e esperando que não

13. *Comentários ao Código Penal*, Forense, 1958, vol. I, t. II, págs. 386 e 388.

se produza, ou não o prevenindo, mas devendo prevê-lo, responde pelo delito a título de culpa. Nos últimos casos é aceita a teoria da *actio libera in causa*. Diferente é o primeiro caso, em que o sujeito não desejou, não previu e nem havia elementos de previsão da ocorrência do resultado. Nesta hipótese não se pode aplicar a teoria, embora o Código Penal de 1940 e a Exposição de Motivos afirmem o contrário, no sentido da responsabilidade total do agente. Quando ainda imputável o sujeito não agiu com dolo ou culpa em relação ao fato do crime determinado. A ebrio não pode ser considerada ato de execução do crime que o agente não previu. O Código Penal, porém, recorrendo a uma ficção com fundamento na teoria da segurança, resolveu punir o ébrio voluntário ou culposo como imputável, como se estivesse sóbrio no momento do fato, levando em conta não o dolo ou a culpa existente na fase inicial antecedente à embriaguez, mas de acordo com as circunstâncias do momento da prática da conduta punível, segundo, de acordo com a opinião de Nélson Hungria, a direção ou atitude da residual vontade que subsiste no ébrio. Então, os elementos decisivos para a consideração da imputabilidade, nos termos do art. 24, inciso II, são os processos psicológicos, ainda que anormais, subsistentes ao tempo do cometimento do fato. Ora, se isso é possível, desnecessária se torna a invocação da teoria da *actio libera in causa*.¹⁴ De lembrar-se que tendo o Código Penal de 1940 acatado a teoria psicológico-normativa da culpabilidade, inserindo o dolo na culpabilidade e exigindo que ele se integre da consciência da anti-

juridicidade, a simples vontade subsistente na conduta do ébrio, suficiente para constituir a voluntariedade do fato típico, é insuficiente para o juízo de valor da culpabilidade. A “atitude da residual vontade” do ébrio não é ainda dolo. Para que haja responsabilidade penal no caso da *actio libera in causa* é necessário que no instante da imputabilidade o sujeito tenha querido o resultado, ou assumido o risco de produzi-lo, ou o tenha previsto sem aceitar o risco de causá-lo ou que, no mínimo, tenha sido previsível. Na hipótese da imprevisibilidade que estamos cuidando não há falar-se em responsabilidade penal a título de dolo pelo fato efetivamente cometido ou em aplicação da *actio libera in causa*. Assim, não obstante a negativa da Exposição de Motivos, o Código Penal de 1940, nesse passo, aceitou um caso de responsabilidade penal objetiva. No caso da embriaguez voluntária ou culposa, accidental e completa, a punição do agente pelo fato cometido a título de dolo, sem qualquer atenuação, como se tivesse cometido a conduta em estado de sobriedade, é combatida pela quase totalidade da doutrina brasileira, que vê nela a incidência da responsabilidade penal objetiva: Aníbal Bruno (“Embriaguez voluntária ou culposa e responsabilidade penal”, in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, n. 7, outubro-dezembro de 1964, págs. 17 e segs.; *Direito Penal*, Forense, Rio, 1959, vol. I, t. II, pág. 154); Basileu Garcia (*Instituições de Direito Penal*, Max Limonad, São Paulo, 1956, vol. I, t. I, pág. 351); Magalhães Noronha (*Direito Penal*, Saraiva,

15. *Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro*, Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1965, pág. 132.

14. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, Saraiva, 1959, vol. I, pág. 230.

São Paulo, 1963, vol. I, pág. 225; "Da ação livre na causa", in *Diário de São Paulo*, ed. de 28.9.69; Salgado Martins (*Sistema de Direito Penal Brasileiro*, José Konfino Editor, Rio, 1957, pág. 299, n. 14); Heleno Cláudio Fragoso ("Da responsabilidade penal no Anteprojeto", in *Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro*, Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1965, pág. 149; "A reforma da legislação penal" — I, in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, n. 2, pág. 68); Roberto Lyra Filho e Luiz Vicente Cernicchiaro (*Compêndio de Direito Penal*, Parte Geral, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1973, pág. 193); Andrés Augusto Balestra ("Da Embriaguez como figura autônoma", in *Ciência Penal*, José Bushatsky Editor, São Paulo n. 1, págs. 118 e 119); Roque de Brito Alves (*Direito Penal*, Companhia Editora de Pernambuco, Recife, 1973, Parte Geral, vol. I, pág. 359); Alcides Munhoz Neto ("Causas de Exclusão da culpabilidade", in *Anais do Ciclo de Conferências sobre o novo Código Penal*, Editoras Unidas Ltda., São Paulo, 1972, págs. 61 e segs.; "Aspectos da culpabilidade no Direito Penal", in RT 323/44 e segs.); Everardo da Cunha Luna ("Responsabilidade penal e medidas de segurança", in *Ciclo de conferências sobre o novo Código Penal*, Editoras Unidas Ltda., São Paulo, 1972, págs. 110 e 111; nota in *Direito Penal*, de Bettiol, Ed. Rev. dos Tribs. Ltda., São Paulo, trad. de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, 1971, vol. II, pág. 89) e José Frederico Marques (*Tratado de Direito Penal*, Saraiva, São Paulo, 1956, vol. II, págs. 188 e 189).

O art. 31, § 1.º, rezava: "Se a embriaguez foi intencionalmente procura-

da para a prática do crime, o agente é punível a título de dolo". Diante disso o Anteprojeto excluía a embriaguez preordenada do rol das agravantes genéricas, incidindo na crítica de Basileu Garcia.¹⁶

O § 2.º determinava: "Se, embora não preordenada, a embriaguez é voluntária, e o agente previu ou podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime, a pena é aplicável a título de culpa, se a este título é punível o fato". Esse dispositivo, segundo Heleno Cláudio Fragoso, "dizia o óbvio".¹⁷ Observou Basileu Garcia que o Anteprojeto premiava "com pena da culpa restrita o homicídio executado com ferocidade pelo indivíduo completamente embriagado que, anteriormente, previu que poderia vir a cometer o crime".¹⁸ Não obstante a explicação de Nelson Hungria, segundo a qual se era imprevisível a prática do crime o agente não devia incidir em sanção penal,¹⁹ o Anteprojeto reproduzia a disposição do art. 24, n. II do CP vigente, acatando a responsabilidade objetiva na embriaguez não preordenada e completa, sem previsão da prática do crime.²⁰

5 — A disciplina da embriaguez no Código Penal de 1969: crítica

O art. 32, *caput*, do Código Penal de 1969, determina que "não é" "imputável o agente que, por embriaguez completa proveniente de caso fortuito

16. *Op. cit.*, págs. 131 e 132.

17. "A Reforma da Legislação Penal — I", in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 2/68, n. 12.

18. *Op. e loc. cit.*, págs. 132 e 133.

19. "Respostas às Objeções ao Anteprojeto", in *Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro*, 1965, pág. 468.

20. Heleno Cláudio Fragoso, *op. e loc. cit.*

ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento". O parágrafo único prevê responsabilidade atenuada no caso de embriaguez acidental incompleta (essas disposições não foram alteradas no Projeto de Lei n. 1.457, de 1973, do Poder Executivo, que inseriu emendas no Decreto-lei n. 1.004).

Afirmando o Código Penal de 1969 que a imputabilidade é excluída no caso de embriaguez completa e acidental, atenuando-se a responsabilidade na hipótese do art. 32, parágrafo único, conclui-se que em todos os outros casos subsistem a imputabilidade e a consequente punibilidade. Assim, a embriaguez completa, voluntária ou culposa, leva o agente a responder por crime doloso mesmo quando há imprevisibilidade da prática do fato típico, hipótese de responsabilidade penal objetiva.

Embora a Exposição de Motivos afirme que se pretendeu "ajustar nossa legislação penal às exigências fundamentais de um Direito Penal da Culpa, que visa a proscrever toda forma de responsabilidade objetiva" (n. 3), se nota que o novo estatuto ainda mantém o *versari in re illicita* em matéria de embriaguez. Daí afirmar Everardo da Cunha Luna que o "Código de 1969, além de rigoroso, e criador de responsabilidade objetiva, em matéria de embriaguez, é contraditório, pecando ao mesmo tempo contra a segurança, contra a justiça e contra a equidade".²¹ E Alcides Munhoz Neto observa que nesse particular "subsistirá uma imputabilidade ficta, inadmissível num direito pe-

21. *Ciclo de Conferências sobre o Novo Código Penal*, Editoras Unidas Ltda., São Paulo, 1972, pág. 111, nota 21.

nal da culpa", sendo inaplicável a teoria da *actio libera in causa*.²²

Além dessa antinomia com a Exposição de Motivos são flagrantes as contradições entre o sistema do Código e o critério adotado em matéria de embriaguez. O art. 17, n. I, afirma que o crime se diz doloso quando "o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo". Ora, no caso do fato típico praticado pelo ébrio em estado de embriaguez completa, não preordenada, voluntária ou culposa, em que o resultado é imprevisível, não se pode dizer que ele quis ou assumiu o risco de produzi-lo. O dolo, então, é presumido pelo Código. Além disso, o art. 17, parágrafo único, reza que "salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente". Sabido que a ressalva faz referência aos crimes culposos e que na hipótese tratada o agente não pratica o fato doloso ou culposamente, evidente se mostra a responsabilidade pelo crime sem o elemento da culpabilidade.

No art. 19 diz o Código Penal que "pelos resultados que agravam especialmente as penas só responde o agente quando os houver causado, pelo menos, culposamente". A disposição trata dos crimes qualificados pelo resultado, que em regra são preterdolosos. Suponha-se que o ébrio, não se tratando de embriaguez preordenada, mas sim de embriaguez completa, voluntária ou culposa, venha a cometer um delito qualificado pelo resultado. Como conciliar a disposição do art. 19 com a regra de que a embriaguez não acidental não exclui a imputabilidade? Se em face da embriaguez ele não agiu culposamente em relação ao resultado, como este lhe pode ser imputado diante da regra do art.

22. *Idem*, págs. 61 e 62, n. 5.

19? Só a título de responsabilidade penal objetiva, o que fere o sistema que o novo estatuto pretende estabelecer (Exposição de Motivos, n. 3).

O novo Código Penal, preocupado com a segurança, é mais rigoroso que o estatuto de 1940. Everardo da Cunha Luna observa que além de não atribuir efeito excludente à embriaguez voluntária ou culposa e de considerar a ebridez preordenada como circunstância agravante genérica (art. 56, n. II, c), impõe ao juiz o dever de cassar licenças para dirigir veículos (art. 97, mantido com pequena alteração pelo Projeto de emendas), que na legislação vigente só existe quando declaradas pelo magistrado na sentença (arts. 69, n. IV e 70, n. II), criando um novo tipo delitivo: “embriaguez ao volante” (art. 287).²³ Nota Everardo da Cunha Luna que se de um lado o Código é extremamente severo no tratamento da embriaguez, de outro se mostra benevolente. Vejamos. No caso de ebridez incompleta é accidental (art. 32, parágrafo único), em que a responsabilidade é diminuída, o Código permite a redução de um a dois terços da pena. Suponha-se um crime de homicídio simples, observando-se que no caso o agente, embora com a responsabilidade atenuada, pratica o fato dolosamente. Como a pena mínima é de 6 anos de reclusão, a atenuação de dois terços leva ao mínimo de dois anos de reclusão, permitindo-se a substituição por detenção (art. 37, § 3.º) e a concessão de *sursis* (art. 70, *caput*). Suponha-se agora que o agente pratique o homicídio simples em estado de embriaguez completa, voluntária ou culposa, sem a mínima previsibilidade da execução do fato. Embora não tenha praticado o fato com dolo, responde por homicídio doloso sem atenuação ou privilégio. Note-se que no primeiro caso, em que o Código é benevolente, o sujeito pratica o fato em estado de imputabilidade, conservando a capacidade intelectual e volitiva, embora reduzidas, enquanto no segundo ele comete a conduta em situação não preordenada de completa inimputabilidade. Daí a crítica conclusiva de Everardo da Cunha Luna: “Pelo Código de 1969, em matéria de embriaguez, a pena perde o seu justo caráter retributivo e a eficácia de sua prevenção especial e geral, já porque possibilita o afrouxamento para certos casos, já porque se extrema na severidade para outros”.²⁴

Inaplicável, como vimos, a teoria da *actio libera in causa* à hipótese sugerida. A incidência dessa teoria pressupõe que o sujeito na fase da imputabilidade tenha agido com dolo ou culpa em relação às elementares do tipo realizado durante a situação de inimputabilidade. A intenção de embriagar-se ou a imprudência no ingerir substância alcoólica ou de efeito semelhante que leva à ebridez não implica desde já em dolo ou culpa em relação ao fato cometido.

A adoção desse critério severo em matéria de embriaguez não se harmoniza com a teoria da culpabilidade limitada acatada pelo Código ao aceitar a doutrina normativa. De acordo com essa teoria o dolo constitui elemento subjetivo do tipo, tratando-se de um dolo natural. A potencial consciência da ilicitude não integra o dolo, mas sim a culpabilidade. No caso questionado, embora o ébrio possa atuar dolosamente, isto é, atuar com dolo natural, sem a consciência da ilicitude²⁵, não pode

24. Idem.

25. Maurach, “O Conceito Finalista de Ação e seus Efeitos sobre a Teoria da Estrutura do Delito”, in *Revista*

23. *Op. e loc. cit.*

responder pelo crime efetivamente cometido por ausência de imputabilidade e conseqüente potencial consciência da ilicitude no momento de sua realização (fica excluída a culpabilidade em relação ao fato típico e antijurídico praticado).

6 — A solução da legislação penal alemã

Como vimos no item anterior a adoção da teoria limitada da culpabilidade, em princípio, leva à inexistência de culpabilidade quando o fato é cometido pelo agente em estado de embriaguez completa, voluntária ou culposa e não preordenada. Não se tratando de caso de aplicação da teoria da *actio libera in causa*, poderia parecer que a solução causa uma lacuna jurídica: a embriaguez, em si mesma, constitui um elemento neutral, juridicamente incapaz de fundamentar a culpabilidade; o delito cometido durante o estado de embriaguez também não pode relacionar-se com a culpabilidade, uma vez que não se encontram presentes dois de seus elementos, quais sejam, a imputabilidade e a potencial consciência da ilicitude. Assim, a conclusão excludente da culpabilidade poderia levar a uma perigosa lacuna jurídica, como observa Maurach.²⁶ Diante disso a Lei de 24 de novembro de 1933 introduziu na legislação penal alemã o crime de embriaguez completa, descrito no § 330, a, mantido no estatuto penal alemão de 1969: “Quem se coloca, dolosa ou culposamente, através de ingestão de bebidas alcoólicas ou através de outro meio inebriante, em estado de embriaguez

que exclua a imputabilidade (§ 51, n. 1), será punido com prisão ou multa, se, em tal situação praticar ação ameaçada com pena” (corresponde ao art. 263 do CP suíço e ao § 523 do CP austríaco). Nesse crime autônomo o fato cometido pelo ébrio não deve estar relacionado com o dolo ou culpa, uma vez que se isso ocorre o caso é resolvido pela teoria da *actio libera in causa*. Assim, se o agente pratica o fato em estado de completa embriaguez voluntária ou culposa, havendo no momento anterior à inimputabilidade vontade, anuência ou previsibilidade da posterior prática delitosa, responde pelo crime a título de dolo ou culpa, aplicando-se a doutrina da ação livre na causa. Tratando-se de homicídio, por exemplo, cometido nessas condições, o agente não responde pelo delito autônomo de embriaguez, mas por homicídio doloso ou culposos, de acordo com o elemento subjetivo anterior à prática delitosa.

A pena cominada para o autor do crime autônomo de embriaguez não pode ultrapassar a sanção máxima imposta à figura dolosa do fato efetivamente cometido. Assim, se ao fato cometido pelo ébrio, em sua forma dolosa, for cominada a pena máxima de dois anos de prisão, a pena a ser imposta em face do delito autônomo não poderá ultrapassar esse limite.

A doutrina alemã inicialmente não encontrou solução ideal que permitisse punir o autor do crime autônomo de embriaguez de acordo com os postulados fundamentais da culpabilidade. Esta, dizia-se, não pode referir-se ao momento em que o agente se embriagou, uma vez que a ebridez, *por si mesma*, constitui um indiferente penal; não pode também referir-se ao fato cometido pelo agente em tal estado, pois lhe fal-

Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 14, pág. 32.

26. “A Teoria da Culpabilidade no Direito Penal Alemão”, in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 15, pág. 27.

ta a imputabilidade. Para Welzel o art. 330, *a*, descreve um delito de perigo, sendo que o fato típico do agente é índice de sua periculosidade. Exige, porém, que o sujeito tenha consciência de sua tendência para a prática do crime quando se embriaga.²⁷ Ora, se o sujeito conhece sua tendência delituitosa quando se embriaga a culpabilidade pode ser apreciada nesse momento, aplicando-se a teoria da *actio libera in causa*.

Mayer ensina que a punição se assenta no fato de o agente colocar-se no estado perigoso da embriaguez, constituindo o fato típico uma condição objetiva de punibilidade.²⁸ É a opinião de Schönke.²⁹

Maurach entende que se trata de um crime de perigo abstrato em que o bem jurídico é a ordem pública. O que se pune não é só o ato de embriagar-se ou a prática do fato típico: é o conjunto dos dois.³⁰

No Brasil renomados penalistas preconizam a adoção da solução alemã para o problema, vendo no § 330, *a*, um crime de perigo concreto, em que o fato praticado pelo ébrio funciona como condição objetiva de punibilidade. Para Alcides Munhoz Neto, em lugar de presumir-se situações de imputabilidade, como a do art. 287 do CP de 1969, “teria sido preferível que se cogitasse de introduzir em nossa legislação um crime de perigo concreto de embriaguez, como o criado na Alemanha em 1933, pelo § 330, *a*, mesmo considerando o fato cometido pelo ébrio “como condição objetiva de punibilidade”. E con-

clui: “Esta solução, sem debilitar a defesa social, seria menos comprometedora quanto a idéia central da não imposição de pena sem culpabilidade”.³¹

Aníbal Bruno afirma que o sistema alemão “se pode dizer mais cientificamente correto”, “porque reconhece a realidade do caráter inimputável do ébrio e evita, assim, a ficção de atribuir-lhe imputabilidade”.³²

Heleno Cláudio Fragoso ensina que “se a embriaguez é completa e não fortuita, e não houver dolo nem culpa, nenhuma pena pode ser imposta ao agente (porque não há pena sem culpa), a não ser pelo simples fato da embriaguez. É a solução que aparece no vigente Direito Penal alemão (§ 330, *a*), estabelecendo o crime de embriaguez completa, ao qual se ajunta, como condição objetiva de punibilidade, a prática de fato definido como crime (...) É a orientação a seguir, se se firma o princípio de exclusão da responsabilidade sem culpa”.³³

Andrés A. Balestra entende também no sentido da punição do agente pelo estado de embriaguez, funcionando o crime efetivamente praticado como condição objetiva de punibilidade.³⁴

31. *Op. e loc. cit.*, págs. 62, 63 e nota 26.

32. “Embriaguez Voluntária ou Culposa e Responsabilidade Penal” in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 7, pág. 20.

33. “A Reforma da Legislação Penal — I”, in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 2/69; o autor expôs a mesma opinião in “Da Responsabilidade Penal no Anteprojeto”, *Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro*, Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1965, págs. 148 e 150.

34. “Da Embriaguez como Figura Autônoma”, in *Ciência Penal*, José Bus-

27. *Deutsches Strafrecht*, 1967, pág. 453.

28. *Strafrecht*, Stuttgart, 1953, pág. 243.

29. *Strafgesetzbuch*, 4.^a ed., Munique-Berlim, 1949, pág. 701.

30. *Op. cit.*, págs. 115 e 116.

Essa nos parece, senão a ideal, a solução que mais se aproxima do princípio da exclusão da responsabilidade objetiva em matéria de embriaguez. O agente passa a ser punido em face do comportamento perigoso de embriagar-se voluntária ou culposamente, vindo a cometer o fato em estado de inimputabilidade. A culpabilidade recai sobre a conduta de embriagar-se perigosamente, que se torna típica quando ocorre a condição objetiva de punibilidade, qual seja, a prática do fato típico.

A descrição típica autônoma faz referência à embriaguez completa, que leva o agente ao estado de inimputabilidade, sendo necessário que nessas condições venha a cometer um fato típico. Este, em face da inimputabilidade, fica impune, tratando-se de uma condição objetiva de punibilidade.³⁵

O fundamento da punição é o fato de o sujeito se embriagar culpavelmente, vindo a realizar a condição objetiva. Não se pune o fato cometido durante o estado de embriaguez: pune-se o fato da embriaguez culpável.

Não se pode dizer que a teoria do crime de embriaguez já se encontre assentada: está em franca elaboração,

apresentando problemas que desafiam a argúcia dos doutrinadores. De acordo com Mezger, o tipo autônomo significa um grande progresso, satisfazendo urgentes necessidades práticas.³⁶ Atendendo à teoria da segurança, a criação da figura autônoma do delito de embriaguez afasta a incidência da responsabilidade penal objetiva. Além disso, o critério adotado quanto à imposição da sanção permite ao juiz maior liberdade em sua dosagem, atendo aos reclamos da justiça.

7 — Sugestão

Em face dos argumentos apresentados sugerimos a introdução em nosso Código Penal de uma disposição semelhante à do § 330, *a* do estatuto penal alemão, com a seguinte redação:

“Art. ... Quem se coloca, dolosa ou culposamente, através de ingestão de bebidas alcoólicas ou através de outro meio inebriante, em estado de embriaguez que exclua a imputabilidade, será punido com pena privativa de liberdade ou multa, se, em tal situação praticar um fato típico.

Parágrafo único. A pena não pode ser mais grave que a cominada para a forma dolosa da conduta punível cometida”.

36. *Op. e loc. cit.*, pág. 336.

hatsky Editor, São Paulo, 1973, n. 1, pág. 120.

35. Mezger, *Derecho Penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, trad. de Conrado A. Finzi, parte especial, pág. 331.

A MEMÓRIA DE PAUL LOGOZ *

JEAN GRAVEN

O Prof. Paul Logoz, antigo juiz federal, que pertencia ao comitê editorial da Revista Penal Suíça desde 1924 e era aí respeitado como "mentor", faleceu em 30 de junho de 1973. A Revista Penal Suíça dedicou-lhe uma série de estudos sobre o Código Penal suíço e a Universidade da Basiléia conferiu o título de Doutor *Honoris Causa*, em 1967, pelo seu 70.º aniversário. Ele havia publicado, desde 1912, uma série de estudos e de artigos na Revista Penal, onde eles serão relidos e apreciados, no contexto dos acontecimentos e das idéias de seu tempo.

Paul Logoz, cidadão valdense e genebrês, nasceu em 27 de março de 1888 em Vevey. Realizou seus estudos em Genebra onde sua família havia se radicado. Aí terminou seus estudos secundários, obteve seu diploma em letras e graduou-se em direito, depois, à semelhança de Ernest Hafter e Eugene Delaquis, foi completar sua formação e preparar seu doutorado em 1909 e 1910 na Alemanha, onde foi aluno de Wach, Binding e von Liszt, cujo célebre "Seminário" formou muitos penalistas estrangeiros que se notabilizaram nas suas disciplinas. De 1911 a 1914, foi primeiramente secretário jurídico no Bureau Federal de Seguros, em Berna. Retornando a Genebra, de-

fendeu com êxito sua tese de doutorado sobre reabilitação, que lhe valeu o prêmio Bellot.

Desde o final de 1919, o futuro caminho se lhe abriu, caminho que seria aquele de sua vida e que dirigiria seu destino: poucos tiveram uma vida tão certa e bem planejada. Charles Borgeaud, o historiador de Genebra e de sua Universidade, professor e estudioso de prestígio, ofereceu-lhe a sucessão de Louis Rehfs para o ensino de direito comercial: ele tinha apenas 31 anos! E desde o final de 1920, depois da morte inesperada de Alfred Gautier que foi seu mestre preferido, ele o substituiu na importante cátedra de direito penal e processo civil e penal, setores para os quais ele era tão naturalmente afeito e preparado. Imediatamente se consagrou; pois, escreveu um de seus antigos alunos, "ele tinha o gênio da clareza, da concisão e da elegância do verbo, com uma ponta de humor" que relaxava o ambiente das aulas, "ao mesmo tempo que uma grande bondade" que sabia compreender seus alunos, colocá-los à vontade e estimulá-los.

Não obstante a qualidade desse ensino, que o decano Sauser-Hall havia justamente apreciado e elogiado, no final de 1942 o Prof. Logoz retirou-se da Universidade, na qual era vice-reitor, para assumir suas altas funções no Tribunal Federal, pois a Assembléia

acabava de elegê-lo juiz. Seu espírito, ao mesmo tempo, exato e sutil, o levava efetivamente a discernir todos os aspectos de cada problema, que ele se comprazia a salientar de um em um de forma concisa, mas ele gostava de deixar a conclusão àquele que aprendia sua clara lição. Assim ele transmitia a ciência, ao mesmo tempo que ensinava a arte da escolha.

De seu profundo apego à Universidade e ao ensino magistral, o Prof. Logoz deixou permanente testemunho através da fundação da "Bolsa Alfred Gautier", destinada a favorecer os alunos de Direito Penal suíço da Universidade de Genebra. Isto significava, ao mesmo tempo, assinalar nobremente seu respeito e gratidão para com seu mestre, e sua vontade de estimular mais vocações, de sempre favorecer os estudos daqueles que lhe eram queridos, e de aumentar as futuras colheitas.

Alfred Gautier teve um papel considerável, se bem que um pouco encoberto por sua modéstia, na discussão e na elaboração, na comissão de especialistas, dos anteprojetos que resultaram finalmente no projeto que o Conselho Federal submeteu às Câmaras em 1918. Aqui também, Paul Logoz o substituiu com êxito e, como especialista, contribuiu positivamente nas diferentes comissões preparatórias. Em 1926, ele decidiu aceitar o cargo de deputado no Conselho Nacional como representante de Genebra, a fim de prosseguir e terminar esta grande obra nacional. Acompanhando sua atividade no Parlamento, pudemos constatar "a correção e a oportunidade constantes de suas intervenções". Especialista, juntamente com Hafter da Comissão do Conselho Nacional, foi ele designado relator de língua francesa no debate final sobre a

introdução do Código Penal suíço. Seu relatório introdutivo de 6 de março de 1928 constitui um depoimento de valor histórico e mostra bem como Paul Logoz, o homem, o estudioso, o patriota, considerava esta obra essencial, à qual dedicou suas mais generosas forças e consagrou suas mais convincentes palavras.

Acabada a obra legislativa, Paul Logoz deixa o Conselho Nacional, em 1931, para retomar plenamente sua vida científica e trabalhar na obra doutrinária que todos esperavam. Seu relatório sobre "As infrações penais e sua repressão", quadro geral das questões essenciais do Direito Penal e dos processos na Suíça apareceu na coleção francesa "A vida jurídica dos povos" em 1935, testemunho de seu conhecimento, de seus dons didáticos e de seu espírito de síntese; ele preparava, graças à recente e decisiva experiência legislativa, as principais publicações de sua plena maturidade. Como já observamos, em todas se revelavam "seu pensamento elegante e preciso" tal como eram seus escritos, a retidão de seu julgamento e sua "arte de tornar a ciência atraente" e de colocá-la, esclarecendo-a, ao alcance de um espírito menos familiarizado com a técnica legislativa e penal. Mas, da mesma forma que o Prof. Hafter em Zurique o tinha realizado de maneira magistral, no seu notável *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts*, que ganhou autoridade, Paul Logoz queria apresentar um trabalho similar a esta grande obra, em língua francesa. Aliás, esperava-se isto com uma impaciência natural, e ele o havia começado desde 1938. A parte geral pôde ser publicada em 1941, em tempo para a entrada em vigor do novo Código Penal em 1.º de janeiro de

* Tradução de Yolanda Catão.

1942. O comentário, antecipando a jurisprudência, iria naturalmente se ressentir das profundas influências dos trabalhos preparatórios e dos debates, e particularmente das influências de Zürcher, Hafter e Gautier, a cuja "linha geral" Logoz, sendo um de seus pares, ficou sempre muito firmemente apegado. Era realmente a doutrina da emente "escola suíça de Direito Penal" desta época fecunda, que nos honra. As contribuições do Prof. Logoz para a coleção de homenagens sucessivamente dedicadas aos Profs. Stooss, Hafter e Thormann testemunharam esta bela e grande solidariedade. Falou-se justamente que a parte geral de seu comentário, "concebido ao mesmo tempo como um tratado filosófico e um manual prático de Direito Penal", tornou-se "o instrumento de trabalho dos especialistas e o guia absolutamente seguro de todo jurisconsulto".

Quando Paul Logoz, eleito juiz no Tribunal Federal, entrou para o Tribunal de Cassação Penal em 1943, seu conhecimento profundo do novo Código Penal e de sua gênese foi precioso na formação da jurisprudência e na solução dos problemas de aplicação. Ele era ao mesmo tempo a doutrina e a jurisprudência, e uma série de decisões fundamentais foram por ele influenciadas. No entanto, depois de dez anos de exercício da mais alta corte judiciária em Lausanne, ele pediu demissão em 1953, para poder terminar seu comentário ao Código Penal, ao qual adicionou os dois volumes da parte especial, dedicando o conjunto da obra à Universidade de Genebra, sua *alma mater*. A continuação da parte geral, enriquecida com toda a experiência de seu autor e da jurisprudência dos dez primeiros anos de aplicação, não pôde infelizmente ser terminada, como também

seria o caso do grande comentário apenas iniciado pelo Prof. Germann ao qual, deviam conduzir sua obra de 1942, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht* e seus *Methodische Grundfragen* de 1946. As revisões sucessivas a partir da primeira "pequena revisão" de 1949/1950 paralisaram essas conclusões. No entanto, no seu comentário tal como foi editado, Paul Logoz, pôde mostrar a eficiência de seu método e sua ciência, se bem que não tivesse tido a oportunidade de contribuir para o conjunto da obra relativa ao Código Penal suíço.

Para compreender toda atividade de uma vida tão cheia de realizações, dedicada ao bem público e devotada à doutrina do direito e ao exercício da justiça, é necessário considerar ainda que Paul Logoz, que no exército comandou o regimento genebrês, foi coronel no estado-maior geral e conselheiro jurídico geral durante a Segunda Guerra Mundial, e trabalhou também pela justiça, durante muitos anos, no Tribunal Militar de cassação, que seu amigo e colega Hafter presidia. Também no campo internacional, teve um papel eminente. De 1929 até o começo da Segunda Guerra, foi membro e depois Vice-Presidente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, onde pelo seu julgamento seguro e seu sentido humano, pôde prestar serviços bastante apreciados. Como jurisconsulto, participou dos delicados trabalhos relativos à entrada da Suíça na Sociedade das Nações. Depois, a pedido do Conselho Federal e com a colaboração de Gustave Ador e Max Huber, presidente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, ele aceitou, um pouco a contragosto, a difícil missão de defender, diante do Tribunal permanente de Justiça Internacional de Haia (que Max Huber presidiria mais tarde), os inte-

resses da Suíça no litígio internacional entre a França e a Suíça, no que se denominou as "Zonas francas" da Alta Savóia e da Região de Gex. Nesse litígio, resultaram algumas disposições do Tratado de paz de Versalhes (art. 435). Ele durou de 1924 a 1932, e nele Paul Logoz defendeu a parte da Suíça. Foi, "de longe o maior e mais importante processo internacional que a Suíça teve que enfrentar durante o século XX", e que culminou na situação que nos rege atualmente. O Prof. Logoz foi encarregado de outras missões e arbitragens internacionais, sejam particulares, sejam oficiais, depois da Primeira Guerra Mundial. Foi especialmente enviado a Roma, em 1936, para resolver com Mussolini uma questão relativa à Cruz Vermelha sueca e à guerra da Etiópia. Sua ação jurídica foi sempre inspirada no emblema inscrito na entrada da sala solene do Palácio da Paz de Haia: *Sol veritatis, illustra nos!* Para ele, a verdade no direito e pelo direito encarnava a verdadeira justiça.

Acrescentemos ainda, lembrando-nos dele, o que foi o homem, muito delicado, um pouco reservado, pois ele gostava e protegia sua vida particular e familiar e só falava com perfeito conhecimento. Desprezava os falatórios, na busca desta paz interior e desta serenidade que ele encontrava na leitura, este mestre dos mestres, esta fonte de alegria constante. Seu ancoradouro preferido era a Sociedade de Leitura de Genebra, que ele presidiu depois de sua aposentadoria. Aí ele se encontrava com seus amigos e, em particular, o Prof. Victor Martin, seu colega de estudos em Leipzig, em 1909, a presença silenciosa dos livros, estes amigos e confidentes de todo momento.

Esta foi e assim será sempre a imagem de nosso mestre inesquecível, no sentido em que a mestria não é a posse de uma coisa no sentido jurídico, mas no sentido humanista, o crescimento, a plenitude dos dons em todos os campos nos quais se dedicou uma parte da vida.

DIREITOS HUMANOS E PRISÃO PREVENTIVA
PROVA PENAL E SENSACIONALISMO
JORNALÍSTICO

ROBERTO LYRA

Pergunta-se sobre ilegalidade ou abuso de poder consistente em violência ou coação em sua liberdade de locomoção (art. 153, § 20, da Constituição da República) que estariam sofrendo Paulo Passo Faria e Paulo Cesar Queiroz Faria, presos, preventivamente, por mandado do Dr. Juiz de Direito da Comarca de São Fidélis, neste Estado, como incurso, o primeiro nos arts. 121, § 2.º e 343, parágrafo único e o segundo no art. 121, § 2.º do Código Penal.

SUMÁRIO: 1. Presunção de inocência. 2. Pressupostos da prisão preventiva (art. 312, do CPP). a) Prova da existência do crime; b) Indícios suficientes da autoria. 3. Fundamentos da prisão preventiva. a) Conveniência da instrução criminal ou segurança da aplicação da lei penal. 4. Fim da prisão preventiva. a) Garantia da ordem pública. 5. Conclusão.

1. Presunção de inocência

A Lei n. 5.941, de 22.11.1973, efetivou o império do dogma democrático da presunção de inocência, hoje objeto de compromisso de honra do Brasil (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948), afiançado pela assinatura nacional.

O art. XI, 1, determina: "Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade haja sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual se lhe assegurem todas as garantias necessárias à sua defesa".

A Lei n. 5.941 trata, sobretudo, do processo dos crimes da competência do júri.

O Dr. Juiz presumiu, não a inocência, mas a co-autoria dos pacientes. Um deles é até jurado.

2. Pressupostos da prisão preventiva (art. 312, do CPP)

a) Prova da existência do crime

A consulta não abrange a prova da existência do crime.

b) Indícios suficientes da autoria

O art. 239 do CPP dispõe: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

A avaliação dos indícios depende de ponte lançada, indutivamente, da circunstância pertinente provada para outra não provada. O trânsito da circunstância conhecida para o “desconhecido” é subjetivo, mas o impacto é objetivo. A suficiência dos indícios provém da *cadeia* circunstancial *concatenada* em operação indutiva.

O Dr. Juiz invocou a notoriedade pública que sempre foi considerada “a prostituta das provas”. S. Exa. aludiu, insistentemente, a “fato público e notório”; “publicamente dizia”; “conhecimento público”; “a imprensa já divulgou” etc.

No meu livro *Novo Direito Penal*, Rio, 1971, págs. 43/44, salientei: “Os crimes devem ser provados e os criminosos julgados com a severidade ou a indulgência merecida, em atmosfera serena, equilibrada, fechada às excitações e incitações. Admitir processo, julgamento ou execução sob a pressão publicitária é a negação da ordem jurídica e da ordem democrática... É incontestável que, quando ainda se trata de descobrir e provar... lança suspeitas sobre homens e mulheres cuja inocência é presumida, segundo o dogma democrático, e depois demonstrada... Instala-se, para pre-julgamento ilegítimo, outro foro... Não disporá de... meios equivalentes e contemporâneos para a divulgação da verdade, mesmo depois de reconhecida a inocência. Há o linchamento moral...”

3. Fundamentos da prisão preventiva. a) Conveniência da instrução criminal ou segurança da aplicação da lei penal

A conveniência da instrução criminal e a segurança da aplicação da lei penal não estão em causa. O Dr. Juiz, prevenido e vigilante, garantirá o que representa o exercício ordinário de suas atribuições. Por outro lado, os pacientes, inclusive na diligência, não criaram qualquer embaraço. Não houve, sequer, tentativa de fuga, resistência ou desobediência. Não é admissível prisão preventiva desnecessária, sobretudo *ab initio*, antes do contraditório constitucional. Se sobrevier a necessidade dela, o Dr. Juiz utilizará os meios diretos de que dispõe para imediata efetivação.

4. Fim da prisão preventiva. a) Garantia da ordem pública

A garantia da ordem pública só poderia depender da prisão preventiva se estabelecida relação de causa e não só de condição. A ordem pública é inatingível pelos temores sensacionalistas que seriam mais bem empregados em função das inqualificáveis realidades carcerárias.

Em caso algum, a ordem pública poderá ser invocada com sacrifício dos direitos humanos que são sua base atributiva.

5. Conclusão

Não estão caracterizados e comprovados os pressupostos, os fundamentos e o fim da prisão preventiva.

É o que me parece.

CONTRAVENÇÃO, NULIDADE DA PORTARIA; ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO; ANTECEDENTES CRIMINAIS

EVANDRO LINS E SILVA

O ilustre advogado Dr. José Luiz Sales honra-nos com o pedido de parecer sobre a seguinte consulta:

EXPOSIÇÃO DOS FATOS

1. O consulente, no ano de 1957, como síndico, entrou em sérias divergências com alguns condôminos do mesmo Edifício. E um deles provocou, contra o mesmo, processo pela prática da contravenção de molestamento, prevista e punida no art. 65 da Lei das Contravenções.

2. A ação penal iniciou-se por portaria (doc. 1). Mas que não obedeceu ao comando do art. 41 do CPP. Referiu-se, apenas, que o consulente "teria de qualquer modo, molestado ou perturbado a tranqüilidade de Artur Alvim Câmara"...

3. O consulente, por seu procurador, o Prof. Hélio Tornaghi, alegou a nulidade do processo. Não a acolheu o Juiz. Houve apelação. E, em segunda instância, o Ministério Público, em longo parecer, manifestou-se pela nulidade. Assim não entendeu a Egrégia Câmara, de vez que confirmou a sentença condenatória a vinte dias de prisão simples.

4. Mais tarde, o próprio pretense molestado forneceu, num documento vazado em termos elevados, explícita declaração em que reconhece ter incidido em equívoco. Estava, agora, convencido de que nunca a intenção do consulente fora molestá-lo. Circunstância em que enrobustece o entendimento de que, se exata a portaria, ou contendo os elementos indispensáveis para a sua validade, a outro resultado teria chegado o órgão jurisdicional.

CONSULTA

Primeiro — O laconismo da portaria redundou em nulidade da ação penal, como sustentou a Procuradoria Geral?

Segundo — Na hipótese de resposta afirmativa ao item anterior seria viável um *habeas corpus* ao Supremo Tribunal com o objetivo de anular o julgamento?

Terceiro — A condenação pela prática de contravenção, retira do consulente a condição de pleitear com êxito, embora pronunciado pela prática de tentativa de homicídio, a faculdade de aguardar em liberdade, o seu julgamento pelo Tribunal do Júri? (§ 2.º, art. 408 do CPP, com a redação que lhe deu a Lei n. 5.941, de 22.11.1973) ”.

RESPOSTA

PRIMEIRA QUESTÃO

1. O procedimento penal, em relação às contravenções, não obedece a critérios técnicos rígidos, corretos ou isentos de censura. Veja-se o art. 17 da Lei das Contravenções Penais, onde se lê: “A ação penal é pública, devendo a autoridade proceder de ofício”.

José Frederico Marques critica asperamente esse texto, “modelo de obscuridade e de absoluta falta de técnica” (*Elem. Dir. Proc. Penal*, vol. 1, 1961, pág. 370).

Se a ação penal, nas contravenções, é pública, a autoridade a promovê-la deveria ser o órgão do Ministério Público. Mas não é isso o que sucede, nem é isso o que determina o CPP, cujo art. 26 prescreve: “A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária”.

O art. 531 do mesmo Código estabelece que “o processo das contravenções terá forma sumária, iniciando-se pelo auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, ou a requerimento do Ministério Público”.

Temos, assim, que o processo das contravenções pode iniciar-se de duas formas: ou através de auto de prisão em flagrante, ou por meio de portaria, esta última expedida pela autoridade policial ou pelo juiz. Nos casos de portaria, o procedimento pode ser *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público.

Estamos com o eminente professor paulista quando cauteriza “o grosseiro e imperdoável erro de técnica” contido na redação do citado art. 17 da Lei das Contravenções Penais, ficando claro, porém, que “o ato processual em que a acusação se consubstancia é a própria portaria baixada pelo juiz” (ob. vol. cit., pág. 371).

2. Sendo assim, a portaria há de conter a imputação tal como se fosse a denúncia, com a exposição do fato e todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação da contravenção e a indicação das testemunhas.

Em outro volume de sua obra já citada, José Frederico Marques sublinha a necessidade da portaria conter os requisitos da

denúncia: “No procedimento contravencional, o juiz promove de ofício a acusação, baixando para isso a necessária portaria, com os requisitos da denúncia e aqueles a que se refere o art. 533, *caput*, do CPP — tudo tal como na portaria oriunda de autoridade policial” (vol. III, pág. 127).

A jurisprudência é pacífica no tocante à exigência de que a portaria deve descrever, *circunstanciadamente*, o fato contravencional. Esse entendimento está expresso em decisões antigas e recentes, como esta proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e que traz a assinatura de três ilustres desembargadores penalistas: Márcio Munhós, relator, J. Augusto de Lima e Laurindo Minhoto: “Embora a lei não discrimine quais os termos da portaria — como faz em relação à queixa e à denúncia, — é óbvio que ela não se pode limitar à simples enunciação de um artigo de lei; tem-se de referir a um fato, quando mais não seja para que o réu venha a saber por que é chamado a Juízo e qual a acusação que contra ele pesa.

Instaurada a ação penal de forma inteiramente imprecisa, esse defeito de origem refletiu-se em todo o processo, tornando-o imprestável”. (D. A. Miranda, *Rep. Jur. Cod. Proc. Penal*, vol. V. pág. 56).

Da mesma forma julgou o Tribunal de Alçada de São Paulo, anulando “o processo *ab initio*, porque não se encontram na portaria de fls. os elementos todos da contravenção pela qual foi o réu condenado” (id. id. pág. 57).

Não há discrepância em qualquer julgado. A portaria não pode ser vaga, nem lacônica, nem imprecisa, sob pena de nulidade. Se não contiver os elementos e requisitos da denúncia, é inepta, irrita, inválida.

O douto des. Bernardes Júnior escreveu em acórdão modelar: “A portaria inicial do processo das contravenções deve, no que respeita à imputação feita ao acusado, preencher os requisitos previstos em lei para a denúncia” (Trib. Just. São Paulo, in D. A. Miranda, vol. III, pág. 56).

Essa compreensão uniforme encontra coroamento em recente julgado do Egrégio Supremo Tribunal Federal, sintetizado em ementa do eminente Min. Elói José da Rocha, que declarou a nulidade de portaria omissa, expedida sem atender ao disposto no art. 41 do CPP: “Processo sumário do art. 538 do CPP. A portaria que pode dar início à ação penal, no processo sumário, além de observar o disposto no art. 533 do CPP, deve satisfazer os requisitos estabelecidos no art. 41, com referência à queixa ou à denúncia. Omissões em pontos substanciais, que constituem nulidade insanável — art. 564, III, *a*, do CPP” (DJ de 14.4.72, pág. 2.172, in *RDP*, n. 6, pág. 140, 1972).

Mais e melhor não poderia ser dito. A portaria dá início à ação penal, e se não observa os requisitos essenciais à acusação, tal como

se dá com a denúncia ou queixa, é deficiente, fluida, inadequada aos fins a que se destina, entrando em conflito com a lei.

A acusação há de ser precisa e clara para que o réu dela se possa defender. Uma portaria obscura, editada em termos genéricos e sem especificar a acusação, não satisfaz os imperativos da lei.

3. A nulidade é das que não se sanam pela falta de alegação oportuna, ou por ter o ato atingido o seu fim, ou mesmo que a parte tenha tacitamente aceito os seus efeitos (art. 572 do CPP). A matéria está vinculada ao direito de defesa, que é garantia constitucional.

4. Basta ler a portaria malsinada para concluir que ela está longe de preencher as condições exigidas na lei. Ei-la, na sua parte substancial: “Chegando ao meu conhecimento, através dos inclusos autos, que Francisco José de Andrade Costa, síndico do edifício situado na Av. Beira-Mar n. 454, teria, *de qualquer modo*, molestado ou perturbado a tranqüilidade de Artur Alvim Câmara, o que constitui a contravenção do art. 65, da lei respectiva, determino se instaure contra o mesmo o competente processo, nos termos dos arts. 533 e segs. do CPP”.

Nada mais inseguro, indeterminado e confuso do que aí está escrito.

Onde, quando, como se deu o fato? O acusado teria, *de qualquer modo*, molestado ou perturbado a tranqüilidade de outrem. Qual o modo? Por escrito, verbalmente? Com escárnio, mofa, zombaria, chasqueio? Fazendo aparecer um fantasma ou simulando um fenômeno sobrenatural? (Manzini *apud* José Duarte, *Com. à Lei Cont. Penais*, pág. 580). Denunciando um fato familiar, que causasse desgosto, enviando coroas mortuárias onde não ocorreu óbito; simulando um pedido de casamento, em nome de terceiro, para molestar? Chamando a polícia, a assistência para ir à casa de um desafeto? Dando trotes grosseiros ou fazendo propostas indecorosas, por telefone ou por outro meio?

Não há, na portaria, a mais remota, a mais longínqua pertinência com o que se deva entender como tal peça processual. Os exemplos todos de molestar ou perturbar a tranqüilidade alheia, que os autores registram, não se encontram, ao de leve sequer, nas linhas, nem nas entrelinhas da inválida portaria.

5. O acórdão que confirmou a sentença condenatória repeliu a nulidade sob o fundamento de que teria ocorrido preclusão por não ter sido alegada oportunamente. Já vimos a improcedência desse argumento (o que afirmamos com devida vênia), porque a matéria está ligada à garantia constitucional do direito de defesa.

Admitiu o acórdão pudesse transpor essa suposta preclusão, e, então, argumentou que o processo surgiu “em virtude de comuni-

cação feita à polícia através da petição de fls. onde estão minuciados os ilícitos penais praticados pelo acusado e a portaria dando vida ao processo o fez implicitamente nos mesmos termos da comunicação referida, e, ainda mais, baseando-se na prova testemunhal já então existente”.

A denúncia ou a queixa não se podem reportar a um relatório, por exemplo, que se contenha no processo. Elas é que devem, como a portaria, narrar o fato com todas as suas circunstâncias. A portaria nada contém *implicitamente*. Ou ela é explícita, ou é nula. Em caso em que o Ministério Público, na denúncia, fez remissão ao relatório do síndico, o Supremo Tribunal Federal considerou inepta tal denúncia “que não especifica nem descreve, ainda que sucintamente, os fatos criminosos atribuídos a dois acusados, limitando-se à referência a outra peça dos autos” (*Jur. Criminal*, Heleno Fragoso, vol. I, 1973, pág. 199).

O art. 41 do CPP estabelece: “a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato delituoso”...

A denúncia, a queixa ou a portaria não podem ir colher, *aliunde*, o conteúdo mesmo da acusação.

Assim, a portaria não se podia basear em outros elementos, nem que a eles se reportasse. Nesse ponto, o acórdão que confirmou a condenação do consulente contraria a jurisprudência da Corte suprema do país.

6. Esses motivos levam à conclusão de que o parecer da Procuradoria Geral da Justiça, opinando pela nulidade da Portaria, expressou o pensamento doutrinário corrente e seguiu a orientação da jurisprudência dominante.

OUTRA NULIDADE

7. A documentação remetida pelo consulente para nosso exame revela a existência de outra nulidade, argüida pela defesa e também rejeitada pelo acórdão que confirmou a decisão condenatória de primeira instância.

É que o processo das contravenções não admite a figura do assistente do Ministério Público. Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão que tivemos a honra de relatar: “Apesar de pública, a ação penal nas contravenções não comporta o funcionamento de assistente do Ministério Público. É que o Ministério Público não é, nas contravenções, o autor da ação penal, que se inicia por meio de auto de prisão em flagrante ou por portaria da autoridade judiciária ou policial” (RTJ 32/442-444).

Debateu-se, naquele caso, o problema da apelação interposta pelo assistente, em processo por contravenção. E o julgado acentuou que “o art. 598 do CPP só permite a apelação do ofendido ou das

pessoas enumeradas no art. 31, nos crimes de competência do tribunal do júri ou do juiz singular” (id. id.).

Vê-se que não pode haver assistente de um órgão que não funciona como autor da ação. Além disso, o art. 268 do CPP estabelece que “*em todos os termos da ação pública*” poderá intervir o assistente do Ministério Público.

Ora, se ele não pode *apelar nas contravenções* é porque a estas não se aplicam os preceitos que permitem a admissão de assistentes do Ministério Público, admissão reservada aos processos por crimes, ainda que obedeçam ao rito sumário.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já deu à lei processual penal essa mesma interpretação: “Não é regular a admissão de assistente do Ministério Público nos casos de contravenção, processos em que este não tem a iniciativa da ação penal (D. A. Miranda, *Rep. Jur. do CPP*, vol. I, n. 225, pág. 96).

No caso citado acima e julgado pelo Supremo Tribunal Federal, a Procuradoria Geral da República também opinou no sentido da inadmissibilidade do assistente do Ministério Público nos procedimentos contravencionais.

Esse é o sentido da legislação italiana, que não admite contravenção punida por querela ou iniciativa do ofendido, como acentua a *Relazione Ministeriale*: “Una contravvenzione a querella dell'offeso costituisce un assurdo che non può essere consentito in una legislazione progredita. Le contravvenzione punibili a querella dell'offeso sono residuati del sistema francese per il quale si degradavano a contravvenzione determinati delitti a causa della loro lieve entità”.

SEGUNDA QUESTÃO

8. A primeira vista poderia parecer que a hipótese não comportasse *habeas corpus* por se tratar de condenação já cumprida. O remédio normal, aí, seria a revisão criminal.

O caso, porém, apresenta um aspecto peculiar. Como é sabido e ressaltado, depois da reforma constitucional de 1926, o *habeas corpus* passou a proteger apenas a liberdade de locomoção. Antes, o Supremo Tribunal, através de construção, estendia-o à proteção de outros direitos.

Hoje, só o direito de ir e vir é amparado pelo *habeas corpus*. O constrangimento ilegal para ser sanado por meio desse *writ* deve estar ligado à prisão ou ameaça de prisão ao paciente.

No caso, o consulente está preso em consequência de pronúncia por tentativa de homicídio.

A Lei n. 5.941, de 22.11.1973, alterou o art. 408 do CPP, dispondo, em caso de pronúncia: “§ 2.º. Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso”.

Ora, o consulente é primário, pois, segundo o art. 46 do CP, só se verifica a reincidência “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

A condenação pela contravenção não importa em reincidência, em hipótese alguma. E reincidência só existe depois de segunda condenação pelo cometimento de outro crime.

Primário, o consulente está sendo prejudicado pela condenação anterior, em processo por contravenção. Segundo a informação do ilustre advogado do consulente, a condenação anterior está sendo considerada como obstáculo ao reconhecimento dos *bons antecedentes* para o efeito de se conceder a liberdade, de acordo com a nova lei.

A meu ver, se essa é a razão do constrangimento, a via do *habeas corpus* está aberta para anular o processo da contravenção. Sobreleva, aí, o problema da liberdade do consulente, que não pode ser sacrificada em consequência de um processo nulo em que foi condenado, nem pode ser retardada, aguardando as delongas do julgamento de uma revisão criminal, processo de si mesmo demorado, como o demonstra a experiência forense.

O constrangimento decorre, em última análise, da condenação pelo processo da contravenção. Cabe, segundo penso, o uso do *habeas corpus* como meio pronto e adequado para fazer cessar a coação.

TERCEIRA QUESTÃO

9. Já vimos que o consulente é primário. A tendência acentuada da legislação — correspondendo à própria história da pena, ao longo do tempo — é no sentido de atenuar, reduzir e, mesmo, suprimir a prisão, o que só se pode admitir remotamente, dado o consenso geral e arraigado do caráter retributivo da pena. Um jurista de gênio — Von Liszt — disse: “a história da pena é a história de sua constante abolição”.

A suspensão condicional da pena foi o meio encontrado para evitar o contágio dos primários, condenados a penas reduzidas, com o meio deletério das prisões. O livramento condicional é o instituto que procura diminuir o tempo desse contágio.

O legislador reconhece os males das cadeias, universidades de crimes, que aviltam, humilham, degradam, corrompem, viciam mais do que recuperam ou reerguem os que para lá são mandados.

Dentro desse espírito de substituição das prisões segregatórias por outros meios de repressão da criminalidade, inclusive com a vitoriosa experiência das prisões abertas, o legislador brasileiro de 1973 deixou bem claro o seu propósito de só mandar para o cárcere aqueles que hajam revelado uma incomum periculosidade.

Até para apelar, o réu primário e de bons antecedentes não precisa mais recolher-se à prisão (art. 594 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 5.941), qualquer que seja o motivo da condenação.

10. Vejamos a situação do consulente, condenado por uma simples contravenção.

O expositor dos motivos do Código Penal de 1940 assinala que, desde o início dos trabalhos da comissão revisora, ficou decidido rejeitar o critério do Projeto Alcântara Machado de abolir-se qualquer distinção entre crimes e contravenções, porque “quando se misturam coisas de somenos importância com outras de maior valor, correm estas o risco de se verem amesquinhasadas”.

Daí a conveniência de excluir do Código Penal “a matéria tão miúda, tão vária e tão versátil das contravenções, dificilmente subordinável a um espírito de sistema e adstrita a critérios oportunistas ou meramente convencionais”.

Se o consulente é *primário*, como recusar-lhe que tenha *bons antecedentes*? Porque sofreu, *há mais de quinze anos*, uma condenação por contravenção?

O consulente poderia estar reabilitado, *oficialmente*, se o tivesse requerido. Como ensina Manzini, com a sua indiscutível autoridade, a reabilitação é um direito, e, desde que o condenado prove sua posterior boa conduta, durante um certo espaço de tempo, ela “não lhe pode ser negada” (*Trat. Dir. Pen. Ital.*, vol. III, pág. 611).

A legislação italiana, fonte de que se nutre a nossa, com grande frequência, estabelece período para o reconhecimento da reincidência, que só pode ser específica, nos casos de contravenção.

Como assinala José Duarte, o Código da Itália considera que “com o decurso de tempo, se haja operado, psicologicamente, uma transformação da índole do agente e que causas supervenientes, motivos outros possam influir na consciência e vontade daquele que, durante longo período, manteve um comportamento exemplaríssimo” (*Com. à Lei das Contr. Penais*, pág. 185).

Não há como recusar a procedência dessa observação. É de salientar, ainda, que o art. 104 do famoso Código Rocco só reconhece a habitualidade se houver *quatro condenações* por contravenção *da mesma natureza*, levando em conta o tempo em que houverem sido praticadas.

Não é razoável que após dezessete anos de uma condenação por contravenção, fique a pesar sobre o agente, como uma sombra que o segue a vida inteira, uma velha culpa, que nem crime é, como observa, ainda, José Duarte: “Daríamos preferência ao sistema italiano porque, realmente, do ponto-de-vista psicológico, e mesmo por uma razão política, não vemos possa ficar chumbado, eternamente, às consequências da antiga contravenção, levíssima culpa, pecado venial, quem, durante longo período, se revelou obediente às normas legais, sujeito à disciplina policial, e que, por circunstância fortuita, foi levado novamente, a transgredir o preceito” (*Com. à Lei das Contravenções Penais*, pág. 185).

A situação do consulente é precisamente essa. Decorridos mais de quinze anos, está chumbado ao cárcere em consequência de uma divergência entre condôminos, divergência superada, em que o próprio pretendo molestado, segundo informa a consulta, reconheceu o equívoco em que incorrera e que foi a causa da condenação.

O saudoso Des. José Duarte dá um exemplo, que há de convencer os mais céticos: "O indivíduo que, imprudentemente, sem atentar em que perdeu valia, pelo decurso do tempo, *a autorização para o porte de arma*, a traz consigo, é autuado e condenado. Decorrem três anos sem a menor falta, e, certo dia, guiando um automóvel, tem pressa em chegar a determinado local e trafega em velocidade que é excessiva. Novo processo e nova condenação. Irá aquela primeira condenação influir na agravação da pena! Nada mais inconsequente!" (*ob. loc. cit.*).

Não é desarrazoada, antes mais própria, a interpretação que siga a trilha da construção jurisprudencial da Súmula n. 499 do STF, que considera irrelevante, para a concessão do *sursis*, a existência de condenação anterior à pena de multa, mesmo que se trate de crime.

Não tem maus antecedentes quem é primário, nem tem maus antecedentes, para efeito de esperar julgamento em liberdade quem foi condenado por mera contravenção, decorridos mais de quinze anos. Esse é o espírito da lei, dentro de uma exegese construtiva, justa e humana.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, respondo às perguntas formuladas: 1. Sim. 2. Sim. 3. Não.

Este é o meu parecer, salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 15 de fevereiro de 1974.

NOTAS E INFORMAÇÕES

INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS — PESQUISA SOBRE A VIGENTE LEGISLAÇÃO SOBRE DROGAS

O ICP está realizando pesquisa sobre a vigente legislação sobre drogas, sob coordenação da Prof. Yolanda Catão. O projeto se desenvolve com base no documento de trabalho que a seguir divulgamos.

1 — A pesquisa que se pretende realizar visa à verificação da *performance* policial-judiciária da vigente legislação sobre drogas em nosso país. Essa legislação estabelece também um conjunto de normas que visam à *prevenção*, com uma série de medidas relativas ao controle da produção, comercialização e consumo, bem como disposições programáticas de natureza educacional. Não se pretende examinar a eficácia dessas prescrições, mas, tão-somente, do que se refere ao sistema repressivo e punitivo.

Pretende-se verificar como está operando essa lei, que corresponde a determinada orientação de política criminal, para saber se a vontade do legislador, expressa na lei, vem sendo obedecida.

Pretende-se também descobrir e revelar os defeitos e os equívocos dessa legislação, seja na orientação geral, que a inspira, seja no sistema processual, que ela introduziu.

Diversos aspectos criminológicos do problema das drogas são também pesquisados, particularmente o que se refere à personalidade do agente e à substância que constitui objeto material da ação.

2 — A pesquisa terá por base os processos judiciais iniciados no Rio de Janeiro, em 1974, devendo ser examinados cerca de 200 processos em 10 Varas Criminais. Com isso poderá ver-se a diferença de orientação e critérios de vários juízes, tendo-se presente número considerável e bem representativo da totalidade dos processos instaurados naquele ano (cerca de 850).

3 — Quanto à pessoa do agente, destacam-se, particularmente, os dados relativos ao sexo, à idade, à cor e à condição social, bem como se é primário ou reincidente (genérico ou específico), e se é experimentador (uso pela primeira vez ou ocasional), viciado, traficante ou viciado-traficante, segundo os dados obtidos na fase policial.

Os grupos de idade que nos interessam são: de 18 a 21 anos; de 21 a 25; de 25 a 35 e acima de 35. A primeira categoria é a dos legalmente *menores*, que recebem especial favor da legislação, com tratamento mais benigno. Nessa faixa de idade permite-se excepcionalmente a suspensão condicional da pena, argumento que conduz quase sempre ao relaxamento da prisão em flagrante, sempre que se trate de primário. Por outro lado, existe tendência generalizada a afastar do

encarceramento os jovens delinqüentes, pelos efeitos reconhecidamente nefastos da prisão.

A faixa de 21 a 25 anos é a dos jovens adultos delinqüentes, para a qual diversas legislações vêm estabelecendo disposições especiais. Por outro lado, 25 anos parece ser a idade limite de um comportamento *jovem*, com a conotação social que essa expressão envolve na sociedade moderna.

4 — A indagação quanto ao defensor (ou à defesa) é importante para o exame de níveis de eficiência, particularmente quanto ao relaxamento da prisão (se houver flagrante), quanto ao resultado final do processo (condenação ou absolvição) e quanto à efetiva execução da pena ou da medida de segurança (tratamento obrigatório em hospital), imposta pela sentença.

5 — A natureza e quantidade da substância, que constitui objeto material da ação delitosa, são elementos que devem ser examinados como eventuais condicionantes de uma postura benigna (relaxamento da prisão, absolvição) ou rigorosa (manutenção da prisão, condenação) da justiça.

6 — No que se relaciona com o processo, várias indagações de particular relevo são formuladas.

A lei fixou um rito processual de extrema celeridade e solução de grande rigor para o que se refere ao direito de liberdade. Assim, ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade policial deve comunicar o fato *imediatamente* (no mesmo dia) ao juiz competente, que deve designar audiência de apresentação do preso para as 48 horas seguintes (art. 15). Nessa audiência, o promotor formula oralmente a denúncia, e, na mesma ocasião, o juiz interroga o réu e ouve as testemunhas do flagrante. Nos três dias que se seguem corre o prazo (comum para acusação e defesa) para requerimento de novas provas e defesa prévia, com audiência de cinco testemunhas para cada uma das partes, no máximo, aí computadas as testemunhas da prisão em flagrante.

Findo aquele prazo, o juiz proferirá despacho saneador, em que ordenará as diligências indispensáveis ao esclarecimento da verdade, e designará a audiência de instrução e julgamento para um dos oito dias seguintes. Em tal audiência, são ouvidas as testemunhas arroladas pela defesa e pela acusação, faz-se o debate oral entre as partes e o juiz profere sentença. Se o juiz não se sentir habilitado para proferir sentença imediatamente, poderá fazê-lo dentro de cinco dias.

Segundo a lei, como se vê, todo o processo deveria estar concluído, na primeira instância, no prazo máximo de 20 dias. É importante saber se isto está realmente acontecendo, ou seja, se os prazos processuais vêm sendo observados, e, caso negativo, por que.

Por outro lado, a lei proíbe o relaxamento da prisão em flagrante (art. 19), em virtude da inobservância dos prazos, desde que, sendo a demora anterior à apresentação do réu a juízo, tenha sido recebida a denúncia, ou, sendo posterior, estiverem os autos preparados para a sentença. Essa disposição que proíbe o relaxamento da prisão é de constitucionalidade mais que duvidosa. É importante saber se ela está sendo observada e, em caso negativo, a que se deve esse fenômeno. Pretende-se saber, particularmente, se a força da lei é maior que a pressão dos fatos, nos casos de processos contra delinqüentes primários menores, presos

com pequenas doses de maconha, cujo encarceramento é altamente indesejável e injustificável.

7 — Algumas indagações são feitas sobre o laudo de exame pericial, que é peça essencial do processo, pois constitui o exame de corpo de delito. Segundo a lei, o laudo deve ser entregue em juízo até a audiência de instrução e julgamento (art. 15). Convém saber se os órgãos técnicos da polícia (Instituto de Criminalística) estão aparelhados para cumprir com essa tarefa e se remessa dos laudos em tempo oportuno tem concorrido de alguma forma para a regularidade do processo.

8 — Com os elementos constantes do processo, notadamente os que defluem dos primeiros atos processuais (auto de prisão em flagrante), pretende-se registrar, como já vimos, se o agente é mero experimentador ou usuário ocasional da droga, viciado, traficante ou viciado-traficante. Tais dados devem ser postos em relação com a solução penal imposta pela sentença.

As incongruências da lei vigente quanto aos *viciados* são manifestas e têm conduzido os juízes à perplexidade. Segundo a lei, os viciados que praticarem o crime "ficarão sujeitos às medidas de recuperação estabelecidas por esta lei" (art. 9.º).

A única medida de recuperação de que trata a lei é o tratamento médico hospitalar, em alguns casos com internação obrigatória.

Nos arts. 10 e 11 refere-se a lei aos viciados inimputáveis ou semi-imputáveis, que só excepcionalmente aparecem. Em razão do vício só perdem ou têm consideravelmente diminuída a capacidade de autogoverno (nunca a capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato), os viciados em drogas que provocam dependência física (opióceos e os produtos sintéticos que lhe são equivalentes). Não é jamais o caso da maconha.

No caso de *inimputabilidade* a lei ordena a internação em estabelecimento hospitalar, medida que pode vencer a dependência física, mas que comumente agrava o estado psíquico do agente.

O tratamento recomendável é o ambulatorio, não afastando o viciado de sua família e de seu contexto de vida, de onde surgem os problemas que conduzem ao vício. É a experiência registrada por vários estudiosos. Se se trata de semi-imputável maior de 21 anos, o juiz pode atenuar a pena ou substituí-la por internação em estabelecimento hospitalar.

Se se trata de *semi-imputável* maior de 18 e menor de 21 anos, é obrigatória a substituição da pena pela medida de segurança (art. 11, § 2.º).

Não há prescrições especiais para os viciados *imputáveis*, que são todos os viciados em maconha, afora a regra genérica do art. 9.º, segundo a qual todos os viciados devem ser submetidos a medidas de recuperação.

Pretende-se saber como os juízes estão aplicando esses textos, particularmente se se tem presente que *não existe* (e não deve existir) hospital para tratamento de viciados. Os grandes centros para tratamento de viciados nada têm a ver com hospitais. O Manicômio Judiciário (só para homens) não recebe viciados, a menos que se trate de psicopatas.

Pretende-se verificar se os juízes estão absolvendo os viciados em maconha imputáveis, ordenando a sua internação em estabelecimento hospitalar, pois esta

não é a orientação da lei. Pretende-se também saber como o juiz das execuções penais está promovendo a execução impossível e errônea (do ponto-de-vista legal). Desejamos verificar se a absolvição dos viciados imputáveis não corresponde a uma forma de ludibriar a vontade da lei, que é, neste passo, manifestamente incorreta e imprópria. Aqui também, sobre a vontade do legislador estaria prevalecendo a realidade social que a ela se opõe.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL — GRUPO BRASILEIRO

Em Assembléia Geral realizada aos 2 de maio de 1974, no Rio de Janeiro (Praça XV de Novembro, 101, 2.º andar), foram aprovados os estatutos do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal. Consolidava-se, por essa forma, o antigo sonho de Roberto Lyra, cujo pioneirismo viu-se reconhecido por sua eleição, por aclamação, para Presidente de Honra.

A primeira diretoria, para o biênio 74-75, ficou assim constituída: Presidente — Prof. Heleno Fragoso; Vice-Presidente — Prof. João Mestieri; Secretário-geral — Prof. Nilo Batista; Diretor-tesoureiro — Prof. Tício Lins e Silva; Diretor-secretário — Prof. Hamilton Carvalhido.

A atividade que desde logo interessou à diretoria foi a ampliação do quadro social. Para tanto, a própria diretoria tratou de remeter o necessário expediente a professores e profissionais de destaque, convidando-os a participar do Grupo Brasileiro, assim como da Associação Internacional de Direito Penal. Esta importante entidade possuía no Brasil apenas cerca de vinte membros: este número foi multiplicado por cinco, e estará brevemente multiplicado por dez.

A Comissão de Seleção, nos termos da alteração sofrida pelo art. 16 dos Estatutos, foi constituída pelos seguintes membros: Dr. Serrano Neves, Prof. Paulo Ladeira de Carvalho, Dr. Deocleciano de Oliveira e Dr. Celso Fernando de Barros.

De 25 a 28 de junho de 1974, o Grupo Brasileiro da AIDP fez realizar um Debate sobre os temas do XI.º Congresso Internacional de Direito Penal, que veio a realizar-se em setembro de 1974, em Budapeste.

O debate preparatório, levado a efeito no salão nobre da Faculdade de Direito Cândido Mendes (Praça XV de Novembro, 101, 2.º andar) teve a participação dos seguintes professores:

dia 25 — Tema: Apoderamento Ilícito de Aeronaves
Prof. Roberto Lyra
Prof. Heleno Fragoso
Prof. Rafael Cirigliano Filho
Prof. Celso Fernando de Barros

dia 26 — Tema: Indenização à Vítima do Delito
Prof. João Mestieri
Prof. Des. Murta Ribeiro
Prof. Hamilton Carvalhido

dia 27 — Tema: Abuso e Tráfico de Drogas
Prof. Menna Barreto
Prof. Tício Lins e Silva
Prof. Paulo Ladeira de Carvalho
Prof. D. Estevão Bittencourt

dia 28 — Tema: Descriminalização
Min. Evandro Lins e Silva
Prof. Heleno Fragoso
Profª. Yolanda Catão
Prof. Nilo Batista

O Boletim Informativo do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal já está circulando com regularidade, mantendo os associados a par das últimas novidades em nossa área de estudos. Está ele sob a responsabilidade do Diretor de Comunicações, Dr. Arthur Lavigne.

Em fins de junho de 1975, o Grupo Brasileiro fez realizar um Debate sobre Direito Penal Econômico, no mesmo local do encontro anterior, e com a seguinte agenda:

dia 24 — Surgimento histórico do Direito Econômico. Controle administrativo das relações econômico-financeiras. Banco Central do Brasil.
Prof. Sérgio de Sá Mendes

dia 25 — Direito Penal Tributário. Significação e alcance. Problemas especiais.
Prof. João Mestieri

dia 26 — Direito Penal Societário. O quadro legislativo brasileiro.
Min. Evandro Lins e Silva

dia 27 — O Direito Penal econômico brasileiro, quadro geral. Direito Penal Econômico comparado. Necessidades e futuro legislativo.
Prof. Heleno Fragoso

Os debates e intervenções foram gravados, com vistas a sua publicação.

Ainda este ano, o Grupo Brasileiro da AIDP pretende realizar um encontro sobre o tema "Reforma Penitenciária".

V CONGRESSO DE DIREITO PENAL E CIÊNCIAS AFINS

Realizou-se em São Paulo, em fevereiro de 1975, o V Congresso de Direito Penal e Ciências Afins, no qual foram aprovadas as seguintes conclusões:

1.ª — O grau de periculosidade aferido obrigatoriamente pelo juiz, na sentença, consoante a legislação penal proposta, ainda que possa ser revisto no curso da execução da pena, e de transcendental relevância, pois indicará o tipo de estabelecimento penal a que o sentenciado deverá ser recolhido, ligando-se diretamente, com a oficialização da prisão-albergue, além do *sursis* em regime de penas.

2.ª — Tendo em vista os dispositivos da legislação penal brasileira proposta, que estabelece a aferição de periculosidade mediante exame criminológico, deve

tal exame ser feito, na medida do possível, por especialistas aptos para definir a capacidade criminológica e o grau de adaptação social do delinqüente.

3.^a — Deve ser mantida a aplicação da pena por tempo relativamente indeterminado, quanto ao mínimo, e somente às categorias dos criminosos habituais e por tendência.

4.^a — Reexame parcial do conceito de criminoso habitual, principalmente no que tange à habitualidade presumida que, na forma da legislação penal proposta, constitui uma presunção de culpabilidade.

5.^a — Reexame do conceito de criminoso por tendência, que deveria ser melhor explicitado.

6.^a — A pena deve assentar-se no requisito da culpa, de sorte que, ao ser aplicada, surge como retribuição ética da conduta. No curso da execução, porém, deve ser acrescido um sentido de readaptação.

7.^a — Urgência de uma reforma no sistema de penas. Que se fortaleça a luta que se vem empenhando, no sentido de que a pena de prisão se restrinja a delinqüentes que representam um perigo social, ou aos casos de comprovada necessidade, encontrando-se para os outros tipos de infratores substitutivos penais satisfatórios.

8.^a — Nos casos de infrações passíveis de penas leves, e, ademais, sendo o agente primário, sem periculosidade e tiver reparado o dano, é de conveniência possa o juiz encerrar o processo após a instrução, reconhecendo a perempção.

9.^a — Independentemente da vigência do novo Código Penal, adoção em todos os Estados do Brasil do regime de “prisão-albergue”, quer através de lei estadual, quer através de *provimentos* dos órgãos competentes das Magistraturas estaduais, pois, a concessão do trabalho externo em obras públicas ou entidades privadas, nada mais é do que a execução da pena através de laborterapia.

10.^a — Na parte geral da legislação repressiva proposta devem figurar dispositivos regulamentando a possibilidade de perdão judicial, considerando-o causa de extinção da periculosidade, subordinado a determinadas condições subjetivas e objetivas.

11.^a — A legislação penal proposta deverá admitir, como já o faz o vigente Código Penal Militar, a renovação do *sursis* quando a infração anterior não revelar má índole do agente. Ficaria assim redigido um dispositivo:

“A execução de pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, pode ser suspensa por dois a seis anos, se o condenado não tiver sofrido condenação anterior por infração penal reveladora de má índole, for de escassa ou nenhuma periculosidade e tiver demonstrado o sincero desejo de reparar o dano.”

12.^a — “Aquele que comete novo crime cinco anos após a extinção ou cumprimento da pena por crime anterior tem direito a postular o *sursis*, graças à prescrição da reincidência em todos os seus efeitos.”

13.^a — Necessidade de um Código de Execuções Penais dirigindo e orientando toda a política penitenciária do País, objetivando-se que não fiquem à mercê de deficiências da Administração, aqueles que estão privados de liberdade (reservado, é claro, aos Estados, o direito de elaborar normas supletivas).

14.^a — Reformulação do sistema de execução das penas, modernizando o ultrapassado regime penitenciário brasileiro, como fundamento na realidade do País

e nas necessidades do momento, atinando-se para os novos conceitos de execução penal no mundo moderno.

15.^a — A execução da pena deve ser feita sob um sistema interacionista, dinâmico e que garanta maiores poderes ao Juiz na individualização concreta da pena, com efetiva fiscalização jurisdicional e que proteja todos os direitos da pessoa humana não atingidos pela sanção.

16.^a — A duração da pena pode ser reduzida na fase de execução por força da prevenção especial, corrigindo-se os erros de valorização do grau de desadaptação do condenado, não ficando o juízo da execução adstrito ao grau mínimo.

17.^a — No atual momento histórico brasileiro, devem ser eliminadas as expressões “reclusão”, “detenção” e “prisão simples”, substituídas pela expressão “prisão”.

18.^a — É conveniente a substituição das expressões “velho”, “enfermo” ou “enfermo” e “criança” contidas na legislação penal proposta, pela fórmula genérica; crime cometido contra quem tenha sua capacidade de defesa de qualquer forma reduzida.

19.^a — O traficante de entorpecentes deve ser punido com maior severidade, levando-se em conta a nocividade da droga e a extensão do tráfico.

PROF. DIETRICH LANG-HINRICHSSEN

Faleceu, no início do mês de março do corrente ano, na Mogúncia, com 72 anos de idade, o Prof. Dietrich Lang-Hinrichsen, grande amigo de nosso país e figura de destaque em relação a nossa disciplina.

Tendo estado no Brasil durante a guerra por motivos políticos, aprendeu o português e foi nesse idioma que conversamos, ao nos encontrar, por primeira vez, em 1964, no IX Congresso Internacional de Direito Penal, que se realizou na Haia. A Lang-Hinrichsen se deve a tradução de nosso CP de 1940 para o alemão, feito na série fundada por Schönke e editada por Walter de Gruyter, em Berlim (*Das Brasilianische Strafgesetzbuch*, 1953). A tradução é precedida de larga e correta introdução e contém, ao final, bem organizada bibliografia geral e indicação das monografias mais importantes da época. Já anteriormente, o autor havia escrito sobre nosso direito excelente trabalho, publicado em 1952 (*Strafgesetzbuch in Brasilien*, ZStW, 64).

Lang-Hinrichsen foi professor de Direito Penal e de Processo Penal na Universidade de Mainz, desde 1954. Regressando à Alemanha, após a guerra, foi professor da Universidade Humboldt, em Berlim Ocidental. Lecionou posteriormente em Bamberg, em Freiburg e, mais tarde, como professor honorário, em Colônia.

Deixou publicados numerosos trabalhos sobre diversos temas de nossa especialidade, notadamente sobre ilicitude, erro, culpabilidade e medidas de segurança. Nos últimos anos escreveu muitos estudos sobre a reforma penal alemã, a que dedicou tantos esforços.

Registramos, com grande e sincero pesar, a morte desse ilustre colega e amigo, cujo desaparecimento constitui grave perda para a ciência penal. (H.C.F.).

ANTEPROJETO DO CÓDIGO DO PROCESSO PENAL

Sugestões ao Projeto de Código do Processo Penal feitas pelo Prof. Jorge Alberto Romeiro Júnior, relator da Comissão dos Professores da Área de Ciências Penais do Departamento de Ciências Jurídicas da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, instituída para esse fim, e que foram aprovadas; após discussões, pelos seus demais membros: os Profs. João Mestieri, Martinho da Rocha Doyle, Nilo Batista, Sérgio Tancredo Silva, José Lisboa da Gama Malcher e José Murta Ribeiro, sob a presidência deste último:

1.^a) Art. 72:

Acrescentar a expressão “Colhida em Juízo” após a palavra “Prova”, dentro da técnica adotada no art. 297 do atual Código de Processo Penal Militar e no art. 246 do Anteprojeto Tornaghi, uma vez que a redação atual dará margem a que o juiz, ao julgar a ação, possa firmar a sua convicção, apenas, com base nas provas colhidas na fase policial, medida que tornaria inócua a garantia constitucional do contraditório (art. 153, § 16 — Constituição Federal).

2.^a) Art. 93, *caput*:

Suprimir o último período do texto, que atenta contra a natureza do inquérito policial (inquisitória). Do contrário, estará se dando ao inquérito um verdadeiro caráter contencioso em conflito com o próprio espírito da primeira parte do artigo, que, por sua simples interpretação literal, oferece ao representante do Ministério Público, quando necessário, a oportunidade de, pessoalmente, desfazer dúvidas sobre a prova oral colhida pela Polícia, antes de oferecer denúncia. Destarte, mirando, ainda a salvaguardar a eficácia do caráter personalíssimo dessa inovação, urge que outro período seja acrescentado, em substituição ao que se propõe extirpar, nos seguintes termos: “Essas audiências não serão tomadas por termo nos autos”. Assim, não haverá confusão com os termos referidos no art. 94, que se volta, evidentemente, para a hipótese do § 3.^o do art. 93.

3.^a) § 2.^o do art. 93:

Acrescentar, a final, a expressão “nos casos em que a Lei Penal permitir”, pois, se assim não for, estará o legislador processual reformando, absurdamente as leis penais, que, somente ao sancionar tipos, permitem ou poderão permitir a medida prevista no corpo do enfocado parágrafo. Aliás, ressalve-se que ao art. 46 do novo Código Penal (Decreto-lei n. 1.004, de 21.10.69) foi, pelo Projeto de lei n. 636, de 1975 (oriundo da Mensagem do Poder Executivo de n. 158/75), mandado acrescentar um parágrafo único com a redação abaixo: “A pena de detenção, em crime de *ação privada* (grifos nossos) poderá ser substituída pela de multa, para o encerramento do processo, nas condições fixadas na lei processual penal.”

Ora, em tais casos, onde a titularidade do Ministério Público?

4.^a) Art. 97:

Suprimir do texto a expressão “Bem como velar pela unidade e indivisibilidade da instituição”, porque ditos princípios inexistem no Ministério Público Brasileiro e mesmo no *parquet* da França, berço da instituição e onde o mesmo não se verifica, adota-se a regra: “*La plume est serve, mais la parole est libre*”.

5.^a) Inciso V do art. 99:

Substituir a redação original pela seguinte: “Recorrer sempre que tiver interesse na reforma da decisão, na forma prevista neste Código”. Este seria o melhor sistema, pois, muitas vezes, uma decisão não é contrária ao réu, mas se opõe ao seu legítimo interesse. O exemplo clássico é o da sentença que declara extinta a punibilidade pela prescrição, sem, evidentemente, apreciar o mérito, tolhendo o direito do réu, que tudo faz para ver provada a sua inocência.

6.^a) § 3.^o do art. 255:

Substituir o texto pelo seguinte: “Será permitido ao advogado do ofendido ou de seu representante legal, ao indiciado e a seu defensor que acompanhem as inquirições”. Aliás, propõe-se, nesta oportunidade, que um artigo similar e mais genérico, abrangendo todos os casos, seja incluído na Seção I do Capítulo II do Título II, do Projeto, visando, como é óbvio, as figuras do indiciado e seu defensor, somente.

7.^a) Art. 242:

Mudar a redação para a proposta no art. 8.^o do Anteprojeto Tornaghi, acolhendo, com melhor técnica, antiga aspiração dos que combatem, com propriedade, o atual caráter contencioso do inquérito de técnica infeliz porque o desnatura. Veja-se, *in exemplis*, a opinião do conspícuo Prof. Noé Azevedo, em seu notório estudo “Da Simplificação do Inquérito Policial” (in *Revista dos Tribunais*). Como a nova redação alvitada, em outras palavras, é quase a mesma do § 2.^o do art. 243 do Projeto este absorvido que será pela regra geral, deverá ser suprimido.

8.^a) Inciso I do art. 290:

Alterar o texto original para o que se segue: “Quando o juiz, considerando plenamente demonstrada circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade, absolver o réu desde logo”.

9.^a) Art. 391:

Substituir a palavra “incompleto” por “insuficiente” e manter o restante do texto original somente até a expressão “complementar”, porquanto, assim, terá maior amplitude o preceito e não se cometerá o erro de, na hipótese de estar a ação penal em curso, com o juiz plenamente investido na jurisdição, se permitir ao Ministério Público “determinar” uma medida, em flagrante desrespeito também ao princípio do *equilíbrio* entre as partes, consubstanciado inclusive no art. 69 do Projeto.

10.^a) Inciso I do art. 396:

Incluir, a final, a expressão “ou por tendência”, figura que, prevista no novo Código Penal, foi, surpreendentemente, deixada de lado neste artigo.

11.^a) § 3.^o e suas letras a, b, c e d do art. 409:

Para assegurar a oralidade que se pretende trazer, como inovação ao procedimento ordinário e adotar fórmula bem mais econômica, e ainda fiel ao equilíbrio entre as partes, deve a redação primitiva dos dispositivos em análise ser substituída pela seguinte, que passará a constituir, unicamente, o texto do § 3.^o:

“Quando a causa apresentar questões complexas de fato e de direito, findos os debates orais as partes poderão apresentar memoriais no prazo comum de 10 dias”.

12.^a) § 1.º do art. 450:

Acrescentar, após a palavra “juiz”, que será, então, sucedida por uma vírgula, a expressão “se necessário”, pois a experiência atual tem mostrado que, na maioria dos casos de extinção de punibilidade, a arguição relativa, ou fez menção a elementos já contidos nos autos (o cotejo de datas nos casos de prescrição, decadência ou perempção) ou vem acompanhada da documentação necessária (o atestado de óbito, nas hipóteses de morte do agente, *in exemplis*).

13.^a) Parágrafo único e suas letras do art. 485:

O Projeto deveria distinguir, como bem fez o sumo Prof. Tornaghi no art. 461 do seu Anteprojeto (seguindo aliás, os ótimos precedentes do art. 237 do vigente *Código de Procedura Penale* italiano) as hipóteses de flagrante verdadeiro e ficto. Assim, a redação do parágrafo em questão seria distribuída em 2 outros parágrafos, com as alterações que se seguem:

§ 1.º — Está em flagrante delito, quem está cometendo a infração penal;

§ 2.º — Considera-se, ainda, em flagrante delito quem: repetindo, em seguida, como letras A, B e C, respectivamente, os textos apenas da atuais letras B, C e D. A manutenção da letra E no Projeto seria um retrocesso ao anterior Código de Processo Penal do Distrito Federal. Se foi tal figura abolida posteriormente, é porque não gerou bons resultados. Aliás, o preceito em tela, além de ser redundante com o da atual letra D que o precede, nem mesmo chegou a ser adotado pelo recentíssimo Código de Processo Penal Militar (veja-se art. 244) de sistemática, bem mais rígida.

14.^a) Art. 485, caput:

A palavra “policiais” merece ser extirpada do texto, uma vez que outras autoridades, como os *juízes* etc., *deverão* efetuar também a prisão em flagrante.

15.^a) Art. 117:

Este cânone deixou passar *in albis* a hipótese da impossibilidade do ofendido, reconhecidamente pobre, constituir advogado para promover, em seu nome, a ação penal privada. Por isso, necessária se faz a inclusão de disposições idênticas às do art. 32 e seus §§ do atual Código para a complementação do novo texto.

16.^a) Art. 630:

Por atentar este artigo contra o princípio do equilíbrio e da igualdade das partes no processo, defendido, como já dito, pelo próprio art. 69 do Projeto, seu texto requer uma urgente modificação. Propõe-se a que se segue, aliás, bem mais elástica, *data venia*: “Qualquer das partes, até o saneador, poderá requerer que a ação penal proposta siga o rito do procedimento ordinário:”.

17.^a) Inciso II do art. 746:

Esta disposição atenta contra a soberania do júri. Seria melhor não manter, então, mais a clássica instituição cujo funcionamento bastante dispendioso à própria justiça, não mais se justificaria. Como o problema já está sendo amplamente debatido no Congresso Nacional e a sua relevância democrática requereria estudos mais específicos e amplos, para discussão dos inúmeros e respeitáveis argumentos das duas correntes que se posicionam adversárias, no enfoque da

preservação ou da extinção do júri, a esta comissão, que, pela opinião vencedora da maioria de seus membros, situa-se como defensora dos princípios, atuais que norteiam o tribunal popular no Brasil, só resta, pois, propor; de acordo aliás, com as ponderações e diretrizes do voto inicial do relator, a substituição pura e simples do texto deste inciso no Projeto, por redação semelhante à do § 3.º do art. 593 do vigente Código de Processo Penal, com as adaptações que se fizerem necessárias às remissões.

Jorge Alberto Romeiro Júnior, Professor relator — Prof. Alejandro Bugallo Alvarez, diretor do Departamento de Ciências Jurídicas.

Howard Becker, *Outsiders — Studies in the Sociology of Deviance*, The Free Press, Nova York, 1973.

Trata-se de um estudo sistemático sobre o comportamento desviado. Seu interesse é tanto mais relevante quanto adota renovadora perspectiva na análise criminológica do desvio social. Para Becker, o conceito de “marginal” (*outsider*) não é inequívoco mas depende fundamentalmente da perspectiva em que se situa a pessoa que o define como tal. Segundo este enfoque, para o indivíduo considerado desviado, os “marginais” (ou “estranhos”) seriam as pessoas que elaboram as normas convencionais de uma sociedade.

São os grupos sociais que criam o comportamento desviado ao estabelecer regras cuja infração constitui o desvio. O desvio não é, então uma qualidade do ato cometido pela pessoa mas uma consequência da aplicação que os outros fazem das regras e sanções com relação ao “ofensor”. Nesse sentido, — e aqui está, a nosso ver, a grande importância desse tipo de abordagem — ao contrário da concepção usualmente difundida, o comportamento desviado (ou a delinquência) não constitui uma propriedade inerente ao indivíduo que assim se comporta.

Para que um ato seja qualificado “desviado” depende de como reagem as pessoas diante dele. Em outras palavras, o grau no qual determinada conduta será considerada “transgressora” dependerá de quem a pratica e de quem se sentiu ofendido por ela. É interessante observar que, as regras sociais tendem a ser aplicadas mais a certas pessoas que a outras. A mesma conduta pode constituir infração às normas em determinado momento e não em outros; pode constituir infração ao ser praticada por uma pessoa mas não quando for outra que a pratica. Algumas regras (inclusive legais) podem ser infringidas impunemente, outras não. Esta realidade não poderá ser refutada por aqueles que têm alguma experiência jurídica; no entanto, ela é facilmente esquecida quando se trata de compreender toda a problemática do desvio social ou da criminalidade.

A premissa básica dessa concepção é a de que os grupos sociais que compõem a sociedade não compartilham necessariamente as mesmas normas e valores. Isto é ainda mais verdadeiro no caso das sociedades modernas altamente diferenciadas segundo as classes sociais, os grupos étnicos, ocupacionais e culturais. E a conclusão não poderia ser outra: enquanto os diferentes grupos apresentarem dissenso a respeito das regras sociais (estabelecidas convencionalmente), haverá desacordo quanto ao tipo de conduta qualificada como correta em determinada situação.

A existência de subculturas conduz ao fato de que uma pessoa pode infringir as regras de um grupo, simplesmente acatando as regras de outro. Ainda, as regras formais impostas por determinado grupo podem diferir daquelas consideradas apropriadas na prática pela maioria das pessoas. Nunca é demais lembrar que as normas convencionais cuja infração qualifica uma conduta de desviada não são universalmente aceitas; pelo contrário, fazem “parte do processo político da sociedade”. E aqui encontramos outro aspecto da relatividade do conceito de desvio social (implícito os conceitos de delinquência e de crime) desenvolvido neste livro. Refere-se aquele ao poder político e econômico de uma sociedade. É fato que certo grupo impõe suas normas de comportamento a outros grupos sociais. “Quem pode obrigar os outros a aceitar suas regras e qual a causa de seu êxito?” pergunta Becker, respondendo que as diferenças na capacidade de criar regras sociais e aplicá-las a outras pessoas são essencialmente diferenças de poder (legal ou extralegal). Não nos cabe exemplificar e entrar em detalhes, o que poderá ser feito por aqueles interessados através da leitura de *Outsiders*.

Porém, é fácil deduzir muitas das implicações dessa análise para o estudo da criminalidade, da penalização social e da ressocialização do indivíduo “delinqüente”.

No seu estudo sobre o comportamento desviado, Becker tem como referência teórica o que denomina “modelo seqüencial” de análise por oposição ao “modelo simultâneo”. O modelo seqüencial considera que a conduta desviada se desenvolve dentro de uma seqüência ordenada de etapas, mudanças no comportamento e perspectivas do indivíduo. Cada etapa ou fase do comportamento requer específica explicação e, assim, um fator importante para a compreensão de determinada etapa da conduta desviada pode resultar de pouca importância em outra fase posterior. O conceito utilizado para desenvolver o modelo seqüencial é o de “carreira”, originalmente concebido no estudo sobre ocupações profissionais. O interesse deste modelo teórico está em mostrar como uma pessoa, a partir de uma conduta desviada ocasional pode chegar a participar de uma subcultura organizada com referência a uma atividade desviada. Identificando-se com os padrões de comportamento daquela subcultura, de um desvio ocasional (ou de “principiante”) o indivíduo passará a “desviado habitual”.

Fundamentando empiricamente suas hipóteses, o autor realiza pesquisas em dois grupos desviados: os usuários de maconha e os músicos profissionais. Becker analisa as diferentes experiências pessoais realizadas com a maconha, as mudanças de atitude que os indivíduos desenvolvem em relação à droga e as razões que levaram a essas mudanças e ao seu uso habitual. Divide a “carreira” do fumante de maconha em três categorias: o “principiante” (que fuma pela primeira vez); o “ocasional” (cujo consumo é esporádico) e o “habitual” (cujo consumo é sistemático e rotineiro). Considera, em seguida, os processos através dos quais os diferentes tipos de controle social se tornam menos eficazes à medida que o indivíduo passa de uma etapa para outra, ou, inversamente, como certo tipo de controle social corta o desenvolvimento da carreira de fumante de maconha. Segundo Becker, o uso de maconha, é resultante da concepção que o indivíduo

tem da droga e, por sua vez, esta concepção se desenvolve à medida que a experiência com a droga aumenta. Isto nos parece importante pois revela que, apesar do controle social (tomado na sua ampla acepção) interferir neste tipo de comportamento, esta interferência não é decisiva do momento que a concepção pessoal sobre a droga é positiva. Esse fato, juntamente com o aumento crescente do consumo de tóxicos, mostra que a criminalização e a penalização severa aplicada a certos desvios sociais não são suficientes para evitá-los, nem para contê-los. Este capítulo é revelador para a compreensão do fenômeno tão atual e alarmante do consumo de tóxicos.

A qualificação de marginais não se aplica só aos que infringem as normas legais. Esta observação aparece clara quando Becker estuda o grupo dos músicos profissionais de orquestras populares. Embora suas atividades estejam formalmente dentro da lei, sua visão do mundo e maneira de viver criam uma subcultura que está suficientemente “fora” das convenções para ser estigmatizada como desviada. Em decorrência da sensação de isolamento que sentem frente à sociedade e da auto-segregação como forma de se adaptar a esta realidade, verifica-se a intensificação do *status* de marginal através de um crescente ciclo de desvio. Note-se que isto ocorre com freqüência com relação a outros grupos catalogados como desviados. Esta situação poderia em parte explicar o problema da reincidência.

Em capítulo fundamental de seu livro, o autor procura analisar as pessoas e grupos que elaboram e impõem as regras às quais não se adaptam os “marginais”, ilustra sua análise com o caso da *Marihuana Tax Act*, lei aprovada em 1937 nos Estados Unidos, com o objetivo de acabar com o consumo da droga. Esta ilustração mostra o processo através do qual se cria e se impõe uma regra legal, os valores que a fundamentam e os grupos e interesses presentes nessa iniciativa. Becker afirma que as regras são resultantes da iniciativa de algumas pessoas e as qualifica de “empresários morais” (*moral entrepreneurs*). As “cruzadas morais” típicas — movimento desenvolvido por aquele(s) que pretende(m) impor alguma norma legal — são dominadas por indivíduos provenientes dos estratos superiores da sociedade. Isto significa que podem utilizar o poder decorrente dessa posição social superior para apoiar suas reivindicações morais.

Finalizando, Becker analisa os problemas existentes no estudo da conduta desviada (falta de dados consistentes, pouca informação e conhecimento de fatos reais) e as dificuldades inerentes a este tipo de estudo visto que este comportamento tende a ficar oculto e a não ser revelado. O autor observa conclusivamente que se deveria focalizar o comportamento desviado como um tipo de conduta desaprovado por uns e valorizado por outros, procurando abordar assim ambas as perspectivas, embora sublinhe que isto não constitui tarefa fácil.

A última edição acrescenta mais um capítulo no qual o autor faz algumas reconsiderações a propósito da chamada *labelling theory* e responde a algumas críticas anteriormente recebidas.

Recomendamos esta excelente publicação às pessoas que não pretendem manter uma visão tradicional e irreal deste tema.

Yolanda Catão

Heinz Müller — Dietz (ed.) *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Carl Heymanns Verlag, Colônia, Berlim, Bonn e Munique, 1971, 190 págs.

Este pequeno volume reúne uma série de cinco pequenas monografias elaboradas por jovens e excelentes juristas, preocupados com a esterilidade da Dogmática Jurídica tradicional. É bem a linha vigorosa iniciada por alguns dos grandes nomes da ciência penal alemã da atualidade que buscam aquela "abertura para a realidade" (*Durchbruch zur Wirklichkeit*) de que falava Wertenberger na sua bem conhecida obra traduzida para o italiano e o espanhol (*Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*). Busca-se, em suma, uma aproximação entre a Dogmática Jurídico-Penal e a Política Criminal, com a convicção de que há problemas que não podem ser resolvidos com a lógica do sistema, ou seja, com o "automatismo dos conceitos" (Jescheck), exigindo uma "correção valorativa" (Roxin).

Este volume enfeixa trabalhos de Harro Otto (*Tipo de delito e conceito de bem jurídico*); Diethelm Kienapfel (*As formas da autoria unitária*); Ernst-Joachim Lampe (*A tutela do patrimônio no futuro Direito Penal*); Heinz-Müller Dietz (*Ciências Sociais e Dogmática Jurídico-Penal*) e Detlef Krauss (*O princípio da presunção de inocência no processo penal*).

O conceito de bem jurídico tem sido o ponto central da técnica de formulação dos tipos nos sistemas jurídicos dos Estados de direito, pela sua relevância na determinação dos limites da punibilidade. Harro Otto, no entanto, explora as correlações entre as premissas extra e prejudiciais, detendo-se no exame da realidade social com respeito à função de tutela de valores que realiza o Direito Penal.

A dogmática da autoria e da participação sempre foi uma das mais difíceis questões da ciência penal alemã, justificando o desencanto de Jescheck quando em seu *Tratato* chega a dizer que a diferença entre autoria e participação, na prática, depende do juiz (*Lehrbuch*, 2.^a ed., pág. 494). Kienapfel estuda longamente o sistema unitário da legislação italiana, que adotamos no Brasil com bons resultados. Em última análise o importante é ter presente as exigências da Política Criminal no que tange à diversa categoria da culpa e do injusto em relação a cada partícipe ou co-autor.

O artigo de Lampe, sobre os crimes contra o patrimônio, considera as influências das relações sociais e econômicas, bem como as novas valorações culturais nesta matéria.

Müller-Dietz escreve talvez o mais interessante dos trabalhos da coletânea, tomando, como se percebe, os problemas mais gerais, e, por isso mesmo, mais difíceis, da interação do conhecimento empírico e da valoração normativa. É aqui que devem ser examinadas as dificuldades metodológicas que põem em causa a natureza do conhecimento jurídico, com soluções que continuam a ser, a nosso ver, insatisfatórias.

O volume se encerra com um trabalho de natureza processual, sobre um tema que entre nós adquire importância crescente, tendo em vista o caráter de nossa legislação processual.

R. C. F.

Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht*, Besonderer Teil I, Straftaten gegen individualinteressen Verlag Stämpfli, Berna, 1972, 298 págs.; II, 1974, 675 págs.

Já tivemos ocasião de comentar nestas páginas o belíssimo manual escrito pelo autor (RDP 11/12, 88) que é, sem dúvida, um dos mais representativos mestres do Direito Penal alemão de nosso tempo. Seguindo antiga tradição, que remonta a Binding, a Universidade da Basileia o convidou a ocupar, ali, a cátedra de Direito Penal, e a obra que ele vem de completar, sobre o direito suíço, de certa forma constitui a justa retribuição do professor estrangeiro à cultura jurídica do grande povo que o acolheu.

O aparecimento do CP suíço, em 1937, unificando o direito punitivo em vigor no país (que, até então, era distinto para cada um dos cantões) representou importante acontecimento legislativo, fruto de longa elaboração, que se iniciara com o famoso Projeto Stooss, em 1893, e que se arrastava deste 1916, na revisão do novo projeto.

Com o novo Código surgiram importantes comentários, como o de Hafter, *Schweizerisches Strafrecht*, que publicou o primeiro volume em 1937 e, o segundo, em 1943; o de Thormann-Overbeck, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, veio à luz em 1941 (em 2 volumes) e o de Paul Logoz, *Commentaire du Code Pénal Suisse*, editado em 1939/1941, obras hoje esgotadas. Os comentários de Germann (*Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch*, 1953) ficaram inacabados, depois de seu fundamental *Das Verbrechen in neuem Strafrecht*, de 1942.

Esses comentários baseavam-se nos trabalhos monumentais das comissões revisoras do projeto (*Protokolle der 1. und 2. Expertenkommission*), de modo que neles mal se refletia a influência enorme que a jurisprudência dos tribunais exerce sobre a legislação e que nenhum jurista pode desconhecer.

Faltava, pois, algo de novo na ciência do Direito Penal suíço, e é isto que nos dá a obra de Stratenwerth, na qual ele revela as suas qualidades excepcionais de professor. A matéria se apresenta com simplicidade, abandonando-se os velhos critérios dos pesados (e geralmente inúteis) comentários e tendo-se presente, a cada passo, a jurisprudência dos tribunais. A sistematização da parte especial é feita com habilidade e correção, vencendo-se a natural dificuldade que a questão apresenta.

O primeiro volume trata dos crimes contra os interesses do indivíduo (vida, integridade e incolumidade pessoal, liberdade, honra, segredos e intimidade e patrimônio, inclusive bens imateriais e crimes falimentares). O segundo volume trata dos crimes contra os interesses da coletividade. Aqui estão as infrações penais contra a ordem dos costumes (moral pública e família), a ordem pública (perigo comum, *falsum* em geral, paz pública) e os crimes contra o Estado, inclusive a administração pública.

O primeiro volume é precedido de breve introdução sobre a problemática da parte especial, explicando a classificação adotada. O estudo de cada figura de delito é precedido de breve referência bibliográfica, atualizada e moderna.

Sem a menor dúvida é obra destinada a grande sucesso e permanente utilidade aos estudiosos.

H. C. F.

Nuevo Pensamiento Penal, Ano 2, n. 1, jan.-mar. 1973; n. 2, abril-jun. 1973; n. 3, jul.-set. 1973; n. 4, out.-dez. 1973, Editorial Astrea, Buenos Aires.

Registramos, em tempo oportuno, o aparecimento desta bela publicação (RDP 9/10, 80), numa resenha dos números correspondentes ao ano de 1972. Em 1973 a revista passou a ser trimestral, tendo sido publicados quatro números. Daí por diante, infelizmente, suspendeu-se temporariamente a publicação, por motivos não bem esclarecidos mas que estão ligados, sem dúvida, à grave crise universitária, política e econômica que atravessa a grande nação irmã.

O primeiro número apresenta três trabalhos doutrinários: Armin Kaufmann escreve sobre a tipicidade e causalidade no processo Contergan (talidomida); G. Vassalli, sobre o consentimento do paciente e o estado de necessidade no tratamento médico cirúrgico, e a excelente Hilde Kaufmann, sobre a Criminologia como crítica social. Neste número aparece também estudo de Roberto Bergalli sobre os viciados em drogas, sob o aspecto sociológico e de política criminal, na linha do fundamental enfoque que deram ao tema Becker e outros teóricos do comportamento desviado.

Na parte relativa à legislação aparece notícia sobre a nova lei chilena que amplia a suspensão condicional da pena, acompanhada de oportuno comentário de Silvia P. Wasaff.

O segundo número (abril-junho) publica as contribuições argentinas ao XI Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Budapeste, cujas conclusões foram publicadas por esta revista (RDP 15/16, 81). Aqui estão excelentes trabalhos sobre o primeiro tema do Congresso ("Evolução de métodos e meios do DP"), escritos por Bacigalupo, Baigún, Bergalli e Gladys Romero). Sobre o quarto tema do Congresso ("Apoderamento ilícito de aeronaves") publica-se a comunicação do sempre seguro Enrique Ramos Mejía, presidente do grupo argentino da AIDP.

Nesse volume há notícia das alterações legislativas introduzidas com o governo constitucional de Campora, particularmente a lei de anistia e a revogação das leis penais que não foram emanadas do Congresso, e promulgadas por decreto durante os governos militares. A respeito, David Baigún escreve uma *Interpretação* desses novos diplomas legislativos.

O terceiro número (jul.-set.) inclui o trabalho escrito por Jescheck para a coletânea em homenagem a Heintz sobre as penas e m.s. no CP Tipo para a América Latina, comparadas com o direito alemão, bem como a contribuição de Bacigalupo ao colóquio realizado em 1973, em Santiago do Chile sobre pena e culpa ("Acerca da personalidade e culpabilidade na medida da pena"), que já divulgamos no Brasil (RDP 15/16, 34). Nesse volume aparece também estudo de Ramos Mejía sobre o sistema de conseqüências penais no CP brasileiro que deveria ter entrado em vigor em 1970 (sem levar em consideração as alterações introduzidas em 1973). O volume se encerra com bela nota de Marino Barbero Santos, *in memoriam* a Silvio Ranieri.

O último número (out.-dez.) contém três notáveis artigos de doutrina. O primeiro, de Claus Roxin, de quem já divulgamos importante trabalho nesta revista (RDP 11/12, 7), retomando, em homenagem a Radbruch, algumas das idéias

a que tem dedicado seu grande talento e sensibilidade jurídica ("Notas sobre as relações entre idéia e matéria do Direito na sistemática de nosso Direito Penal"). Já tivemos oportunidade de comentar as suas sugestões sobre a política criminal e o sistema do Direito Penal, numa pequena obra valiosa (RDP 7/8, 104).

Ao trabalho de Roxin, seguem-se estudos de Francisco Muñoz Conde ("*Función de la norma penal y reforma del Derecho Penal*"), com lúcidas idéias sobre a problemática do direito punitivo de nosso tempo, e de Francisco Bueno Arús, sobre as associações contra a moral pública no Direito Penal espanhol. O volume se completa com excelente trabalho dos Profs. Aquilino Polaino Lorente e Miguel Polaino Navarrete sobre a vigente legislação espanhola sobre toxicomanias, que, como em geral sucede com as vigentes leis sobre o assunto, carece de urgente revisão e reforma.

Esperamos que volte a publicar-se brevemente *El Nuevo Pensamiento Penal*, que surgiu e desde logo se firmou como uma das mais importantes revistas em nossa especialidade. Como afirmou ao signatário desta resenha Enrique Bacigalupo, a nova publicação não pretende revelar qual seja o novo pensamento penal, mas, sim, buscá-lo permanentemente. Formulamos ardentes votos de que venha a cumprir a tarefa a que se propôs.

H. C. F.

Robert Schmelck-Georges Picca, *Penologie et Droit Penitentiaire*, ed. Cujas, Paris, s/d, 369 págs.

Os autores da obra em epígrafe possuem, a par de sólida formação teórica, a valiosa contribuição da experiência. Robert Schmelck foi Diretor da administração Penitenciária do ministério da Justiça, e Georges Picca — magistrado — foi Diretor do Centro Nacional de Estudos e Pesquisas Penitenciárias.

Apesar de consistir também numa exposição do sistema instaurado em França com o Código do Processo Penal de 1958, que é considerado "consagração legislativa" de "idéias novas" (pág. 8), o livro não se esgota aí, compreendendo também reflexões oportunas sobre a própria essência do fenômeno penal, e o exame do tratamento que mereceu das diversas correntes de pensamento que se formaram a respeito.

A pena privativa de liberdade é objeto de exame minucioso, que consome toda a segunda parte do livro (pág. 127 e segs.). Particular interesse poderia ter para nós as informações concernentes ao "*personnel de surveillance*", cujas funções estão estabelecidas por um decreto de 21.11.1966. Tais funcionários, cujo número atual orça em torno de 8.000, são encarregados de manter a ordem e disciplina nos estabelecimentos penais, e controlar o trabalho obrigatório. Ao lado de tais funcionários, temos os *éducateurs*, cujas funções estão estabelecidas pelo mesmo decreto de 21.11.1966, e "*déchargées de toute charge administrative et de tout rôle de surveillance*" (pág. 158). Sua missão é observar os internos que lhe são confiados, a fim de melhor conhecê-los e conhecer seus problemas ("*les divers facteurs personnels qui ont pu les conduire à la délinquance*").

No Brasil, temos a polícia militar.

Nilo Batista

M. Cherif Bassiouni, *International Terrorism and Political Crimes*, Charles C. Thomas Publisher, Springfield, 1975, 594 págs.

A coletânea organizada pelo excelente Cherif Bassiouni, que tanto se tem destacado no campo do Direito Penal Internacional, é composta, basicamente, com estudos e relatórios apresentados ao III Simpósio Internacional, patrocinado pelo malogrado Instituto Internacional de Altos Estudos de Ciências Criminais, que em Siracusa organizou e dirigiu a Associação Internacional de Direito Penal.

Tal Simpósio realizou-se no período de 4 a 16 de junho de 1973, tendo reunido um conjunto notável de especialistas de renome internacional, de 22 países. Ao final foi elaborado documento de conclusões e recomendações, que constitui lúcida análise dos graves problemas que o terrorismo em geral apresenta, como alarmante forma da criminalidade violenta de nosso tempo.

Afirma-se que os Estados têm sido incapazes de fazer valer e observar os direitos humanos, hoje proclamados por numerosos documentos internacionais, e que o desrespeito aos direitos humanos praticados pelos Estados e seus agentes constituem um dos fatores que geram o terrorismo individual. Por outro lado, é paradoxal que os atos de terrorismo, muitas vezes praticados sob pretexto de que perseguem os que violam direitos humanos, atingem, por seu turno, as liberdades fundamentais, propriedade e pessoas que nada têm a ver com a alegada violação de direitos humanos.

É necessário distinguir entre a legítima resistência à opressão por parte dos governantes e a prática indiscriminada do terrorismo. O recurso à violência por parte de indivíduos e grupos que se empenham em guerras de libertação nacional é legítimo, sempre que esteja nos limites do direito internacional, que reconhece tais atividades. É somente quando tais atos de violência são cometidos indiscriminadamente, desproporcionalmente, dirigindo-se contra fins internacionalmente protegidos, que passam a constituir terrorismo.

Não há diferença entre o terrorismo individual e o terrorismo praticado por agentes do Estado. Os atos cometidos por estes últimos, sujeitam tais pessoas à mesma responsabilidade criminal, sem o benefício do princípio de ato da autoridade pública ou da defesa baseada na obediência hierárquica ou das imunidades internacionais, acaso aplicáveis.

A definição de terrorismo envolve dois elementos: o primeiro é o da existência, na ação terrorista de um elemento internacional (agente ou vítima cidadãos de outro país ou ação praticada, no todo ou em parte, em mais de um Estado). O segundo elemento é o da ofensa a bens internacionalmente protegidos sendo a violência destinada a produzir resultados orientados ao poder, ou seja, destinados a mudar ou preservar as estruturas ou a orientação política, social ou econômica por meio de estratégias coercitivas. São bens internacionalmente protegidos: 1 — civis inocentes; 2 — diplomatas acreditados ou pessoal de organização internacionais no exercício de suas funções; 3 — a aviação civil internacional; 4 — os correios e outros meios de comunicação internacionais; 5 — membros de forças armadas não beligerantes.

As conclusões focalizam também, em sua parte especial, certas áreas específicas, como o terrorismo e os meios de comunicação; o terrorismo em conflitos

armados; o terrorismo e as guerras de libertação nacional; o apoderamento e o desvio de aeronaves; o seqüestro de diplomatas e outras pessoas; a criação de um tribunal criminal internacional; a jurisdição e a extradição; o tratamento dos criminosos políticos e dos detidos não delinqüentes; o terrorismo e os direitos humanos e, finalmente, a educação e a informação.

Os diversos estudos que o volume contém estão divididos em capítulos que obedecem, aproximadamente ao sistema das conclusões. O primeiro, no entanto, refere-se às perspectivas sobre as origens e as causas do terrorismo, analisadas sob aspectos psicológicos, psiquiátricos, sociológicos e filosóficos, bem como da comunicação de massas. Aqui estarão, provavelmente, os mais interessantes trabalhos deste volume. A este capítulo seguem-se também alguns estudos notáveis sobre as guerras de libertação nacional, que apresentam problemas jurídicos até hoje em aberto.

Trata-se, como se percebe, de obra extremamente importante, focalizando de forma atual e bem informada um tema sobre o qual a literatura é escassa e que está hoje desafiando os juristas por constituir um dos mais graves e difíceis fenômenos da criminalidade contemporânea.

H. C. F.

Délio Magalhães, *Causas de Exclusão de Crime*, São Paulo, 1975, ed. Saraiva, 319 págs.

Temos lançada a segunda edição do livro do catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo.

Desde logo, é de notar-se que o trabalho é a mais alutada abordagem das justificativas do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de direito da literatura jurídico-penal brasileira. A colocação dos problemas gerais da matéria, segue-se exame de questões particulares, que ainda hoje dividem a doutrina (lesões e morte no esporte, pág. 207 e segs.; intervenções médico-cirúrgicas, pág. 169 e segs.; *offendicula*, pág. 57 e segs.).

O A. examina igualmente o consentimento do ofendido (que prefere chamar de consentimento “do interessado” — pág. 141) — matéria que entre nós só foi versada mais extensamente por Rosa Oiticica (*O Consentimento do Titular do Direito Disponível*, Maceió, 1961).

Sem embargo de divergências ocasionais (por exemplo, quanto às restrições que faz o A. sobre a adoção pelo CP 1969 da teoria diferenciadora, em tema de estado de necessidade — pág. 44 — e quanto à maioria de suas colocações a respeito de uma legítima defesa da pátria — pág. 247 e segs.), não temos dúvidas em recomendar aos estudiosos o livro do Prof. Délio Magalhães, como repositório de seguros ensinamentos, e úteis indicações.

O volume é enriquecido por um Apêndice, contendo dois trabalhos (“Sistema Penal Brasileiro e não Toscano”, pág. 283 e segs.; “A Tentativa e o Atentado”, pág. 293 e segs.).

Nilo Batista

Azevedo Franceschini, José Luiz Vicente de, *Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, São Paulo, 1975, ed. Liv. Ed. Universitária de Direito, 668 págs.

O trabalho em epígrafe consiste em esplêndida coletânea de decisões a respeito de matéria criminal, decisões criteriosamente selecionadas pela experiência e sensibilidade do Prof. Azevedo Franceschini.

Como o A. observa na introdução, os julgados, em sua maioria, vêm seguidos da indicação de "rolo" e *flash* nos quais se encontram microfilmados, na Secretaria do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. A partir de tal indicação, poderão os interessados obter o inteiro teor das decisões.

A consulta é facilitada pela disposição em ordem alfabética da matéria. Este primeiro volume abrange das letras "A" a "D", iniciando-se com a rubrica "abandono de incapaz" (pág. 1) e encerrando-se com "duplicata simulada" (pág. 663).

A seleção de julgados não se limita em referir-se aos delitos previstos no Código (p. ex., crimes de imprensa, pág. 469 e segs.), e é realmente primorosa quanto à relevância das questões neles examinadas.

Algumas notas do A., logo após a transcrição dos textos legais que serão objeto das decisões, procuram esclarecer, com brevidade e clareza, alterações introduzidas na disciplina pelo CP 1969, ou por outros textos, em observações oportunas e úteis.

Excelente trabalho, que aumenta nosso débito para com o professor paulista.

Nilo Batista

Carlos S. de Barros Júnior, *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*, Ed. Rev. dos Tribs., São Paulo, 1972, 222 págs.

Excelente trabalho, escrito por quem domina amplamente a matéria e dela nos dá informação exata completa. O autor é professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP e Procurador-geral da Fazenda, junto ao Tribunal de Contas de São Paulo, sendo conhecido especialista em Direito Administrativo.

A disciplina na Administração Pública constitui tema difícil, apresentando inúmeras controvérsias e diversos graves problemas na doutrina e na jurisprudência dos tribunais. O autor estuda a natureza jurídica e o fundamento do poder disciplinar, a falta disciplinar, as penas disciplinares e o processo disciplinar, com lúcidas e corretíssimas conclusões quanto ao contraste jurisdicional da decisão disciplinar, matéria tantas vezes levada aos advogados criminais. Entende, quanto a este ponto, que é acertado o critério de permitir-se uma apreciação limitada e prudente do processo administrativo, por parte da autoridade judicial. Nesse exame devem os tribunais verificar se não ocorreu abuso de poder, perseguição ao funcionário, incoerência entre o que ficou apurado e a pena aplicada, porque só na ocorrência de tais circunstâncias será legítima a

sua intervenção. Pela via do mandado de segurança, no entanto, a apreciação judicial restringe-se à incompetência ou inobservância de formalidade essencial.

Não hesitamos em recomendar a obra, que não pode faltar na estante dos estudiosos do Direito Penal.

H. C. F.

Paulo R. Pinheiro Torres, *Noções de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1973, 251 págs.

O livro refere-se a matérias da Parte Geral do Direito Penal, e resultou, conforme esclarece o autor, de compilação de aulas gravadas por alunos.

Os vários institutos da Parte Geral figuram na obra sem grande preocupação sistemática. Carece o trabalho de uma orientação doutrinária segura e moderna e de informações essenciais da dogmática penal.

A teoria geral do delito é estudada de forma ligeiríssima não merecendo, os elementos do crime, estudo individualizado, exceção feita à culpabilidade.

Porém, mesmo esta é entendida da maneira clássica, seguindo o autor a teoria psicológica pura, ocupando-se apenas do aspecto da *vinculação psíquica* entre o agente e o resultado. Dolo e culpa são *formas* de culpabilidade.

Não é encontrada alusão a teorias normativas, e nem mesmo uma simples referência ao lado da *exigibilidade*, elemento que compõe usualmente conceitos normativos de culpabilidade encontrados em manuais brasileiros de uso corrente.

A teoria do tipo, e assim a tipicidade como elemento do delito, não é estudada, a mesma sorte merecendo a teoria da ação, apesar da fundamental importância do exame dessas matérias para a teoria do delito contemporânea.

Por outro lado, os denominados elementos negativos do delito não são agrupados de forma lógica seguindo o autor, para seu estudo, a ordem na qual aparecem as várias figuras, no Código Penal.

Aspecto positivo do trabalho é, a sua vez, a preocupação do autor em se utilizar de exemplos simples, a cada passo, para ilustrar as idéias fundamentais do texto, bem como os conceitos. Porém, a conceituação das matérias é, de modo geral, deficiente o que praticamente anula uma tal iniciativa de inquestionável valor didático.

Impõe-se, por esses motivos, realize o autor uma revisão completa do trabalho, dando-lhe sistematização atualizada e enriquecendo-a de conceitos e colocações mais completas.

A vocação didática de uma publicação não está na superficialidade de suas informações, mas reside na virtude de apresentar de maneira clara, simples e precisa a matéria geralmente encontrada em forma pouco acessível, nos tratados.

G. A. P.

Armida Bergamini Miotto, *Curso de Direito Penitenciário*, Saraiva, São Paulo, 1975, 2 vols., 800 págs.

A Autora nos adverte de que "ainda não há perfeita definição dos contornos do Direito Penitenciário, o que só ocorrerá parêlo com maior evolução, como

“amadurecimento” desse novo ramo jurídico, amadurecimento esse que se cristalizará na codificação” (pág. 41).

Um seguro passo no sentido desse amadurecimento estará dado pela divulgação desse excelente Curso de Direito Penitenciário.

Ao contrário do que costuma suceder, o livro não foi imaginado como Curso e realizado como Tratado, ou vice-versa: temos um livro que se pretende, fundamental e decididamente, didático. E isso, não só pelos compromissos de natureza didática que assume (há um plano de curso, com objetivos, finalidades e programa, pág. 3 e segs.; os capítulos são chamados “pontos” etc.) como pela própria forma de exposição adotada, que se caracteriza pela simplicidade e objetividade.

Esta simplicidade não se converte, em nenhum momento, em simplismo: as questões fundamentais são abordadas, e o livro é rico em informações oriundas de encontros e congressos internacionais (a A. adota a definição de Direito Penitenciário alcançada pelo III Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Palermo, em 1933, pág. 38). Muito oportuna é a distinção entre Penologia e Penitenciarismo, de que se ocupa um capítulo (pág. 43).

Trata-se de livro utilíssimo, que se recomenda aos estudiosos em geral, e em particular àqueles que direta ou indiretamente se relacionam com a administração penitenciária. Sem formação, ou seja, sem aquilo que poderia ser chamado de uma “filosofia penitenciarista”, a prática estará fadada a ser um entrelaçamento de medidas incompatíveis e destoantes, ao sabor de oportunidades emergentes. Nesse terreno, caridade costuma não bastar.

Nilo Batista

Roberto Lyra, *Como julgar, como defender, como acusar*, José Konfino Editor, Rio de Janeiro, 1975, 138 págs.

Este é o segundo volume da série denominada “Coleção Novo Direito Penal”, anunciada pelo mestre com o seu *Direito Penal Científico (Criminologia)*, editado em 1974 (RDP 13/14, 106). O A. adverte que a matéria deste livro será desenvolvida nos livros *Contribuição para a história anedótica e polêmica do Direito e da Justiça* e *Dicionário de Direito Penal e Disciplinas Afins* (5.º e 6.º vols.).

Diversamente do que sugere o título da obra, não se trata de um desses chamados livros de prática ou de Direito Penal prático, em geral pessimamente elaborados e com graves erros. Inspirado por seu grande talento e sua larga experiência, o Prof. Lyra formula uma série de reflexões sobre os deveres e os poderes do juiz. Adverte que a justiça, em regra, castiga pobres e miseráveis, ainda mais desgraçados pelos exemplos de ricos. Nesse mesmo sentido lembrava-nos recentemente Novoa Monreal (*El Derecho como obstáculo al cambio social*) de que o Direito punitivo é, realmente um *direito dos pobres*, não porque os protege e tutela, mas sim porque sobre eles faz recair sua força e seu rigor.

Com expressões vigorosas, afirma o Prof. Lyra que a integração do juiz no seu verdadeiro papel não resulta somente do sistema de garantias, mas, sobre-

tudo, da independência em relação a si mesmo. Como responsável pelo julgamento, o juiz precisa de *segurança moral* e não somente de irredutibilidade de vencimentos e de inamovibilidade.

“O julgamento não é um ato de ciência, mas de consciência. O juiz deve pensar e, sobretudo, sentir a causa, para assegurar, propiciar, acompanhar o futuro do condenado”. Não pode ser juiz criminal aquele a que falte sensibilidade para os momentos dramáticos da existência, pois são estes que o processo penal proporciona. “As dificuldades do juiz, em matéria penal, não são dogmáticas ou exegéticas, salvo inércia. O que preocupa e inquieta ao magistrado de fundo é a responsabilidade de deliberar sobre o destino de um semelhante”. “Os magistrados neófitos, os mais bisonhos e inexperientes, adquirem logo o terrível poder de mudar tudo na vida de seus semelhantes”.

Advertindo contra os excessos da jurisprudência e da doutrina, que entende ser *crítica e reforma* (?), ensina que o Direito Penal precisa menos de ciência do que de consciência, mormente consciência social. “O jurista não é formado, juramentado, treinado, doutorado para o sobrevôo desdenhoso de supremas injustiças e ilegalidades”.

Como se percebe, coloca-se aqui o grave problema da aplicação da lei com a *frieza íntima* do magistrado que, praticando injustiça, imputa-a ao legislador.

Falando de “arte e técnica dos defensores”, o Prof. Lyra traça o perfil de antigos advogados, sobretudo do júri de seu tempo, falando apenas dos mortos. Discorre longamente e com simpatia sobre Cândido Mendes de Almeida, Evaristo de Moraes, Mário Bulhões Pedreira, João da Costa Pinto, entre outros. Não se refere, senão de passagem a Evandro Lins e Silva, “nosso maior advogado criminal”.

O que nessa passagem aparece é um conjunto de reminiscências, que se lê com prazer, de uma época que não conhecemos e que certamente desapareceu. Naqueles tempos, a grande advocacia criminal era a do Júri, que mobilizava a atenção geral. Hoje as coisas mudaram. Não só a grande advocacia criminal não está mais no Júri, como este vem sofrendo longa e contínua decadência, último reduto de um certo estilo de oratória forense, que se transforma.

Reproduz o A. o Código de Ética Profissional, mas teria sido útil se se detivesse nos problemas éticos que a cada passo apresenta a corrupção policial e a violência das autoridades, que constituem o tormento permanente dos advogados, com a autêntica mistificação da justiça que comumente é o inquérito policial.

Sempre lembrando casos de seu tempo de promotor, o mestre fala de erro de técnica na acusação e de “erro de ética” na acusação, para depois referir-se à *correção* e a conciliação de tais erros.

Faz a sua “penitência de um promotor público”, mencionando casos em que pôs o seu talento a serviço da acusação, obtendo condenações. Este é um dos aspectos mais delicados da justiça criminal, que se desenvolve como um *combate judiciário* onde está em jogo muitas vezes a vaidade pessoal do promotor e não os interesses da justiça.

É curioso observar, principalmente entre os representantes do MP mais antigos, hoje funcionando nos tribunais, a fúria acusatória que por vezes põem na

perseguição de inocentes e a tergiversação que fazem da prova duvidosa, para obter a condenação a todo custo.

O MP é uma instituição em crise pela multiplicidade de funções que lhe são atribuídas e pela virtual incapacidade de desempenhá-las todas. Chega a ser ridículo contemplar certas acusações furiosas e *desonestas* (abandonando a prova dos autos) feitas “em nome da sociedade”.

É justo registrar que entre os promotores mais jovens, funcionando em primeira instância, no Rio de Janeiro, temos encontrado uma nova mentalidade, maior capacidade de compreensão e desejo de atender a situações que exigem sensibilidade e respeito humano. Roberto Lyra fala de “acusadores exemplares” referindo-se a Galdino Siqueira e a Marcelo Heitor de Souza.

Traz, ainda, o livro vários trechos de acusações e de arrazoados, bem como passagens sobre a prova penal (sempre com a narração de casos), terminando com várias notas, valiosas, sobre a oratória forense, em que o autor foi, sem a menor dúvida, um dos maiores.

Como tudo o que escreve mestre Roberto Lyra, este livro é marcado pela contribuição original e pelo talento que o coloca como figura singular na literatura jurídica de nosso país.

H. C. F.

Roger Hood — Richard Sparks, *Problemas clave en criminologia*, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1970, 256 págs.

Os autores — Diretores adjuntos de Investigação do Instituto de Criminologia, Universidade de Cambridge — basearam-se no uso adequado de estudos criminológicos e em estatísticas, adotando, tão-somente, o enfoque empírico como método de alcance às conclusões científicas.

O livro é um estudo de oito pontos cruciais da criminologia: proporção de delinquentes ocultos; delinquentes oficiais e delinquentes ocultos; delinquentes sub-cultural e em bando; classificação dos crimes e dos criminosos; introdução ao processo de sentença; eficácia dos castigos e tratamentos; influência mútua entre o tipo de tratamento e o tipo de delincente; o efeito da pena de prisão.

As obras citadas e os gráficos foram escolhidos entre fontes americanas, britânicas e escandinavas, elaboradas dentro da mesma orientação empírica.

Os autores, como salientaram na introdução, trataram de resumir toda a investigação de valor levada a cabo sobre os pontos eleitos como chaves na criminologia.

Os primeiros capítulos estão dedicados ao cálculo da delinquência oculta e à comparação entre a delinquência oficial e a real.

Os resultados obtidos com a pesquisa da criminalidade oculta são de extrema importância para a teoria criminológica, cujos dogmas atualmente estabelecidos viram-se desafiados.

Um fator importante da delinquência, como relataram, citando a obra de H. Becker, é o fato de considerar-se e definir-se qualquer falta como algo especificamente criminal, em lugar de vê-la, por exemplo, como ousadia, indisciplina, sintoma de enfermidade mental ou compreensível rebeldia de adolescente.

Na Inglaterra, 15 a 25% dos crimes cometidos são registrados oficialmente.

Nos delitos sexuais, segundo Radzinowicz, é impossível, sequer o cálculo aproximado dos realmente praticados.

Antes da Lei de 1938, que regulou o aborto ilegal na Inglaterra, somente 250 casos, dos 50.000 a 100.000 cometidos na realidade, foram descobertos.

As investigações sobre os delitos contra estabelecimentos comerciais, procedidas pela “Comissão do Presidente” (EUA), concluíram que a maioria dos comerciantes considera a intervenção da polícia desvantajosa e preferem um tratamento menos formal e jurídico do caso.

Nos casos de cheques falsos chegou-se à mesma conclusão.

Não obstante os novos rumos da criminologia, aspirando o foro de uma ciência autêntica, independente dos conceitos da dogmática criminal (v. *Os rumos da Criminologia*, João Mestieri, RDP 6), o livro conduz o leitor a tentações invencíveis de críticas a institutos de Direito Criminal, das quais se abstiveram os autores.

Assim, as conclusões de estudos dos efeitos da prisão, através da pesquisa empírica, contrapõem-se aos tradicionais defensores da justiça da pena de prisão para os infratores das leis penais.

A teoria absoluta de Kant e Hegel, onde imposições de ordem moral e ética compõem o caráter retributivo e aflitivo da pena, como exigência absoluta de justiça, vê-se ainda presente na atualidade.

O “justo e proporcionado” castigo deixou de ser uma concepção imposta impunemente, para ser, definitivamente, medida, pesada, comparada e testada pelo empirismo dos criminólogos modernos, os quais constataram as consequências perenemente nocivas da prisão.

Deixando-se de lado Durkheim — citado e comentado — que expôs os contornos do caráter vingativo da pena, pode-se fazer a seguinte avaliação: — A pena retributiva imposta exaure-se no momento do término da sua execução. É mister, a partir daí, comparar o mal causado pelo delito e o mal deixado pela prisão para ser o caráter retributivo da pena de prisão coerente com a idéia de justiça preconizada.

Dentro desta perspectiva, o trabalho de Roger Hood e Richard Sparks constitui obra essencial na literatura especializada.

O livro no capítulo “efeito da pena de prisão” contém conclusões da seguinte validade: “... Pode-se dizer, inclusive, se nenhum outro dos fatores da cultura da prisão alteram a personalidade do recluso que permaneceu muitos anos nela, a influência destes fatores universais é bastante para converter um homem em características da comunidade penal e destruir sua personalidade até tal ponto que um ajuste feliz em qualquer outra comunidade resultaria pouco menos que impossível”.

A destruição da personalidade do preso não é, evidentemente, o que se almeja com a punição, que leva, no entanto, o castigo muito além da retribuição proporcional ao delito. Esta consequência constitui então uma *plus* desproporcionalizante.

A investigação sobre prevenção geral, abordada com precisão, considerou várias distinções entre as diferentes classes de crimes e delinquentes em poten-

cial. Aqui, a teoria relativa ou finalista, que justifica a pena com o Juízo de exemplaridade, viu-se, nos moldes vigentes, por sua vez, testada.

Como acentuaram os autores, não só a coação psicológica, exercida pela cominação penal, no sentido de obediência à norma, vem a ser o único aspecto questionável da prevenção geral.

Tanto os sociólogos como os juristas sustentam, freqüentemente, terem as sentenças penais um efeito preventivo geral ao afirmarem os valores sociais e consolidar o que Durkeim chamou de "consciência comum", diminuindo, ao mesmo tempo, o medo ao criar uma atmosfera de segurança na comunidade.

Na prática não foi possível comprovar a hipótese de Durkeim — a função primeira do castigo é confirmar os valores da "gente decente" — em crimes "ordinários", como por exemplo, o roubo.

Realmente, não existe uniformidade em matéria de crime e delinquentes, pois delitos como assassinatos e assaltos, que são, de um modo geral, nos países pesquisados, tipicamente impulsivos, ocasionados por distúrbios ou tensões emocionais, assim como outros delitos, como incesto, os quais têm o estigma da reprovação moral foram considerados menos suscetíveis de dissuasão do que as transgressões do código de circulação, os regulamentos mercantis e aqueles planejados racional e premeditadamente contra a propriedade.

As indagações sobre prevenção individual trouxeram problemas de ordem metodológica aos pesquisadores, como são as definições de êxito e fracasso e a duração apropriada para o período de prova.

Mas, constataram existência, afortunadamente, de evidência empírica de grande utilidade na prevenção individual. Vários estudos de Mannheim, Wilkins, Meclitock, do "Comitê Criminológico do Presidente", citados no livro, demonstraram ser a reincidência mais efetiva dentro dos cinco anos que seguem a sentença anterior.

Ressalvando as dificuldades que enfrentam os investigadores deste campo, e citando dezenas de outros trabalhos que chegaram às mesmas conclusões, o livro afirma a evidência das seguintes generalizações:

1 — A liberdade vigiada pode ser tão eficaz como o internamento para evitar a reincidência.

Babst e Mannheim analisaram 5.724 delinquentes masculinos em Wisconsin e compararam os índices de reincidência, em um período de dois anos, dos submetidos à liberdade vigiada e daqueles condenados à pena de prisão e postos em liberdade condicional. Quando o tipo de delito, experiência criminal e estado civil (fatores de maior peso para a predição de reincidência) eram constantes, observava-se que a eficácia da liberdade vigiada, no que se refere à reincidência, era igual à pena de prisão, e nos casos de delinquentes presos pela primeira vez era inclusive maior.

2 — O descobrimento mais importante do estudo de Hammond é que as multas e a decisão de não castigar são muito mais eficazes do que a liberdade vigiada ou a prisão, tanto em reincidentes como em delinquentes presos pela primeira vez, em todas as idades.

3 — Um período maior de prisão não é mais eficaz para prevenir a reincidência do que um curto. Os efeitos da pena de prisão estão condicionados deta-

lhadamente. Este capítulo aborda, sem dúvida, matéria de importância ímpar na criminologia.

Todos os outros capítulos mantêm o mesmo ritmo de informações e a mesma qualidade de comentários e observações.

O livro foi redigido com uma técnica expositiva precisa e ampla, onde a condensação e objetividade permitiram a abordagem de toda a universalidade da criminologia, o que faz deste compêndio uma obra obrigatória nas estantes dos estudiosos.

Arthur Lavigne

Olga Kogan Rosenblüt — Jaime Figueroa Araya, *El Delito Tributario*, Santiago, Chile, s/d, 217 págs.

Domingo Garcia Rada, *El Delito Tributario*, Lima, 1975, 366 págs.

A literatura técnica sobre o Direito Penal Fiscal é enriquecida, nesta parte do mundo, com o aparecimento dessas duas obras, que parecem constituir edições dos próprios autores. Quem conhece as dificuldades terríveis por que atravessa o mercado de livros no Chile e no Peru não se surpreende com o fato.

São, ambas, obras sem maiores ambições, cumprindo, no entanto, com suas finalidades exegéticas e informativas sobre o Direito Penal Tributário desses países.

Rosenblüt e Araya são (ou, provavelmente, foram) funcionários do Departamento de Investigação de delitos tributários, do serviço de impostos internos, no Chile.

Após brevíssima introdução, estudam as características do delito tributário, partindo da estrutura geral da teoria (clássica) do crime, examinando destacadamente as questões mais difíceis da responsabilidade penal, da autoria e da participação.

Em seguida, os autores estudam os diversos delitos contemplados no Código Tributário, bem como as sanções e o processo.

Domingo Garcia Rada é nome bem conhecido dos penalistas da América. Trata-se de antigo magistrado, ex-Presidente da Corte Suprema do Peru, atualmente professor principal e chefe do Departamento de Direito Público no programa acadêmico de direito da tradicional Universidade de San Marcos. Foi catedrático e Decano na ex-Faculdade de Direito da Universidade Católica, e a ele se devem várias obras jurídicas, entre as quais *Instituciones de Derecho Procesal Penal* (1965); *Manual de Derecho Procesal Penal* (em quarta edição, 1975) e *Sociedad Anónima y Delito* (1972).

Divide-se a obra em duas partes: na primeira, estuda o autor o fenômeno financeiro; o direito financeiro, o poder tributário, a obrigação tributária e o tributo. Ocupa-se, em seguida, do Direito Penal Financeiro; o ilícito administrativo e tributário, o delito financeiro, as sanções e a responsabilidade penal. A primeira parte conclui com o estudo das contravenções e do delito tributário.

Na segunda parte, o autor estuda exaustivamente cada figura de delito prevista no Código Tributário, com ampla informação doutrinária e jurisprudencial.

G. A. P.

Aníbal Bruno, *Crimes contra a Pessoa*, Rio de Janeiro, 1975, Editora Rio, 484 págs.

Surge a terceira edição, revista, deste *Crimes contra a Pessoa*, do Mestre Aníbal Bruno, obra em que estão presentes o rigor científico, a contenção e clareza que caracterizam todos os seus trabalhos.

O volume principia por uma exposição em torno daquilo que se convencionou chamar de parte geral da Parte Especial, com uma apreciação sucinta porém segura do conceito de bem jurídico (pág. 34) e do que poderia ser uma teoria geral dos tipos penais (pág. 42 e segs.), com especial referência ao problema de sua classificação (pág. 49).

Temos, em seguida, o exame dos crimes contra a pessoa, observando o volume a mesma sequência do Código Penal de 1964.

O estudo dos crimes contra a vida é enriquecido pela formação do A. (Aníbal Bruno graduou-se em Medicina, após concluído seu curso de Direito, e fez-se livre-docente da Faculdade de Medicina do Recife; sua tese foi "Contribuição ao Estudo da Fisiopatologia Constitucional"). Esta formação lhe permite discorrer com invulgar desenvoltura acerca de certos temas pertinentes aos crimes contra a vida, temas esses próximos e não raro dependentes de soluções médico-legais.

O estudo do homicídio cumpre mais uma vez o seu papel histórico de estimulante à colocação de questões gerais, e o capítulo a ele referente contém anotações que examinam sua justificação (pág. 89 e segs.), exculpação (pág. 96 e segs.) e ainda outros problemas, como o do erro accidental (pág. 98), concurso de agentes em crime culposos (pág. 117) etc. Discordamos, com o maior respeito, de nosso Mestre, na consideração que faz da aleivosia como "meio" (pág. 82) e não como modo de execução, bem como da conceituação por ele oferecida de "traição" (pág. 83), a propósito do que já expendemos opinião (cf. RDP 11/104). O problema da morte em intervenções cirúrgicas e jogos esportivos é pelo A. resolvido com recurso à teoria do risco permitido (pág. 94).

No que diz respeito ao crime de participação em suicídio, o A. se filia à consideração de que o resultado morte ou lesões corporais graves funciona como condição objetiva de punibilidade (pág. 143). Com relação ao infanticídio, não admite de forma alguma a possibilidade de participação no delito, sem expressa declaração legal (pág. 152).

O crime de perigo para a vida ou a saúde (pág. 213 e segs.) e os crimes contra honra (pág. 265 e segs.) são, igualmente, objeto de atenta apreciação, o mesmo ocorrendo com os crimes contra a liberdade individual (pág. 337 e segs.).

Como toda a obra de Aníbal Bruno, é esse livro indispensável aos estudiosos de Direito Penal.

Nilo Batista

Heleno Cláudio Fragoso, *Primeiras Linhas sobre o Direito Penal e o Processo Penal*, Rio, 1974, 60 págs.

O trabalho em epígrafe constitui o terceiro volume da série *Cadernos do Instituto de Ciências Penais*, cuja primeira publicação foi a *Teoria da Lei Penal*, de Aníbal Bruno e Nilo Batista. A segunda — *Esboço Histórico de Direito Criminal Luso-Brasileiro*, de Augusto Thompson, encontra-se no prelo. A série tem finalidade pedagógica, destinando-se a fornecer aos estudantes textos de iniciação, que realizem com eficácia e simplicidade o enfoque de questões dos programas regulares de Direito Penal e Direito Processual Penal. Nesse sentido, preenche clara lacuna na bibliografia jurídica, entre nós. O ICP, além dessa série, já editou mais de uma dezena de *cadernos mimeografados*, os quais se destinam aos estudantes da Faculdade Cândido Mendes. Tais cadernos se referem a textos complementares e a textos básicos, que cobrem certos pontos do programa.

Como explica o A., o texto que compõe estas *Primeiras Linhas* foi "originalmente preparado para publicação em francês, na coletânea organizada por Marc Ancel, sob os auspícios do Instituto de Direito Comparado, de Paris", sendo o trabalho "realizado segundo os critérios fixados pelo Prof. Sebastián Soler, que coordenou o preparo do volume relativo à América do Sul".

Contém o trabalho, além de introdução de caráter histórico, exposição sucinta sobre aplicação da lei penal, a infração penal e sua punibilidade, e sobre pena e medidas de segurança, cobrindo a parte geral. E, ainda, informação ligeira sobre alguns pontos relevantes da parte especial. O direito processual penal brasileiro é também apresentado a partir de breve resenha histórica, seguindo-se exame da organização judiciária e do procedimento.

O texto é simples e sucinto, proporcionando aos estudantes que se iniciam exata informação geral sobre o sistema do direito punitivo brasileiro. Nesse sentido pode ser adotado como primeira abordagem no estudo de disciplinas que serão desenvolvidas no curso jurídico.

G. A. P.

Enrique Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974, 178 págs.

Trata-se de texto simples, escrito com fins exclusivamente didáticos, em que a teoria do delito é exposta de forma segura e exata, com base na teoria finalista da ação. O A. reúne admiravelmente as condições exigidas para essa tarefa, pois estudou em Bonn (onde atualmente se encontra), no grupo a que pertence Wolfgang Schönke e que hoje é dirigido por Armin Kaufmann, após a retirada de Welzel, por motivos de saúde.

Seguindo o esquema já bem conhecido da teoria finalista, é que levou a dogmática jurídica nesse setor a níveis de excepcional perfeição técnica, Bacigalupo explica o conceito de ação, estudando, em seguida destacadamente o tipo penal e a adequação típica do crime comissivo doloso (inclusive a tentativa, a autoria e a participação) e a adequação típica no crime culposos. Separadamente, estuda o A. o crime omissivo, com todas as características que lhe são próprias.

Ao final do volume aparecem regras para solução de casos.

Este livro, juntamente com o de Enrique Cury (*Orientación para el estudio de la teoría del delito*), de que já demos notícia (RDP 11/12, 93), são obras preciosas para o leitor brasileiro, que normalmente não tem acesso aos trabalhos dos excelentes penalistas alemães a quem se deve a formulação da teoria finalista e o acabamento que modernamente alcançou.

H. C. F.

Código Penal Tipo para Latino-America, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 1973, t. I, 596 págs.; t. II, vols. I e II, 1.030 págs.

Aqui está o conjunto monumental de todos os materiais relativos à elaboração da Parte Geral do CPT para a América Latina, iniciativa do Instituto de Ciências Penais, de Santiago do Chile, então sob a direção de Eduardo Novoa Monreal.

A publicação se faz sob a direção do Prof. Francisco Grisolia, subsecretário executivo, e apresenta todos os documentos relacionados com o extenso trabalho.

No primeiro tomo está o texto do Código, inclusive a versão em português (preparada pelo Prof. João Bernardino Gonzaga e o autor desta resenha), bem como os documentos de trabalho preparados para a primeira reunião, que se realizou em Santiago, em 1963. A tal reunião estiveram presentes alguns dos maiores penalistas do continente, entre os quais os brasileiros Nélson Hungria e Basileu Garcia.

O primeiro tomo inclui referência minuciosa a todas as propostas, acordos, intervenções e documentos relacionados a cada artigo, bem como os acordos das várias reuniões plenárias (Santiago, 1963; México, 1965; Lima, 1967; Caracas, 1969; Bogotá, 1970; São Paulo, 1971) e os índices geral, analítico por matérias e onomástico, que permitem verificar todas as intervenções de todos os participantes.

O tomo II, que está dividido em dois volumes publica as atas das diversas reuniões, transcrevendo das gravações a intervenção de todos os participantes.

Esta revista já publicou, na íntegra, a versão portuguesa do CPT (RDP 7/8, 181). A leitura desse texto mostra que o resultado alcançado, infelizmente, não correspondeu ao esforço dos que se empenharam no árduo trabalho e que atenderam à esperançosa convocação chilena. Esse trabalho, no entanto, prossegue, com a Parte Especial, que dificilmente será concluída. A última reunião celebrou-se em Santiago do Chile, já sob o novo regime político e sob seus auspícios, e, por isso mesmo com o desfalque de várias comissões (entre as quais as do Rio de Janeiro e do México). Não seria possível trabalhar com a ausência de tantos colegas hoje exilados, entre os quais estão os que mais se empenharam na obra. Eduardo Novoa, no México; Álvaro Bunster, na Inglaterra; Sergio Politoff, na Alemanha e Juan Bustos, na Argentina.

Esta publicação, no entanto, independentemente da crítica que possam merecer os textos definitivamente aprovados, tem o alto mérito de registrar os debates como foram realizados, sendo, assim, inesgotável manancial de informações e ilustração científica.

Várias publicações foram feitas sobre o CPT. No México, em 1967 foi publicado, sob os auspícios da Academia Mexicana de Ciências Penais, o volume

correspondente à segunda reunião, e em Rosário, na Argentina, o que reunia as duas primeiras reuniões. Nossa antiga *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, publicou vários trabalhos de quem assina esta nota. O Prof. Jescheck escreveu, no belo volume em homenagem a Heinitz (de que brevemente daremos notícia), estudo comparativo entre o CPT e o direito penal alemão.

Uma bibliografia parcial sobre o assunto está incluída ao final do tomo I.

H. C. F.

Revue Internationale de Droit Pénal, 1973, ns. 3 e 4, 584 págs.

Este importante volume da revista, que é órgão oficial da Associação Internacional de Direito Penal, é inteiramente dedicado ao Colóquio celebrado em New York, em agosto de 1973, sobre o abuso de drogas e sua prevenção. A matéria constituía um dos temas oficiais do XI Congresso Internacional de Direito Penal, celebrado em Budapeste, em setembro de 1974, e a reunião de New York representou o colóquio preparatório que tradicionalmente antecede ao Congresso.

O volume foi preparado pelo Prof. Gerhard O. W. Mueller, organizador do Colóquio, na Universidade de New York, com a cooperação dos Profs. Cherif Bassiouni e Freda Adler. Nele aparece (em francês e em inglês) o relatório geral do Prof. Mueller, bem como os relatórios de representantes de 16 países. O conjunto constitui valiosíssima contribuição ao estudo do tema, sendo de consulta obrigatória para todos os que se interessam pela matéria.

H. C. F.

Revue Internationale de Droit Pénal, 1974, ns. 1 e 2, 386 págs.

Este volume é dedicado aos trabalhos do Colóquio que a AIDP realizou em Varna, Bulgária, em 1973, sobre "Evolução dos Métodos e Meios em Direito Penal", que constituía um dos temas do XI Congresso Internacional de Direito Penal. Reúne os diversos relatórios nacionais apresentados ao referido colóquio, bem como o trabalho final elaborado pelo Prof. Király, relator do tema no Congresso.

A matéria seria, de todas, a que maior atenção e interesse despertou no Congresso, pelas profundas transformações que atravessa a justiça penal de nosso tempo. Neste volume o leitor encontrará valiosa informação sobre a experiência de vários países e diferentes sistemas, antecipando e enriquecendo as conclusões estabelecidas no Congresso de Budapeste.

H. C. F.

Roxin-Stree-Zipf-Jung, *Einführung in das neue Strafrecht*, Verlag C. H. Beck, Munique, 1974, 138 págs.

A série de manuais editados pela Beck Verlag constitui, provavelmente, o mais importante conjunto de livros didáticos, empregados no ensino do direito na

Alemanha (*Schriftenreihe der Juristischen Schulung*). Esta série é completada, pela mesma editora, com a dos pequenos tratados para o estudo do direito, que são, em realidade, excelentes compêndios (*Kurzlehrbücher für das Juristische Studium*). Nesta última, a parte de Direito Penal é representada pelo *Studienbuch* de Mezger há longos anos, o qual, após a morte do grande mestre, vem sendo atualizado por Hermann Blei, com quem o autor desta nota trabalhou, como professor visitante da Universidade de New York, em 1967. A parte de processo penal é representada pelo famoso compêndio de Eduardo Kern.

Essa produção editorial de alta categoria, destinada ao ensino do direito, constitui um dos sinais característicos da cultura jurídica, que falta, infelizmente, entre nós. Raramente aparecem bons compêndios.

Com a reforma parcial do CP alemão, que entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1975, através da segunda lei de reforma do Direito Penal, profundas alterações foram introduzidas. Como se sabe, a parte geral é inteiramente nova e a lei de introdução acrescentou também alterações na parte especial e no processo.

Antes do aparecimento de novas edições de compêndios, comentários e tratados, surge este pequeno volume, fadado a grande sucesso, reunindo monografias de quatro professores, dos quais dois (Roxin e Stree) estiveram ligados ao projeto alternativo do CP.

O texto é, em geral, apresentado com simplicidade e clareza, com referência, no entanto, a toda a literatura moderna.

Claus Roxin (professor em Munique) escreve sobre a omissão, o dolo e a culpa *stricto sensu*, a tentativa e a participação. Walter Stree (professor em Münster), escreve sobre a antijuridicidade e a culpa. Heinz Zipf (professor em Mannheim), a quem se devem diversos estudos sobre a pena de multa, extremamente valiosos, escreve sobre as consequências jurídicas do delito, terminando por interessante apreciação de conjunto do novo Direito Penal, do ponto-de-vista da Política Criminal.

O volume se encerra com o trabalho de Heike Jung, sobre a reforma penal na lei de introdução, expondo as alterações da parte especial, várias das quais de grande interesse (como, por exemplo, a dos delitos de bagatela contra o patrimônio, matéria que, nos últimos tempos tem sido bastante discutida). Examina também o A. a parte processual da lei de introdução.

É, pois, obra fadada a grande sucesso, nesse período de transição. Para os estrangeiros, é particularmente valiosa, porque proporciona de forma simples e concisa uma visão de conjunto de todo o novo Direito Penal em vigor na Alemanha.

H. C. F.

ABREVIATURAS USADAS

AC	— Apelação Criminal
AJ	— Arquivo Judiciário
ANÍBAL BRUNO	— ANÍBAL BRUNO, <i>Direito Penal</i> , Forense, Rio de Janeiro, vols. 1 a 4
Arquivos	— 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 CLÁUDIO FRAGOSO, <i>Lições de Direito Penal</i> , José Bushatsky Editor, São Paulo, vols. 1 e 2 (1962); vols. 3 e 4 (1965)
FRAGOSO, <i>Jur. Crim.</i>	— HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, <i>Jurisprudência Criminal</i> , 2.ª ed., Borsoi, Rio de Janeiro, 1973, 2 vols.
ESPÍNOLA FILHO	— EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, <i>Código de Processo Penal Brasileiro. Anotado</i> , Borsoi, 1954, vols. 1 a 8
HC	— Habeas Corpus
HUNGRIA	— NELSON HUNGRIA, <i>Comentários ao Código Penal</i> , Forense, Rio de Janeiro, vol. I, tomos 1 e 2 (1958); III (1959);

LCP
MAGALHÃES NORONHA

MANZINI

RC

RDP

RECr

RevC

RF

RHC

RJ

ROCr

RT

RTJ

SOLER

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

STF

STM

TA

TFR

TFR Jurispr.

TJ

Advocacia administrativa. Configuração do delito.

O crime de advocacia administrativa, previsto no art. 321, CP de 1940 (que o CP de 1969 denomina de *patrocínio indébito*, art. 358) não é apenas um crime próprio, ou seja, não basta, para sua configuração que o agente seja funcionário público. É indispensável que o patrocínio de interesse privado perante a Administração Pública se faça, *valendo-se o agente da sua qualidade de funcionário*. De outra forma não se atingiria o bem jurídico que aqui procura a lei preservar.

Decidindo a AC n. 2.520, a 3.^a Turma do TFR, relator o eminente Min. Aldir Passarinho, por unanimidade assentou: "Advocacia administrativa. Não é suficiente para a tipificação desse crime que tenha havido o patrocínio de interesse privado, direta ou indiretamente, perante a Administração Pública, mas sim, para tanto, é necessário que o servidor se tenha valido de sua qualidade de funcionário" (DJ de 2.9.75, pág. 6.196).

Bons antecedentes. Apelação em liberdade.

Importante aspecto da aplicação da Lei n. 5.941/73 foi decidido pela 2.^a C. Crim. do TARJ, no julgamento do HC n. 4.021, que teve por relator o culto Juiz Octávio Pinto.

O acusado fora condenado pelo juiz de primeiro grau à pena de reclusão

por um ano, pela prática de estelionato, sem que a sentença se referisse expressamente a seus antecedentes. Fazendo prova de ter exercido regularmente cargos em empresas idôneas, de ser benquisto entre seus pares e merecer a confiança de superiores, de ser casado e pai de filhos, o acusado requereu lhe fosse deferido o direito de apelar em liberdade. Sucede que sua folha de antecedentes penais registrava dois casos, ambos passados há quase dez anos: um inquérito, arquivado (rixa), e um processo, concluído por absolvição (lesões corporais culposas). Entendeu o juiz inferior de não conceder-lhe o direito de apelar em liberdade, daí originando-se a impetração do *writ*.

O Tribunal, acompanhando o voto do ilustre Relator, concedeu unanimemente a ordem, reiterando mais uma vez o entendimento de que não basta qualquer anotação na folha de antecedentes penais para que, desde logo e irremissivelmente, se tenha por estabelecido ser o réu portador de maus antecedentes.

Não são poucos os problemas colocados pela definição do que possam ser "bons antecedentes".

Uma coisa, todavia, é certa: o exame do passado judicial do réu é apenas uma fração (sem dúvida importante, mas fração) das áreas a serem apreciadas.

Bento de Faria já recomendava que se devesse examinar "o seu comportamento (do réu), a extensão de suas

relações, a consideração e o respeito que lhe são manifestados nesse ambiente, a atenção manifestada ao seu lar, a assistência e carinho dispensado à família”, acrescentando: “como bem observa Nélson Hungria, também devem ser pesquisados os antecedentes judiciais(...)” (*Código Penal Brasileiro*, Rio, 1961, vol. III, pág. 7).

ANÍBAL BRUNO igualmente recomenda seja verificado “sua inclinação ou repugnância ao trabalho ou a outras atividades honestas” (*Comentários ao Código Penal*, Rio, 1969, pág. 95).

No mesmo sentido é a lição do grande Costa e Silva, para quem a conceituação de bons antecedentes seria extraída não só dos “antecedentes penais e judiciais” mas também “da vida anterior do mesmo réu, do procedimento contemporâneo ou posterior deste, e das condições de vida individual, familiar e social do mesmo” (*Comentários ao Código Penal Brasileiro*, São Paulo, 1967, pág. 188).

Costa e Silva endossava, na passagem citada, o magistério de Manzini, que da mesma forma, após mencionar os “*precedenti penali e giudiziari*”, indicava a observação “*dalla condotta e dalla vita del reo prima del reato; dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; dalle condizioni di vita non solo individuali e famigliare, ma altresì sociale del reo*” (*Trattato di Diritto Penale Italiano*, Turim, 1950, vol. III, pág. 17).

O que se vê, portanto, é que os bons antecedentes defluirão de uma apreciação globalizante da vida anterior do acusado, não se podendo cingir a um só aspecto (um eventual desajuste familiar, um eventual traço anti-social, um eventual precedente judicial etc.).

Dessa forma, poder-se-á falar em antecedentes péssimos, maus, bons e ótimos.

E foi Hungria quem falou: “Os antecedentes a que se refere o art. 42 são todos os fatos ou episódios da vida antecedente do réu, próximos ou remotos (...). Tanto os maus e os péssimos antecedentes, como os bons e os ótimos” (*Novas Questões Jurídico-Penais*, Rio, 1945, pág. 155).

Hungria, após anotar que “embora sem antecedentes judiciais, um indivíduo pode ter uma vida pontilhada de deslizes, de pequeninas infâmias ou faltas morais”, mencionava que “pode acontecer igualmente que um indivíduo com antecedentes judiciais já tenha praticado atos de benemerência ou de especial valor social” (*loc. cit.*). E concluía, cunhando sua fórmula famosa: “Ao juiz compete extrair-lhe a conta-corrente, para ver se há saldo credor ou devedor” (*loc. cit.*).

Da lição de Hungria, conjugada ao ensinamento comum dos autores, se extraem duas conclusões importantes. Em primeiro lugar, a de que a idéia de bons antecedentes não corresponde à de pureza absoluta, apanágio dos santos e de uns poucos cidadãos virtuosos, mas sim a uma valoração positiva, numa escala que vai da apreciação de péssimos antecedentes à de ótimos antecedentes: havendo “saldo credor”, há bons antecedentes, por modesto que seja o saldo. Em segundo lugar, a da relatividade dos antecedentes judiciais, que verdadeiramente (até pelo princípio da presunção de inocência) só podem fornecer uma fração das informações necessárias à composição de um quadro geral da conduta do acusado, a partir do qual se procuraria definir e avaliar seus antecedentes.

A decisão que ora comentamos orientou-se neste sentido, e nos parece corretíssima. Outros julgados já haviam optado por essa inclinação.

Assim é que a E. 3.^a C. Crim. do Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara, julgando o HC n. 29.738, em 18.7.74, afirmou: “Concessão da ordem de *habeas corpus* para que o recorrente possa aguardar em liberdade a decisão sobre seu recurso, se se trata de réu primário, cujo pedido foi denegado em face dos maus antecedentes de sua folha penal, esta registrando, contudo, apenas duas contravenções do art. 32 do CPP, de ambas resultando processos em que foi absolvido” (DO de 14.11.74, relator o ilustre Des. Olavo Tostes Filho).

No mesmo sentido orientou-se a E. 2.^a C. Crim. do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, ao decidir o HC n. 3.695, do qual foi relator o eminente Juiz Raul Ribeiro. Consignou a ementa: “Art. 594 do Código do Processo Penal (redação da Lei n. 5.941, de 1973). Os bons antecedentes a que se refere o dispositivo não significam, necessariamente, ausência de referência a processos anteriores” (DO de 17.4.75, III, pág. 1.517).

É claro que os antecedentes judiciais devem ser considerados, porém por si só não podem possuir eles o condão de destruir o que seja representado por anos e anos de vida honesta, laboriosa e socialmente ajustada.

É preciso reagir, neste terreno, ao equívoco do qual participou Manzini — de que uma absolvição anterior por insuficiência de prova seja necessariamente um dado negativo na avaliação dos antecedentes. A prova que foi insuficiente, foi insuficiente para demonstrar a responsabilidade criminal do réu: isso abrange aqueles que te-

riam a responsabilidade (e foram beneficiados pela insuficiência dos meios probatórios) e aqueles que não teriam a responsabilidade (ainda que a prova dos fatos fosse plena). Generalizar a conclusão de que, em tais casos, pode-se ter um fator negativo na avaliação dos antecedentes, é equiparar, com grave injustiça, e cegamente, situações em tudo diversas. Se o juiz da causa não pôde decidir, o juiz de outra causa não deve poder firmar opinião sobre aquilo que já se considerou irresolúvel. (Nota de Nilo Batista).

Cheque sem fundos. Novação.

Interessante hipótese foi levada a julgamento da 1.^a C. Crim. do TJ do antigo Estado da Guanabara, no julgamento da AC n. 61.797, relator o eminente Des. Valporé Caiado.

Tratava-se de cheque sem fundos dado em pagamento de duplicata, sendo a dívida objeto de novação antes do oferecimento da denúncia. O credor, no entanto, reteve o cheque e o protestou, uma vez descumprido o novo contrato. A Câmara, por maioria, reconheceu extinta a punibilidade, vencido o ilustre Des. Pires e Albuquerque (DO de 24.7.75, 119, do *apenso*).

A decisão, que é, a nosso ver, exatíssima, tem a seguinte ementa, que bem historia a hipótese: “O emitente entregou o cheque em pagamento de uma duplicata. Pouco depois de ser verificada a falta de fundos, o emitente celebrou um acordo com a firma lesada, mediante o qual pagou, por conta do título, a quantia de Cr\$ 140,00, ficando de pagar o restante do valor do cheque (Cr\$ 499,74) a prestações suaves. Todavia, tornou-se inadimplente e a credora, agora, pela dívida civil, decorrente da novação

civil da obrigação, que extinguiu a ordem ao portador, consubstanciada no cheque pago em parte, protestou o extinto saque bancário, causando, deste modo, a instauração da ação. Ora, como descrito, à data da denúncia já não mais subsistia o cheque como ordem de pagamento à vista, resultando daí a inexistência de justa causa para a referida ação penal, eis que a situação se fixava como idêntica àquela do emitente que paga a totalidade do valor do cheque, anteriormente à denúncia. Provimento do recurso para absolver o acusado”.

Crime de funcionário público. Defesa preliminar. Nulidade.

O art. 514 do CPP, que se insere no capítulo que rege o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, estabelece: “Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou a queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias”.

Trata-se de um benefício processual, instaurado em vista da circunstância de que o funcionário público se encontra comumente exposto a acusações infundadas. Em nome disso, institui-se uma condição suplementar e especial ao recebimento da denúncia, que consiste num aprofundamento imediato do exame de mérito, permitindo-se uma antecipação do contraditório, expressa numa defesa preliminar. Nenhuma razão existe para que tal regime somente se aplique, como estipula a lei, aos crimes afiançáveis: ensina Frederico Marques, vol. III, pág. 332, que “tal distinção tem sido mui justamente censurada por alguns autores”. No

mesmo sentido, Magalhães Noronha, frisando que *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio* (cf. *Curso de Direito Processual Penal*, 1964, pág. 395), e Espínola Filho, vol. V, pág. 180.

A preterição de tal formalidade constitui, como ensinam os autores e a jurisprudência dos tribunais, nulidade. Em verdade, a preterição de tal formalidade vem a violar a própria garantia constitucional da ampla defesa, pela deformação do devido processo legal, com a supressão de um dos recursos inerentes à defesa (CF, art. 153, § 15).

Os Tribunais sempre endossaram esse entendimento (RF 211/318; 205/349). Reza a ementa dessa última decisão: “Causam nulidade absoluta a inobservância do rito próprio do processo de funcionário público e a omissão de prazos à defesa e à acusação” (RF 205/349).

O TJSP, pela unanimidade dos integrantes de suas Câmaras Criminais Conjuntas, deferiu *habeas corpus* em situação idêntica, assinalando que “suprimindo a resposta escrita a que alude o art. 514 da lei penal adjetiva, não só altera o juiz o rito estabelecido para as infrações em que cabe tal providência, como acarreta também *cerceamento à defesa*” (RT 386/78). Havia, no caso em foco, dois acusados, respondendo um por crime inafiançável e outro por crime afiançável. O Tribunal entendeu que “suprimindo a resposta escrita, com o despacho de recebimento da denúncia, o magistrado não alterou apenas o rito para acomodar ao do outro denunciado por peculato doloso, mas *afetou a defesa do paciente*” (RT 386/79).

A decisão, da qual foi Relator o ilustre Des. Ferreira Prado, menciona e desenvolve a íntima implicação da

situação com o problema constitucional da ampla defesa.

Inúmeros acórdãos perfilham o mesmo entendimento. Assim, o TJRS, no julgamento da AC n. 4.149, tendo por relator o Des. José Silva, proclamou: “anula-se *ab initio* o processo por crime de responsabilidade de funcionário quando haja desobedecido ao rito processual próprio porque ocorre *evidente cerceamento da defesa*” (RT 228/331). O simples fato do Juiz não apreciar a matéria de defesa apresentada na devida ocasião, constitui por si nulidade, conforme decisão do TJSP, ao decidir o HC n. 85.062, do qual foi Relator o ilustre Des. Cantidiano de Almeida (RT 371/54).

Merece ainda menção primoroso julgamento do TACrimSP, proferido no julgamento da AC n. 24.840, Relator o Juiz Sabino Neto. Afirmou o acórdão que “as leis do processo são o complemento das garantias do processo. Sendo instituto de direito público constitucional, o rito do processo crime não permite dispensa de formalidade que a lei enumera, e muito menos transigência ou substituição de forma, máxime se o procedimento a ser observado contém regras mais amplas para a defesa do réu” (RT 424/388).

Esse entendimento foi igualmente consagrado pelo Supremo Tribunal Federal (RF 169/326). Destaque-se trecho do voto do Min. Nélson Hungria: “É um preceito especial, peculiar ao processo dos crimes funcionais, precisamente para evitar a um funcionário público o vexame de ser exposto aos trâmites de um processo que *ab initio* se revela infundado”.

Hipótese interessante surge quando o funcionário público responde por um delito inafiançável e um outro afiançável.

A prevalência do rito ordinário, segundo o princípio comum de processo, não nos parece a solução acertada, e isso porque o rito especial prevê um *benefício*, que não pode ser suprimido sem que se esteja, ao mesmo tempo, cerceando a amplitude da defesa garantida pela lei (o “recurso inerente à defesa”, para usar a linguagem da Constituição).

Já se decidiu que “a alteração do rito processual adequado, passando do mais amplo ao mais restrito, constitui nulidade insanável, que não se convalida, sequer, pela falta de arguição oportuna” (RF 334/330). O melhor será permitir que o acusado apresente defesa preliminar com respeito ao delito afiançável, consoante recomendava antiga decisão, endossada pelo magistério de Espínola Filho: “Se a denúncia se refere a vários crimes de reclusão e a um só de detenção, para este terá o funcionário direito a vista dos autos” (RT 277/174). (Nota de Nilo Batista).

Defesa deficiente.

Carulli principia seu belo livro (*Il Diritto di Difesa dell'Imputato*, Nápoles, 1967) recordando preciosa observação de Glaser (*Handbuch des Strafprozesses*, Leipzig, 1885, vol. II, pág. 223), segundo a qual a história do processo penal é a história da defesa. Com efeito, a índole de uma legislação processual penal pode ser desde logo apercebida, pela verificação da natureza e limites que atribua à defesa do réu: o réu-objeto do regime inquisitório se transforma no réu-sujeito do regime contraditório na exata proporção em que sua defesa, de inerme espectador, passa à condição de contribuinte ativo do conflito processual.

A Constituição Federal assegura aos acusados o direito de ampla defesa (art. 153, § 15), princípio que, de forma explícita, remonta à Constituição de 1891 (art. 72, § 16: “a mais plena defesa”), e esteve presente em todas as cartas, com a exceção explícita da de 1937, que se referia tão-só às “necessárias garantias de defesa” (art. 122, n. 11).

É mister, pois, que a lei ordinária assegure aos acusados a ampla defesa que lhes garante a Constituição. Consoante bem observa Pontes de Miranda, não existe um conceito apriorístico de defesa: “mas existe algo de mínimo, aquém do qual não mais existe defesa” (*Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo, 1971, V, pág. 234). O processo penal brasileiro atende, sem qualquer dúvida, ao mandamento constitucional, por mais críticas que possam merecer alguns aspectos que setorialmente subsistam como vestígios de uma filosofia processual cunhada pelo autoritarismo.

Todavia, na estipulação de oportunidades de defesa, e de participação efetiva na produção de provas, temos a rigor um aspecto *formal* da atividade defensiva. Bem pode ocorrer, e desgraçadamente ocorre, que a defesa, dispondo dos recursos que lhe são inerentes, e das oportunidades que lhe faculta a lei processual, não se exerça efetiva ou eficazmente, por desídia ou despreparo daquele que foi investido em suas funções. Ou seja: embora satisfeitas as formas, não houve, numa perspectiva já agora *substancial*, o exercício da defesa.

Os autores brasileiros que versam a matéria podem ser divididos em dois grandes grupos: aqueles que consideram suficiente a presença formal da defesa, e aqueles que exigem a presença

formal e substancial da defesa. Como representante do primeiro grupo, mencionáramos Espínola Filho, vol. III, pág. 252 para quem “é indiferente o grau de eficiência da defesa ou mesmo a abstenção desta, pois do mesmo modo que *nemo tenetur se detegere*, também não é obrigado a defender-se...”

O segundo grupo pode ser representado por Frederico Marques, vol. II, pág. 423 o qual ressalva que “se estiver evidente a inércia e desídia do defensor nomeado, o réu deve ser tido por indefeso e anulado o processo desde o momento em que deveria ter sido iniciado o patrocínio técnico no juízo penal”.

Esta última posição nos parece, a todas as luzes, a mais correta. Poder-se-ia afirmar, mesmo, que é ela a posição de nossa lei processual penal, face à existência de expressa disposição a respeito, na disciplina dos processos de competência do júri (art. 497, n. V do CPP); nenhuma razão pode ser oposta à trasladação desse princípio para os demais processos. Ninguém duvida de que o juiz singular disponha, na condução dos trabalhos que lhe são afetos, de várias das atribuições que o art. 497 confere ao juiz presidente do júri, quando cabíveis. Sobretudo, que obscuros e insondáveis motivos teriam levado o legislador a pretender que apenas o acusado por crime doloso contra a vida tivesse direito a defesa eficiente, contentando-se, nos demais casos, com a só aparência e forma de defesa?

Por ocasião da III Conferência Nacional da Ordem dos Advogados, realizada em Recife, em 1968, foi aprovada a conclusão de trabalho apresentado por Heleno Fragoso, com a seguinte redação: “Todo cidadão tem direito a defesa *efetiva*, sendo nulos os processos

em que esta faltar. Isso se aplica também aos casos de defensores escolhidos pelo acusado” (cf. *Anais*, Recife, 1970, pág. 162).

Assinalando que o STF vinha procedendo à anulação de processos nos quais o defensor dativo se descurara da defesa, “deixando de fazer o que lhe competia para propugnar pela inocência do réu” (cf. RTJ 36/198) e acrescentando que essa regra prevalece ao direito americano (cf. John Carey, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1966, n. 172, pág. 88), assim se fundamentava a conclusão proposta: “Não tem o Estado, como dizia Carrara mais interesse na condenação dos culpados do que na absolvição dos inocentes. A defesa, no processo penal moderno, constitui interesse público, que transcende as conveniências do acusado para projetar-se na perspectiva da reta administração da justiça. Por isso mesmo, o defensor não atua como representante do réu. Suas funções são mais largas e mais amplas. Como afirma Müller-Meiningen (“Der Verteidiger im heutigen Strafrecht”, no volume *Schuld und Sühne*, 1960, pág. 53), a sociedade que punisse arbitrariamente estaria irremediavelmente comprometida e fadada à dissolução. A defesa é, nesse sentido, autêntico órgão de controle de autoproteção social (*in diesem Sinne ist die Verteidigung ein Kontroll-organ des gesellschaftlichen Selbstschutzes*). A defesa é, em suma, como ensina de modo insuperável Eberhard Schmidt (*Deutsches Strafprozessrecht*, 1967, pág. 51), um órgão da administração da justiça e não mero representante dos interesses do acusado. E isso porque ela se exerce, substancialmente, para a preservação e tutela de valores e interesses do corpo social, sendo assim garantia de

proteção da própria sociedade (*Garantie zum Schutz der Gesellschaft*) (cf. *Anais*, cit., 153).

Darcy Arruda Miranda (*Repertório de Jurisprudência do Cód. Proc. Penal*, II, págs. 656/663, n. 1.294-C), aludindo ao art. 261 do CPP, afirma com exatidão: “O dispositivo expressa um imperativo de *defesa* e não da pessoa física do defensor. E o âmbito dessa defesa abrange a atuação viva do defensor dentro do processo, devendo o seu modo de agir estar em adequação perfeita com a prova apurada. Do contrário, se a *presença física* do defensor no processo fosse bastante para o cumprimento do mandamento legal, desnaturado estaria o instituto da defesa e comprometida a liberdade do acusado, no caso de desídia daquele”.

No mesmo sentido é o magistério de Romeu Pires de Campos Barros (*Lineamentos do Direito Processual Penal*, 1967, I, pág. 197), enfatizando que a defesa deve ser entendida como *defesa efetiva*: “Tanto é esse o traço marcante de nosso direito, que, em outra passagem deixa o Código evidente que o juiz deverá velar por essa garantia do direito de defesa. Isso ocorre quando atribui ao Presidente do Tribunal do Júri o dever de verificar se a defesa se efetivou, cumprindo-lhe declarar que o réu está indefeso, conforme o caso, até se lhe facultando a dissolução do conselho e a nomeação de defensor (art. 497, n. V). De nada adiantarão longas alegações finais se estas não se alicerçam nas provas dos autos, quando tais provas poderiam ser produzidas pelo defensor, que descurou de requerê-las com a defesa prévia ou no prazo para diligências. A defesa deverá ser avaliada no seu conjunto e não na instantaneidade de um simples ato, pois a defe-

sa se integra pela prática dos diversos atos que a compõem”.

A jurisprudência brasileira sempre se inclinou visivelmente para essa posição. Assim, o TJRS, no julgamento da AC n. 12.406, da qual foi Relator o Des. Baltasar Barbosa, assentou que “não é apenas quando o réu não tem defensor que se verifica a negação da garantia assegurada no § 25 do art. 141 da Constituição Federal, mas também quando o defensor nomeado se desinteressa pela causa. Não compete ao juiz fiscalizar a ação do advogado, mas quando é manifesto que não houve a defesa que as circunstâncias impõem, é de se anular o processo” (RF 166/363).

É a orientação de inúmeros julgados (RF 167/420, 128/585). Nesta última decisão referida, a 2.^a C. Crim. do TJMG, no julgamento da AC n. 4.820, tendo por Relator o Des. José Alcides Pereira, já proclamava que “a inércia do advogado, nomeado defensor, nada fazendo em favor dos acusados, importa em nulidade do processo. Não haver sido nomeado defensor ou nada fazer o nomeado é a mesma coisa” (RF 128/585).

A gama de situações que podem surgir, revelando seja por desídia, seja por despreparo — a deficiência da defesa é verdadeiramente impressionante e irreduzível a um quadro geral, seja no que respeita à defesa penal, seja à defesa processual, para valer-nos a dicotomia, entre outros, de Foschini (*Sistema del Diritto Processuale Penale*, 1956, vol. I, pág. 22).

Assim é que ao TASP foi submetida hipótese em que o defensor alegara em favor do réu tão-só a extinção da punibilidade pela prescrição, aduzindo que, “ante a liquidez dessa preliminar, o mérito do processo não merecia estudo”.

Sucedem que não ocorrera prescrição alguma, e o réu foi condenado. A 3.^a C. Crim. daquele Tribunal, tendo por Relator o Juiz Machado Alvim, unanimemente anulou o processo, por ter sido o réu “condenado indefeso, com flagrante violação do cânone do art. 141, § 25 da Constituição de 1946” (RT 380/201).

Ao TJSP, em Câmaras Conjuntas Criminais, tocou resolver hipótese em que, na oportunidade de alegações finais, o defensor dativo se limitou a dizer que “diante da prova produzida, o acusado pede seja feita a costumeira justiça”. Decidindo o HC n. 93.376, impetrado em favor desse acusado, o TJSP, em decisão da lavra do ilustre Des. Humberto da Nova, concedeu por unanimidade de votos a ordem, ressaltando: “Não basta que o acusado tenha um defensor. É necessário que este lhe dê assistência efetiva” (RT 394/53).

O mesmo TJSP, e o mesmo Relator, reafirmaram tal posição no julgamento do HC n. 99.894, que se referia a processo no qual as alegações finais em favor do réu eram inexpressivas. Afirmou o Tribunal: “As alegações finais são da essência do contraditório penal, e a ausência das mesmas ou seu cunho absolutamente inexpressivo, que a tanto se equivale, fere o princípio constitucional de defesa ampla” (RT 405/77).

Vê-se, pois, que nem basta a manifestação defensiva que seja pura forma, ao gênero do “espera o réu a costumeira justiça”, nem basta um esforço maior, que signifique não obstante uma peça inexpressiva. A defesa que não aborda os aspectos essenciais mínimos do processo é defesa deficiente. Nesse sentido, é a seguinte decisão, ainda do TJSP, proferida no HC n. 92.593: “Nulo é o processo, se ressalta logo a precariedade da defesa ofertada

por defensor dativo que deixou de abordar elementos importantes dos autos, que favoreciam o réu” (RT 390/73).

O Supremo Tribunal Federal sempre foi sensível a esta questão. A 1.^a Turma, no HC n. 43.011, Relator o eminente Min. Evandro Lins e Silva, assinalava que “o exercício da defesa é indeclinável injunção da lei, que não se preenche apenas com a nomeação meramente formal de um defensor” (RTJ 36/198).

No HC n. 43.965, decidido pela 2.^a Turma, Relator o ilustre Min. Adalício Nogueira, por unanimidade foi a ordem concedida, porque o paciente “foi desassistido, no desdobrar de todo o processo, de defesa que se exercitasse em moldes satisfatórios e convenientes” (RTJ 43/70).

No HC n. 43.501, decidido pela E. 1.^a Turma, Relator o eminente Min. Oswaldo Trigueiro, por unanimidade foi a ordem concedida para anular o processo por falta de defesa efetiva (RTJ 38/581). A mesma 1.^a Turma concedeu por unanimidade o HC n. 44.214, relator o eminente Min. Lafayette de Andrada, afirmando que “a deficiência na defesa dá ensejo à concessão da medida pleiteada”.

Sobre a viabilidade de verificar-se se os pontos mínimos essenciais em favor do réu foram abordados, tem-se a decisão unânime da 2.^a Turma, da qual foi Relator o saudoso Min. Adaucto Cardoso: “Sendo manifesta a negligência com que se houve (o defensor), deixando de aproveitar elementos de iniludível vantagem para a defesa, é de se conceder o *habeas corpus* para o fim de anular o processo a partir da defesa” (DJ de 20.9.68, pág. 3.701).

Um caso em que o defensor do réu somente arrolara testemunhas, em seu favor, por ocasião das alegações finais, chegou à Corte Suprema, através do

RHC n. 48.976, do qual foi Relator o culto Min. Amaral Santos. Unanimemente deu-se provimento ao recurso, frisando o Tribunal: “Tratando-se não de simples deficiência, mas de absoluta falta de defesa, que se fez presente nos autos em caráter meramente formal, concede-se a ordem para anular o processo” (RT 433/462). Apesar da cláusula restritiva (“Tratando-se não de simples deficiência” ...), é claro que a decisão equipara a defesa deficiente à falta de defesa. Sem dúvida, não basta qualquer deficiência; é aqui que ingressará em cena o caso concreto, com suas exigências peculiares, e a sensibilidade do magistrado, que passa a ser, um pouco, juiz das possibilidades defensivas de que dispõe o réu.

A distinção que alguns fazem entre o caso do defensor dativo e o do defensor constituído não nos parece cabível. Em qualquer situação, é mister que haja defesa eficiente, provenha ela do defensor de confiança, ou do defensor dativo. Ao defensor constituído não pode ser conferida a singular posição de poder, pela inércia, desídia ou despreparo, burlar a garantia constitucional da ampla defesa. (Nota de Nilo Batista).

Deformidade permanente.

Decidindo a AC n. 10.127, a 1.^a C. Crim. do TARJ, relator o ilustre Juiz Nunes de Miranda, assentou: “A deformidade permanente é para ser definida penalmente tendo-se em vista seu portador, seu meio social, bem como a presença já existente de outras deformidades. A deformidade que se apresentar na epiderme de outras partes menos visíveis, como o terço superior de um dos braços é absorvida por qualquer cicatriz já existente na face”

(DO de 5.9.75, pág. 9.066). Veja-se, a propósito, Nilo Batista, *Notas sobre a deformidade permanente* (RDP 9/10).

Estupro com violência real. Ação penal pública.

Filiando-se à melhor corrente jurisprudencial, entendeu a 3.^a C. Crim. do TJ do antigo Estado da Guanabara, na AC n. 61.415, relator o ilustre Des. Wellington Pimentel, por unanimidade, que a ação penal, no crime de estupro praticado com violência real, é pública, e independe de representação, por ser o crime complexo (CP, art. 103). (DO de 24.7.75, pág. 119, do *apenso*).

No sentido da decisão já se pronunciou o STF. Cf. Fragoso, *Jur. Crim.* n. 209.

Estupro. Presunção de violência. Debilidade mental da vítima.

Não prevalece a presunção de violência, nos crimes contra a liberdade sexual, em caso de debilidade mental da vítima (art. 224, b do CP), se não se demonstra que o agente conhecia esta circunstância. Não basta aqui o dolo eventual.

No sentido da lição comum dos autores decidiu a 3.^a C. Crim. do TJ do RJ na AC n. 27, relator o ilustre Des. Braga Land: "Estupro. Presunção de violência. Inocorrência. Debilidade mental da vítima. Não conhecimento da mesma pelo acusado. Exige a lei penal que a debilidade mental da vítima seja conhecida do agente para que se faça presente a presunção da violência. Não basta o dolo eventual para a configuração do estupro em tal hipótese. Faz-se mister a prova de que o agente conhecia a deficiência mental da ofendida" (DO de 2.10.75, pág. 217).

Falsidade ideológica. Registro policial de ocorrências.

Em processo aforado à 19.^a Vara Criminal, no Rio de Janeiro, o MM. Juiz em exercício, decidindo ação penal (Processo n. 28.326/74), entendeu que o acusado havia cometido o crime de falsidade ideológica, porque havia determinado falso registro de ocorrência num distrito policial, relativo a acidente de trânsito que havia causado.

Para evitar a instauração de ação penal, assegurando, no entanto, o recebimento de indenização do seguro, a que tinha direito, o acusado afirmou falsamente à autoridade que não houve vítima no acidente. Em verdade, haviam sofrido lesões corporais leves o motorista de outro veículo, com o qual colidiu o do acusado, bem como a filha deste, que seguia em seu carro.

Pedimos licença para divergir. Na hipótese, a nosso ver, não há falsidade documental.

O *falsum* documental constitui, sem dúvida, uma das questões mais difíceis e intrincadas do Direito Penal, conduzindo, por isso mesmo, com frequência, a graves equívocos. Ao apresentar, em 1887, a Exposição de Motivos do projeto de Código Penal italiano, o Min. Zanardelli dizia desta matéria que era *sottile e intricata* e o grande mestre Carrara dela afirmava ser *proteiforme e complessa*. Chaveau-Hélie, por seu turno, em seu famoso tratado aludiam à falsidade documental como *matière plus épineuse*, que se apresenta *enveloppée d'une certaine obscurité*.

Não há, na hipótese, falsidade ideológica, pela razão extremamente singela de que o autor de um fato punível não tem o dever jurídico de declarar a verdade à autoridade policial.

Em consequência, falta ao documento formado com as declarações presta-

das *capacidade probatória* quanto ao conteúdo, não podendo existir, portanto, ofensa à fé pública.

Prática falsidade ideológica quem omite em documento público ou particular declaração que dele *devia* constar, ou quem nele insere ou faz inserir declaração falsa ou diversa da que *devia ser* escrita.

A doutrina é unânime em reconhecer que tal crime não pode existir sem o precedente dever jurídico de declarar a verdade.

Pietro Mirto (*La Falsità in Atti*, Giuffrè, Milão, 1955, pág. 279) ensinava que a *punibilidade do falso ideológico corresponde à obrigação da verdade*; somente quem tem a obrigação da verdade pode ser considerado responsável a título de falso ideológico, porque somente quando existe tal obrigação de verdade o documento inspira fé no seu conteúdo, e só assim, pela fé inerente ao conteúdo do documento pode haver falsidade ideológica como crime documental.

No mesmo sentido, Manzini, vol. VI, pág. 776: "Se tal dever não existe é manifesto que suas declarações não podem exigir a fé pública (a qual, portanto, não é violada pela falsidade) e o ato não se pode considerar destinado a provar a verdade dos fatos atestados pelo declarante".

Antolisei (*Manuale di Diritto Penale*, Milão, Giuffrè, 1954, vol. II, pág. 489) também afirma: "*Le falsità ideologiche, invece, per essere sottoposte a pene, oltre alla rilevanza giuridica, esigono una speciale condizione: richiedono che l'autore del falso sia venuto meno all'obbligo giuridico di attestare o far risultare il vero*".

Resumindo a lição comum, diz o nosso Magalhães Noronha, vol. IV, pág. 211, que "pelos próprios dizeres finais

do artigo em exame, é mister haver o dever jurídico de dizer a verdade".

Nenhum dever jurídico tem o autor de fato punível de incriminar-se dizendo a verdade à autoridade policial. Este enunciado, por sua evidência primária, dispensaria qualquer demonstração. Não temos dúvida em situá-lo ao nível da garantia constitucional do direito de defesa.

A Constituição Americana, na 5.^a emenda, resultante, como se sabe, do *Bill of Rights*, consagra o direito de todo cidadão de não ser obrigado a incriminar a si mesmo ("*No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*"). A Corte Suprema já declarou que esse privilégio da 5.^a emenda constitui o suporte essencial do sistema americano de perseguição criminal. É que o poder público, em consequência, está constitucionalmente compelido a provar a culpa do réu por elementos obtidos livre e independentemente, não podendo através do constrangimento, obter a prova contra o acusado de sua própria boca ("*and may not by coercion prove charge against an accused out of his own mouth*"). Cf. Hall-Mueller, *Criminal Law and Procedure*, Bobbs-Merrill, Indianápolis, 1965, pág. 829.

Os mesmos autores referem outra decisão da Suprema Corte na qual o conteúdo do privilégio foi explicitado. Ele não somente se refere a declarações que em si mesmas justificariam uma condenação, mas também abrange quaisquer outras que pudessem fornecer um elo à cadeia de provas necessárias para perseguir: "*The privilege afforded not only extends to answers that would in themselves support a conviction ... but likewise embraces those which would furnish a link in the chain evidence needed to prosecute*".

Nosso mestre Nélson Hungria, vol. IX, pág. 280, ensina: “Igualmente, não cometerá falsidade quem, para defender-se em qualquer processo, faz declaração não correspondente à realidade (o direito de defesa compreende até mesmo o direito de mentir).”

E Manzini, vol. VI, pág. 776 pergunta: “Quem jamais pensaria, por exemplo, que as declarações de um acusado no interrogatório sobre fatos ofendessem à fé pública?”

Chaveau-Hélie (*Théorie du Code Pénal*, Paris, 1861, vol. II, pág. 338), por igual, anota: “*Le prévenu qui allégué dans son interrogatoire des faits faux pour se disculper, et qui prend même par écrit un faux nom, ne commet point une altération de la vérité dans le sens de la loi. La raison de cette décision est, suivant la cour de cassation, qu'il n'est point astreint par la loi à déclarer ce qui pourrait être à sa charge, et que les mensonges qu'il emploie pour se disculper rentrent dans le cercle de sa défense*”.

Aí está. As declarações falsas feitas pelo autor de um crime à autoridade integram o direito de defesa. Veja-se também, incisivamente, Soler, vol. V, pág. 336, que alude ao “derecho a lutar para su propia salvación”, depois de afirmar categoricamente que: “*El sujeto debe estar jurídicamente obligado a decir la verdad*”.

O registro de ocorrência policial não tem capacidade probatória quanto ao conteúdo. Este é outro aspecto que, na hipótese, exclui o crime de falsidade ideológica.

O documento é juridicamente tutelado enquanto constitui meio de prova. A essência do documento repousa na sua capacidade de servir de prova documental (Borettini, *Il documento nel Diritto Penale*, Milão, Cedam, 1936, pág. 218).

Por isso mesmo é indispensável a sua “aptidão probatória” ou a sua “destinação probatória”, elementar à “função de prova” (*Beweisfunktion*) do conteúdo do documento (Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht*, Berna, Verlag Stämpfli, 1974, pág. 483).

Como diz Paul Logoz (*Commentaire du Code Pénal Suisse*, Partie Speciale, Neuchâtel, Delachaux et Niestré, 1955, pág. 545), “a ação delituosa significa registrar em documento autêntico fato que tenha relevância jurídica que o documento seja destinado ou próprio a provar”.

Exemplifica dizendo que não é tal figura de delito aplicável às declarações inexatas feitas ao oficial de justiça ... porque o depoimento documentado pelo funcionário não é destinado nem próprio a fazer prova nesse sentido (“*car le procès-verbal dressé par le greffier n'est ni destiné, ni propre à faire preuve à cet égard*”).

O que o registro de ocorrência policial documenta é o fato de que as declarações foram feitas à autoridade, não a veracidade das declarações.

Estudando a matéria *ex-professo*, Pisapia (“L'obbligo giuridico di attestare il vero e l'art. 483 CP”, in *Studi di Diritto Penale*, Milão, Cedam, 1956, 88), afirma: “*Il fatto che l'atto prova pienamente è solo dell'avenuta attestazione e non fià il contenuto della attestazione stessa*”.

Repetindo a lição comum, Carnelutti (*Teoria del Falso*, Milão, Cedam, 1935, pág. 132): “*Il fatto che l'atto prova è soltanto la attestazione*”, ou seja: “*Il fatto che una data dichiarazione è stata resa*”.

Como se percebe, na perspectiva da capacidade probatória do ato impugnado, distingue-se a prova da declaração como tal (*Aeusserungen als solche*) das

meras mentiras escritas (*Schriftliche Lügen*), penalmente indiferentes (*strafrechtliche bedeutungslos*), que ocorrem quando essas declarações não são verdadeiras (Stratenwerth, ob. cit., pág. 483).

Não pode, em consequência, haver falsidade ideológica praticada por parte de quem faz a declaração falsa à autoridade, mesmo que não se tratasse do autor de fato punível.

Referindo-se expressamente a atos processuais, Chaveau-Hélie (ob. cit., pág. 338) afirmam: “*la loi n'incrimine les fausses déclarations de faits qu'autant qu'elles interviennent dans les actes qui avaient pour objet de les constater*”. E concluem que os atos processuais que consignam falsas declarações das partes têm apenas por objeto constatar o que as partes disseram e não a verdade de suas asserções (“*ces actes de procédure n'ont pour objet que de constater les dires des parties, et nullement la vérité de leurs assertions*”).

Podemos concluir referindo a informação que nos dão Schönke-Schröder em seus preciosos comentários (*Strafgesetzbuch Kommentar*, Munique, Beck Verlag, 1972, pág. 1.460), de que a Corte Suprema Federal alemã já decidiu que não há o crime de falsidade ideológica, previsto no § 271 do CP, na mentirosa afirmação feita nos registros de comunicações da polícia (*Melderegister der Polizei*).

“Habeas corpus”. Convite para comparecimento à Delegacia Policial.

Excelente decisão proferiu a 2.^a C. Crim. do TJ do antigo Estado da Guanabara, no RHC n. 29.886, relator o eminente Des. Pedro Lima. Declarou-se a ilegitimidade de constrangimento da autoridade policial, obrigando o cida-

dão a comparecer à Delegacia para prestar esclarecimentos que nada tinham a ver com o fato delituoso.

“*Habeas corpus* impetrado a fim de não se ver o paciente constrangido a comparecer perante autoridade policial, para prestar esclarecimentos que não se relacionam com investigação de ilícito penal. Provimento do recurso interposto de decisão denegatória e concessão da ordem” (DO de 24.7.75, pág. 120 do *apenso*).

Legítima Defesa. Provocação.

A 3.^a C. Crim. do TJ do antigo Estado da Guanabara decidiu na AC n. 61.819, relator o ilustre Des. Wellington Pimentel, que “não pode alegar legítima defesa quem se acha precedentemente em estado de ilegitimidade. O agente que provoca e dá início à briga, não pode arguir defesa legítima” (DO de 24.7.75, pág. 121 do *apenso*).

Ficou vencido, e, a nosso ver, *data venia*, com a boa doutrina, o ilustre Des. Cavalcanti de Gusmão. A provocação não exclui a legítima defesa.

Nesse sentido, é uniforme a opinião dos autores, com exceção dos que comentam o Código espanhol e os códigos de vários países sul-americanos, que sofreram a influência deste.

O nosso Hungria (*Comentários*, vol. 1, pág. 459), ensina: “A provocação do agredido não elimina, perante o Código atual, a injustiça da agressão. Não é compreensível que a provocação, que jamais passou de atenuante, ou, quando muito, de uma causa de facultativo perdão judicial em casos excepcionais, tenha, na disciplina da legítima defesa, a virtude de elidir, até mesmo o crime do provocado”.

Aníbal Bruno (*Direito Penal*, vol. I, pág. 369), não discrepa dessa opinião: “Não seria conforme ao direito que a provocação inicial do agente o reduzisse a ficar sem defesa, à mercê de toda violência do agressor”.

No mesmo sentido, Costa e Silva (*Código Penal*, pág. 168).

Entre os autores italianos, basta mencionar Bettiol (*Diritto Penale*, 6.^a ed., pág. 290): “*Nessuna norma penale consente al provocato di uccidere il provocatore*”.

Vejase também, Antolisei (*Manuale di Diritto Penale*, 1955, pág. 211): “*L'aggressione è ingiusta anche se provocata dall'agredito, in quanto la provocazione non esclude l'illiceità del fatto*”.

Na mesma orientação, Mezger (*Tratado*, trad., vol. I, pág. 455): “*Tambien puede el atacado defenderse legitimamente contra las agresiones culpables (de las que es culpable) e incluso contra las provocadas por el*”.

O excelente Maurach (*Deutsches Strafrecht*, 3.^a ed., pág. 265) também afirma que “é antijurídica igualmente, a agressão provocada pelo agredido, seja culpável ou sem culpa” (*Rechtswidrig ist endlich auch der von Angegriffenen, sei es schuldhaft oder schuldlos, provozierte Angriff*).

Resumindo as lições de Merkel, Binding, Frank, Liszt-Schmidt e tantos outros, Schönke-Schröder (*Strafgesetzbuch Kommentar*, 12.^a ed., pág. 378), asseveram: “A antijuridicidade da agressão não é afastada pelo fato de a ter o agredido culposamente causado, inclusive através de provocação” (*ebensowenig durch Provokation*).

Não prevalece mais a orientação de nosso direito anterior, que subordinava a legítima defesa, à “ausência de provocação que ocasionasse a agressão”

(Código de 1890, art. 34, n. 4). Afastou-se com isso a complicada distinção que procuram fazer os autores espanhóis, sobre provocação *suficiente* ou *grave* (cf. Soler, vol. I, pág. 369 e Asúa, *Tratado*, vol. IV, pág. 246, que, para afastar a exigência legal, termina propondo o critério da não exigibilidade).

Lesão corporal grave.

As conseqüências de maior gravidade previstas nos §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 129 não são elementos constitutivos de um crime autônomo de lesões corporais graves, mas, sim, *condições de maior punibilidade*. Não é necessário que esses resultados mais graves tenham sido queridos pelo agente. Nos casos de perigo de vida e aborto, exige-se que o agente não tenha querido, nem mesmo eventualmente, o resultado mais grave, pois cometeria outro crime (tentativa de homicídio ou aborto). Se na lesão corporal seguida de morte houvesse dolo, direto ou eventual, em relação ao resultado mais grave, o crime seria evidentemente o de homicídio.

O resultado mais grave é imputado ao agente em vista de seu propósito de causar uma ofensa física à vítima e da evidente possibilidade de resultar uma lesão mais grave de qualquer violência pessoal. Aplica-se o princípio *vulnera non dantur ad mensuram*. Não se trata, todavia, de responsabilidade objetiva ou pela simples causação material do evento mais grave. A imprevisibilidade do resultado ou o caso fortuito, excluem a configuração da lesão corporal grave. O agente responderia, nesses casos, pela lesão simples.

É defeituoso o sistema do CP vigente, equiparando para o mesmo trata-

mento penal as hipóteses em que o resultado mais grave é intencional ou doloso e aqueles em que é meramente culposo. Há, evidentemente, diverso merecimento de pena entre as diversas situações. Causar intencionalmente a perda da visão é coisa muito distinta de provocar esse resultado trágico por mera inconsideração de conduta e sem pretender jamais alcançá-lo.

O CP de 1969 corrigiu a falha, acolhendo a crítica cerrada que a propósito fizemos (cf. Heleno C. Fragoso, “A reforma da legislação penal”, *Rev. Bras. Crim. Dir. Penal*, n. 4, jan.-mar., 1964, pág. 98). Depois de prever as lesões graves e gravíssimas causadas dolosamente (art. 131, §§ 1.º e 2.º), punindo-as com penas severas, a nova lei contém disposição genérica sobre os casos de resultado mais grave culposo, aqui prevista inclusive a morte (art. 131, § 3.º). É o sistema do CP suíço (arts. 122 e 123), do CP grego (art. 310), do CP alemão (§ 225), etc. Vejase também o nosso novo CPM (art. 209, §§ 1.º e 2.º).

As lesões graves previstas pelo § 1.º do art. 129 do CP verificam-se quando da ofensa resulta:

- 1 — Incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias;
- 2 — perigo de vida;
- 3 — debilidade permanente de membro, sentido ou função;
- 4 — aceleração de parto.

A duração da enfermidade ou da incapacidade para o trabalho é critério antigo para o reconhecimento da gravidade das lesões, embora tenha variado o lapso de tempo adotado pelas leis penais. O Código Penal francês em sua primitiva redação era particularmente severo, pois o fixava em 20 dias, cominando a pena de dez anos de reclusão. Os Códigos sardo e toscano,

estabeleceram o prazo de 30 dias. Atualmente vários códigos estabelecem o prazo de 40 dias (ex., o italiano) e, outros, o de 30 dias (ex., o argentino).

A incapacidade por *trinta* dias, como lesão corporal grave, já era contemplada pelo nosso Código imperial (“inabilitação de serviço por mais de um mês”, art. 205) e pelo primeiro CP republicano (“incômodo de saúde que inabilite o paciente do serviço ativo por mais de trinta dias”, art. 304, parágrafo único).

Deve haver incapacidade (física ou psíquica) para as *ocupações habituais*, e não somente para o trabalho. Não se atende apenas à atividade econômica, pois se trata, como diz Néelson Hungria, vol. V, pág. 315, de *conceito funcional*. Mesmo a incapacidade relativa (isto é, a possibilidade de executar algumas de suas ocupações habituais, mas não todas) configura a agravante. Se a vítima puder retornar às suas ocupações habituais, ainda que não esteja de todo curada, antes de 30 dias, não há lesão corporal grave, a menos que ocorra qualquer outra das causas previstas na lei. Por outro lado, o fato de ter tido *alta* não significa que a incapacidade tenha cessado. Alta quer dizer apenas licença para deixar o hospital (RF 162/323, 169/432). Afirmam em geral, os autores, que a lei penal somente considera as ocupações habituais *lícitas*, argumentando com o interesse social da inabilidade para as ocupações ilícitas (cf. Manzini, vol. VIII, pág. 213; Aníbal Bruno, vol. IV, pág. 207). Trata-se, porém, apenas, de um critério (empírico, aliás) para medir a gravidade de uma ofensa à integridade física, parecendo circunstância estranha ao escopo da norma a *natureza* da ocupação da vítima.

É de mister que a incapacidade seja por mais de trinta dias, sendo, assim, necessário que ultrapasse o trigésimo dia. Inclui-se na contagem o dia do começo (art. 9 do CP).

A verificação de que ocorre incapacidade para as ocupações habituais tem de ser *atual*, logo que decorra o prazo de trinta dias, a contar da data do crime (art. 168, § 2.º do CPP). Não é possível afirmar que ela ocorre mediante um *prognóstico* ou *previsão*, devendo ser feito exame de corpo de delito complementar. A jurisprudência é, nesse sentido, iterativa (RF 138/257, 142/398, 144/476, 149/413, 146/439, 146/431, 185/335, 207/347 etc.). Por outro lado, também é inadmissível o exame complementar realizado muito após os trinta dias, quando já cessou a incapacidade (RF 140/479, 200/262, 208/301) ou realizado antes de completar-se o prazo (RF 198/287). Em casos excepcionais, de lesões evidentemente graves, os tribunais têm admitido a ausência do exame complementar, que pode ser suprido pela prova testemunhal (art. 168, § 3.º do CPP). Cf. RDP 2/124; RT 166/550; RJ 15/291 e 15/314. Veja-se também a lição de José Frederico Marques, vol. IV, pág. 205.

Qualquer que seja a duração da lesão, será ela grave, desde que tenha resultado *perigo de vida*, que significa probabilidade grave e imediata de morte.

Insurgia-se Carrara, *Programma*, § 1.439, contra a admissão do perigo de vida como agravante do crime de lesões corporais, ensinando que o dano, em tal caso, limitar-se-ia totalmente ao passageiro temor que o enfermo ou sua família puderam experimentar. O perigo não é, porém, apenas uma apreciação subjetiva, mas, um trecho da realidade, ou seja, uma situação objeti-

va, em face da qual se pode afirmar com segurança a probabilidade de dano. Não há dúvida de que o perigo de morte é critério seguríssimo para estimar-se a gravidade de uma lesão corporal.

O perigo de vida não se presume. Não basta que um ferimento, por sua sede ou extensão, apresente, em regra, perigo de vida. É necessário que no caso concreto a probabilidade de morte tenha-se verificado, pelo surgimento de um processo patológico diante do qual seja possível afirmar ser provável a morte da vítima. Isto é o que se chama de perigo concreto e real. Um perigo virtual ou potencial não bastaria (RF 154/425, 158/372, 187/359). A *duração* do perigo de vida é irrelevante, bastando que num breve espaço de tempo haja ele ocorrido (RF 187/356, 188/334, 214/312).

É importante observar que o perigo *deve resultar da lesão corporal* e não das circunstâncias em que ela foi causada (o disparo de arma de fogo que atingisse levemente parte vital do organismo, não constituiria o perigo de vida exigido para dar gravidade à lesão). Como é óbvio, o perigo de vida deve ser declarado por perícia médica, não estando o juiz, porém, adstrito ao laudo.

Não basta a simples afirmação dos peritos de que houve perigo de vida (RF 146/439, 155/407, 203/323, 204/336, 212/382; RT 453/399; RTJ 70/91); salvo quando se trata de lesão que pela própria fenomenologia ou pela localização dos ferimentos recebidos deva ser tida logo como produzindo perigo de vida (RF 164/357). Em outras palavras: impõe-se que os peritos indiquem no laudo como se configurou o perigo de vida, descrevendo os sintomas que o determinaram (RF 205/349) ou os

fenômenos que o acarretaram, ainda que em determinado instante (RF 180/351, 184/300). O laconismo do laudo, todavia, pode ser suprido pela descrição de lesões que são evidentemente graves e perigosas, como, por exemplo, os ferimentos que causam ruptura de ossos cranianos e produzem compressão cerebral (RF 208/296); as lesões penetrantes no abdome (RF 205/340) ou na região peitoral esquerda (RF 153/435). Cf. RF 151/425, 200/270 e 208/285.

O que importa fixar é que o perigo de vida não resulta apenas da natureza e sede das lesões, mas da probabilidade de morte no decorrer do processo patológico por elas gerado (RF 154/425, 203/323). E que não basta, em regra, que os peritos se limitem a afirmar a ocorrência de tal perigo, sem efetivamente o demonstrar. Sobre a necessidade de fundamentação da existência do perigo de vida, veja-se RF 163/464 e 165/428. Nem o estado de choque nem o estado de coma são sinais certos de perigo de vida (RF 146/439, 167/377).

O perigo de vida deve ser efeito imediato da lesão, pois constitui critério para aferir a sua gravidade. Não se exige que seja contemporâneo do evento, desde que se situe como efeito imediato da lesão, como quadro patológico no momento do exame (RF 145/431). Não se exige exame complementar (RF 161/400, 169/382, 182/341, 185/367).

A lesão será igualmente, grave, se dela resultar *debilidade permanente* de membro, sentido ou função. Debilidade significa redução na capacidade funcional. *Membros* são os apêndices do corpo (braços e pernas). *Sentidos* são os mecanismos sensoriais por meio dos quais percebemos o mundo exterior (tato, audição, visão, olfação e gustação). *Função* é a atividade de um órgão ou

aparelho. As principais funções são: circulatória, respiratória, digestiva, secretora, reprodutiva, sensitiva e locomotora.

Para que se reconheça a debilidade permanente, não é preciso, como diz Maggiore, vol. II, pág. 779, um diagnóstico absoluto de perpetuidade, nem desaparece a debilidade permanente com a eventual correção através de aparelhos artificiais (RF 212/381).

A *aceleração de parto*, prevista no n. IV do § 1.º do art. 129 do CP, significa antecipação do nascimento, sendo portanto, indispensável que o feto seja viável, nasça e permaneça vivo. Se houver a morte do feto, haverá aborto e a lesão corporal será gravíssima (art. 129, § 2.º, n. V). Para que se configure o agravante, é indispensável que o agente tenha tido ou devesse ter tido conhecimento da gravidez da vítima e que a aceleração de parto resulte efetivamente da lesão corporal. O CP de 1969 excluiu a aceleração de parto dos resultados que tornam a lesão corporal grave, orientação correta.

Prisão administrativa. Empresa pública.

Não pode a prisão administrativa ser decretada pelos diretores de empresas públicas. Essa prisão é regulada pelo DL n. 3.415, de 10.7.41, não podendo ser ampliados os seus pressupostos. Cf. Fragozo, *Jur. Crim.*, n. 365.

O TFR, no RHC n. 3.604, da 2.ª Turma, relator o eminente Min. Décio Miranda, decidiu, por empate na votação: "Prisão administrativa. Cabe sua decretação aos chefes de repartição pública, contra remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com dinheiros a seu cargo (CP, art. 319; DL n. 3.415, de 10.7.41). Não podem de-

cretá-la diretores ou agentes de empresa pública que têm poderes de gestão, mas não o *jus imperii* da autoridade pública" (DJ de 19.8.75, pág. 5.802).

Prisão preventiva. Inquérito devolvido à polícia.

Pode o Ministério Público requerer a prisão preventiva, e, ao mesmo tempo, a devolução dos autos à autoridade policial para conclusão do inquérito policial, e ver deferidas suas pretensões? A resposta, a nosso ver, é não.

Já se decidiu que depois de decretada a prisão preventiva do indiciado, "não deve o inquérito ser devolvido à autoridade policial a fim de serem continuadas as investigações, porque, se os autos fornecem elementos que autorizam a custódia, com mais forte razão autorizam a denúncia" (RF 213/411).

A questão é, em realidade, simples.

O art. 10 do CPP dispõe que "o inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente". O § 3.º deste artigo prevê a hipótese que na prática judiciária é tratada como "baixa", nos seguintes termos: "§ 3.º — Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos para ulteriores diligências, que serão realizadas no prazo marcado pelo juiz".

Verifica-se desde logo que uma das condições para que se dê a devolução dos autos é não se encontrar preso o indiciado.

Espínola Filho, vol. I, pág. 294, versando a hipótese, menciona que "o delegado (...) poderá, não estando preso o indiciado, pleitear uma prorrogação (do prazo)".

De maneira incisiva e clara, ensina Tornaghi: "A faculdade, conferida às autoridades, de pedir a devolução dos autos, está condicionada ao fato de estar o acusado solto" (Comentários ao Código de Processo Penal, vol. I, t. 1.º, pág. 182).

Não pode haver devolução de autos de inquérito à polícia com o indiciado preso: os únicos caminhos de que dispõe o Ministério Público, em tais casos, consistem ou em oferecer denúncia, ou, liberados os indiciados, requerer a baixa para complementação. Vejamos ainda a lição de Tornaghi: "O Ministério Público pode pedir a devolução dos autos do inquérito à polícia para novas diligências. Em caso de atendimento do pedido, o prazo para a denúncia começará a correr da data do novo recebimento, desde que o réu esteja solto. Desta ressalva, feita pela própria lei, se concebe que, estando o réu preso, o prazo para a denúncia se conta da data do primeiro recebimento, e se ao fim dele, isto é, após cinco dias, não há denúncia e sim pedido de devolução, o réu deve ser posto em liberdade" (op. cit., vol. I, t. 2.º, pág. 93).

Sempre se entendeu ser essa a solução imperativa, e Ary Franco lembrava que "o não oferecimento da denúncia, no prazo fatal de cinco dias, importará na liberdade do réu, ou por ato do juiz, ou por *habeas corpus*" (Código de Processo Penal, Rio, 1960, vol. I, pág. 137).

O cabimento do remédio heróico é igualmente lembrado por Espínola Filho, vol. I, pág. 440: "É de salientar que estando o réu preso, o não oferecimento da denúncia nos cinco dias faz se torne ilegal o constrangimento ao qual está submetido, pelo que deverá ser solto, até mediante *habeas corpus*".

A jurisprudência sufraga caudalosamente este entendimento: desde julgados mais antigos, citados por Espínola Filho (vol. I, pág. 440), até mais recentes, referidos por Fragoso, *Jur. Crim.*, n. 270. (Nota de Nilo Batista).

Recurso em liberdade. Lei n. 5.941.

A Lei n. 5.941, que alterou a redação do art. 594 do CPP, infelizmente, vem sendo aplicada pelos tribunais sem a amplitude que seria desejável. Essa lei orienta-se no sentido de afastar, tanto quanto possível, o delinqüente primário e de bons antecedentes, da prisão, antes de definitivamente julgado.

É claro, no entanto, que essa lei não pode ser aplicada naqueles casos em que ao recorrente já havia sido aplicada a prisão provisória, seja a prisão em flagrante de crime inafiançável, seja a prisão preventiva. Nesse sentido, fixou-se a jurisprudência. Vejam-se as decisões da 3.ª C. Crim. do TJ do antigo Estado da Guanabara, relator o ilustre Des. Olavo Tostes Filho, nos HC ns. 30.174, 30.270 e 29.941 (DO de 24.7.74, pág. 120 do *apenso*).

Reincidência. Prova.

A reincidência não se prova com as meras anotações da folha de antecedentes, sujeitas, como se sabe, a incorreções e omissões. A reincidência prova-se através de certidão expedida pelo órgão que impôs a condenação tornada irreversível.

Nesse sentido decidiu a 2.ª Turma do TFR, relator o eminente Min. Jarbas Nobre, no HC n. 3.283, por maioria: "Não se admite o reconhecimento da reincidência com folha de antecedentes, sim com certidão passada por cartório" (DJ de 2.9.75, pág. 6.194).

Responsabilidade objetiva. Delito de circulação.

No julgamento da AC n. 1.219, a C. Crim. do TARJ, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso para condenar o acusado. Poucas vezes se verá um exemplo tão nítido de responsabilidade objetiva, e é suficiente a transcrição da ementa: "Incide na reprovação penal por manifesta culpa o motorista que, imprudentemente, admite passageiros em carroceria de caminhão, fato vedado pelas leis específicas do trânsito ante a insegurança do transporte nessas condições, de tal sorte que, por qualquer dano sofrido pelo conduzido responde o condutor imprevidente ainda quando não lhe caiba culpa direta pelo evento final". Foi relator da decisão, que nos parece incorretíssima, o ilustre Juiz Adolphino Ribeiro (DO de 28.5.75, III, pág. 3.435).

O único raciocínio jurídico que poderia conduzir à condenação, face a tal quadro de fatos, seria o seguinte: "*qui in re illicita versatur etiam pro casu tenetur*", raciocínio que, como é sabido, desde as Decretais vem perdendo prestígio assustadoramente. Autores italianos, notadamente os tecnicistas, não poderiam aqui ser invocados, porquanto o Código italiano prevê uma hipótese de culpa *in re ipsa* (na "inobservância de leis, regulamentos, ordens ou disposições"), que por felicidade é desconhecida do direito brasileiro. (Nota de Nilo Batista).

Revelia. Inexiste se a ausência do réu for justificada.

Declara-se a revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixa de comparecer sem motivo justificado (CPP,

art. 366). Não há, portanto, revelia, se o réu justifica sua ausência, de modo a afastar a rebeldia que configura a contumácia.

Decidindo o HC n. 51.034, a 2.^a Turma do STF, relator o eminente Min. Bilac Pinto, assentou: "Falta de intimação. Existindo motivo justificado para o não comparecimento do acusado ao interrogatório, não se decreta sua re-

velia. Ausência de intimação do réu para os atos processuais, com ofensa ao princípio do contraditório. Cerceamento de defesa" (DJ de 19.10.73, pág. 7.868).

No mesmo sentido decidiu a 1.^a C. Crim. do TA do antigo Estado da Guanabara, no HC n. 3.781, relator (para o acórdão) o ilustre Juiz Orlando Leal Carneiro (DO de 8.7.75, pág. 5.645).

LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

MANOEL PEDRO PIMENTEL

1. Introdução ao estudo da Legislação Penal Especial
2. Crimes contra a Economia Popular (Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951)
3. Crimes de usura pecuniária e real
4. Disposições comuns aos crimes contra a economia popular
5. Crimes falimentares — Noção e divisão
6. Dos crimes falimentares em espécie — Análise do art. 186 da Lei de Falências
7. Dos crimes falimentares em espécie — Análise dos arts. 187 e 188 da Lei de Falências
8. Da prescrição dos crimes falimentares
9. Dos crimes contra a liberdade de imprensa — Conceito e divisão
10. Dos crimes contra a honra — Análise
11. Do direito de resposta
12. Da responsabilidade sucessiva

211 págs. brochura — 1972

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78
01501 — São Paulo, SP