

INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAS DO
RIO DE JANEIRO

Rua Paulino Fernandes, n.º 32, 1.º andar
Botafogo — Rio de Janeiro — RJ

* * *

ALEXANDRE GABRIEL GEDEY
ARTHUR LAVIGNE
CLÁUDIO RAMOS
CELSO FERNANDO DE BARROS
DELPHIM SALUM DE OLIVEIRA
EDERSON DE MELO SERRA
HELENO CLÁUDIO FRAGOSO
HEITOR COSTA JR.
HUGO GONÇALVES GOMES FILHO
HORTÊNCIA CATUNDA DE MEDEIROS
JOÃO MESTIERI
JUAREZ CIRINO DOS SANTOS
JUAREZ TAVARES
JOAQUIM DIDIER FILHO
LUIZ FERNANDO DE FREITAS SANTOS
MARIA CRISTINA PALHARES DOS ANJOS
NILO BATISTA
PEDRO ROTA
RAPHAEL CIRIGLIANO FILHO
SÉRGIO VERANI
SÍLVIO MOACIR DE AMORIM ARAÚJO
TÉCIO LINS E SILVA
VIRGÍLIO LUIS DONNICCI
YOLANDA CATÃO

REVISTA DE DIREITO PENAL

ÓRGÃO OFICIAL DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAS
DO RIO DE JANEIRO

Ns. 19/20

JULHO-DEZEMBRO DE 1975

Sérgio Fragoso
Rio de Janeiro

REVISTA DE DIREITO PENAL

Órgão Oficial do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro
Faculdade de Direito Cândido Mendes

Diretor: Prof. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO

Redator-Chefe: Prof. NILO BATISTA

Secretário: Prof. ARTHUR LAVIGNE

Redatores: Prof^a YOLANDA CATÃO

Prof. JOÃO MESTIERI

Prof. LUIZ FERNANDO DE F. SANTOS

Prof. HEITOR COSTA JÚNIOR

Prof. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS

CONSELHO DE REDAÇÃO

Arthur Lavigne, João Mestieri, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Heitor Costa Júnior, Heleno Cláudio Fragoso, Luiz Fernando de Freitas Santos, Nilo Batista, Yolanda Catão.

* * *

Colaboram neste número:

Alcides Munhoz Neto, da Universidade do Paraná

Arthur Lavigne, da Faculdade de Direito Cândido Mendes

Damásio E. de Jesus, da Faculdade de Direito de Bauru

Fernando Fragoso, advogado

Heleno Cláudio Fragoso, da Faculdade de Direito Cândido Mendes

Heitor Costa Júnior, da Faculdade de Direito Cândido Mendes

J. E. Hall Williams, da Universidade de Londres

João Mestieri, da Faculdade de Direito Cândido Mendes

Juarez Cirino dos Santos, da Faculdade de Direito Cândido Mendes

Luiz Fernando de Freitas Santos, da Fac. de Direito Cândido Mendes

Nilo Batista, da Faculdade de Direito Cândido Mendes

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, da Universidade Gama Filho

René Ariel Dotti, da Universidade do Paraná

Sérgio Demoro Hamilton, da Universidade Gama Filho

Wolfgang Schöne, da Universidade de Bonn

Yolanda Catão, da Faculdade de Direito Cândido Mendes

Toda correspondência referente à redação, inclusive remessa de originais, deve ser dirigida à rua Paulino Fernandes, nº 32, 1º andar, Botafogo, Rio de Janeiro, RJ.

Toda correspondência referente à administração, inclusive para compra de números atrasados, deve ser dirigida à Editora Liber Juris, rua da Assembléia, nº 38, Rio de Janeiro — RJ.

SUMARIO

DOCTRINA

Heleno Cláudio Fragoso — Aspectos Jurídicos da Marginalidade Social	7
Wolfgang Schöne — Sobre a posição do resultado nos delitos quase-dolosos de omissão	22

COMENTARIOS E COMUNICAÇÕES

Nilo Batista — Um pensamento sobre indulto	35
Alcides Munhoz Netto — Anibal Bruno e a reforma penal	39
René Ariel Dotti — Identificação criminal e presunção de inocência	54
Damásio E. de Jesus — A prescrição retroativa no futuro Código Penal	60
Noticiário	65
Resenha bibliográfica	85

JURISPRUDÊNCIA

Desacato. Riso.	111
Estrito cumprimento do dever legal. Policial que dispara arma de fogo contra preso em fuga.	113
Difamação e injúria. Divulgação. Prescrição. Não se computa o acréscimo provindo de continuação delituosa.	116
Recebimento da denúncia. Crime Falimentar. Despacho fundamentado.	116
Ministério Público. Legitimidade e Interesse em recorrer de Sentença Condenatória.	117
Testemunhas. Violação do contraditório. Irrelevância.	120
Comutação de penas a sentenciado com duas condenações, embora não reincidente.	121
Ofensa a magistrado. Crime comum.	122
Caixa Econômica Federal. Competência.	122
Crime continuado. Coisa julgada.	122
Decadência. "Dies ad quem".	122

Usura. Legislação superada pela inflação.	123
Prescrição pela pena em concreto. Período entre o fato e a denúncia.	123
Estelionato. Loteria Esportiva.	123

LEIS E PROJETOS

Regras mínimas para o tratamento de presos (Conselho da Europa)	125
D. 76.550, de 5/5/75 — Concede indulto e dá outras providências	142
D. 78.000, de 23/11/76 — Concede indulto, reduz penas e dá outras providências	144

EDITORIAL

Após breve lapso de tempo volta a reaparecer a Revista de Direito Penal, no momento em que o Instituto a que pertence ganha nova organização, como núcleo de estudo de Direito Penal e pesquisa criminológica, do Conjunto Universitário Cândido Mendes. Instalado, agora, em nova sede, à rua Paulino Fernandes, 32 — 1º andar, no Rio de Janeiro, o ICP adquire as condições que lhe permitirão desenvolver o amplo programa cultural a que se propõe.

Este número da Revista aparece, no entanto, em fase de transição, no que se refere ao programa editorial, que se realizará em termos de estabilidade e permanência. Nele o leitor encontrará o relatório oficial do IX Congresso Internacional de Defesa Social, realizado recentemente em Caracas, sobre Marginalidade Social e Justiça, bem como notável estudo do Prof. Wolfgang Schöne, da Universidade de Bonn, que recentemente nos visitou, sobre a difícil questão da estrutura técnica dos crimes omissivos.

Na seção de Comentários e Comunicações aparecem quatro ensaios: do professor Nilo Batista, sobre indulto; do professor Alcides Munhoz Netto, sobre Aníbal Bruno; do professor René A. Dotti, sobre identificação criminal, e do professor Damásio E. de Jesus sobre a prescrição no futuro Código Penal.

Na seção de noticiário aparece informação sobre a pesquisa realizada pelo Instituto, sobre a legislação relativa a abuso de drogas, objeto de recente publicação. Além das seções habituais, este número inclui, na íntegra, as regras mínimas para o tratamento de presos, aprovadas pelo Conselho da Europa. Trata-se de documento importante, pela primeira vez divulgado no Brasil, em tradução realizada especialmente para esta revista.

ASPECTOS JURÍDICOS DA MARGINALIDADE SOCIAL *

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO

Introdução

1. O exame dos aspectos jurídicos da marginalidade social tem de ser iniciado estabelecendo-se o seu alcance e significado, para delimitar e caracterizar com precisão o objeto de nosso trabalho.

A matéria é objeto de controvérsia e compete aos sociólogos. O esquema apresentado no comentário oficial do tema do congresso mereceu crítica de vários dos participantes, algumas, inclusive, exaltadas, partindo de diversos pressupostos ideológicos. O documento se refere a marginalidade como fenômeno geral em qualquer tipo de sociedade onde exista um mínimo de coerência política e cultural que constitua uma fisionomia social determinada, que se torna o parâmetro para a identificação dos desviantes. Daí ter parecido a TOSCA HERNÁNDEZ (*La marginalidad social en el noveno Congreso Internacional de Defensa Social*) que se fez delimitação artificiosa dos fatos que se assinalam como manifestações da marginalidade social, pela a-historicidade atribuída ao fenômeno que não implicaria, em sua gênese, na conceituação apresentada, a sociedade em que se manifesta.

Evidentemente, a expressão pode ser empregada em diversas acepções. Mestre JOSÉ RAFAEL MENDOZA (*Sociología descriptiva de la marginalidad de la población indígena y de las áreas periféricas de las ciudades latino-americanas*) afirma que toda sociedade e toda época conhecem homens que se apartam como indivíduos ou como grupos delimitados do que é aceito pela generalidade, do que é tido por correto, formando grupos ou agrupamentos sociais à margem dos benefícios característicos da vida moderna. LESZEK LERNELL (*Social marginality and Justice*) também assinala que em toda sociedade (à exceção das sociedades homogêneas primitivas) algum

* Relatório oficial apresentado ao IX Congresso Internacional de Defesa Social (Caracas, agosto de 1976).

fenômeno de marginalidade social sempre aparece. Mas adverte que existem marginalidades sociais institucionalizadas e não institucionalizadas, com diferentes tipologias de marginais.

2. A expressão *marginalidade social* tem sido empregada para caracterizar as pessoas que se situam nos limites ou fora do sistema social aceito pela maioria (Escola de Chicago). São grupos marginais os formados pelas populações pobres na periferia das grandes cidades, como resultado do impressionante fenômeno de urbanização (em conjunto com outros fatores), característico das modernas sociedades industriais¹. A marginalidade social, no entanto, não se limita a certas áreas geográficas. Ela caracteriza as camadas mais baixas da população que precariamente participa na produção de bens e que se situa, por isso mesmo, à margem dos benefícios que a vida moderna proporciona e de seus centros de decisão.

3. Na interpretação do fenômeno há diversas posições ideológicas. De um lado, apresenta-se a marginalidade como disfunção da estrutura social vigente, que seria capaz de incorporar os grupos marginais, se estes adquirissem capacidade de obtenção de bens materiais e culturais e de participação nas decisões². De outro lado situam-se os que entendem ser a marginalidade inerente ao sistema capitalista, não sendo o resultado de mera disfunção do sistema. Como afirma, por exemplo, Lúcio Kowarick, ela seria o resultado das estruturas societárias de caráter global, as quais trazem em seu âmago um conjunto de contradições, cujas expressões são múltiplas, entre as quais se situa a própria marginalidade social. A participação social que não se realiza, e da qual estão excluídos os marginais, seria, assim, resultante do sistema que a cria, não sendo, pois, para o sistema, necessariamente disfuncional.

4. O debate sociológico situa-se além dos limites deste trabalho. Dando-se à expressão *marginalidade social* seu sentido próprio, trata-se aqui de examinar os aspectos jurídicos que, como problema social e criminológico, apresentam os grupos e os indivíduos marginalizados socialmente. Em sentido mais amplo e figurado, pode-se falar de marginalidade para caracterizar, em determinado contexto social, as situações de exceção, relativamente a outras consideradas gerais e dominantes. A enunciação feita ao final dos comentários oficiais mostra que a marginalidade social vem entendida em sentido amplo, motivo pelo qual, quando oportuno e pertinente, assim também a consideraremos.

1. A população urbana do continente passa de 29,5% em 1925 para 51,4% em 1965. Cf. LÚCIO KOWARICK, "Capitalismo e marginalidade na América Latina", Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1975, 128.

2. É o modelo DESAL (Centro para el Desarrollo Economico y Social de América Latina). Cf. "Marginalidade en América Latina: un ensayo de diagnóstico", Barcelona, Herder, 1969.

Marginalidade e delinquência

5. Apresentam-se como marginalizados em face dos valores que inspiram a realização da justiça criminal, os que praticam fatos que a lei define como penalmente ilícitos e que constituem, num momento dado, a *criminalidade aparente*. Como se sabe, a criminalidade desconhecida em conjunto com a criminalidade conhecida, mas não denunciada, são incomparavelmente mais extensas e sérias que a criminalidade aparente³. Esta constitui, paradoxalmente, o resultado de um processo de marginalização que realiza, com suas injustiças e desigualdades, o sistema da justiça criminal.

É importante ter presente que a criminalidade não é privilégio de pessoas que integram grupos marginalizados ou que são consideradas *marginais*. A identificação de criminoso e marginal resulta do fato de serem atingidos pela justiça substancialmente os pobres e desfavorecidos, que enchem as prisões e que constituem a clientela do sistema. O Direito Penal é, realmente, direito dos pobres, não porque os tutela e protege, mas porque sobre eles, exclusivamente, faz recair a sua força e o seu dramático rigor⁴. A experiência demonstra que as classes sociais mais favorecidas são praticamente imunes à repressão penal, livrando-se com facilidade, em todos os níveis, inclusive pela corrupção. Os habitantes dos bairros pobres é que estão na mira do aparato policial-judiciário repressivo e que, quando colhidos, são virtualmente massacrados pelo sistema. Os que moram nas *favelas* (villas miserias) são comumente vítimas de prisões ilegais nas aparatosas operações policiais coletivas realizadas nesses lugares, muitas vezes pelo simples fato de não trazerem consigo documento de identidade ou registro de trabalho. Somente os pobres são presos por *vadiagem* e são eles o alvo preferido da violência policial. Os que cometem ações delituosas no mundo dos negócios (*white collar*) sequer são considerados criminosos⁵. Apenas os marginais estão nos cárceres porque os ricos se livram deles. A administração da justiça criminal constitui o mais dramático aspecto da desigualdade da justiça, sendo nela puramente formal e inteiramente ilusório o princípio da igualdade de todos perante a lei, dogma dos regimes democráticos. Como diz MARIA LOS em sua comunicação ao congresso (*Law and Social relationship*), o direito partilha, com outros mecanismos de controle, a tendência de ser governado por preconceitos e estereótipos socialmente condicionados. Como um dos mecanismos de controle social, o direito também

3. MANUEL LOPEZ-REY, "Crime: An Analytical Appraisal", Nova York, Washington, Praeger Publishers, 1970, 99.

4. EDUARDO NOVOA MONREAL, "El Derecho como obstáculo al cambio social", México, Siglo XXI Editores, 1975, 25.

5. S. YOCHELSON, S. E. SAMENOW, "The Criminal Personality", I, Nova York, Jason Aronson, 1976, VIII.

tende a atacar os desvios da norma social que estão mais expostos e, pois, sem defesa.

Constitui o crime fenômeno geral na sociedade, sendo falso identificá-lo com a marginalidade social.

Marginalidade e justiça criminal

6. Algumas observações devem ser feitas sobre a estrutura e o sistema da justiça criminal e a atuação do direito punitivo como instrumentos de marginalização.

Em sua comunicação ao congresso FRANCISCO MUÑOZ CONDE (*"Función motivadora de la norma penal y marginalización"*) observa que as próprias normas são instrumento de marginalização quando editadas e acionadas por grupos minoritários de pressão manipuladores do poder, quando se encontram em discrepância com a valorização geral prevalente no meio social. Duvidamos que a pena sirva para motivar comportamentos. Em realidade, o Direito Penal tem papel secundário na prevenção do crime, não estando demonstrada a função intimidativa da pena e o seu efeito de prevenção geral. Veja-se a comunicação de ALENKA SELIH, *"Perception of deviance by various groups of population"*. O direito punitivo é menos sistema de proteção e tutela de bens e interesses, que procura preservar através da ameaça penal, do que meio de reafirmação de valores. Nesse sentido apenas é possível falar, a nosso ver, em *função motivadora*.

Tem razão, no entanto, MUÑOZ CONDE quando denuncia o abuso do Direito Penal pelos que têm o poder de editar a norma penal e fazê-la cumprir. Isso ocorre não só quando, em nome da moral e dos bons costumes, se atinge o "direito de ser diferente", mas também quando se recorre ao sistema punitivo para proscrever e perseguir a oposição política, marginalizando certos grupos de opinião. Nesse sentido poderíamos falar de um autêntico direito penal terrorista, com a evidente desproporção de penas impostas a crimes políticos e a internação administrativa imposta a adversários políticos⁶.

7. Outro aspecto particularmente importante da marginalização feita pelo próprio sistema da justiça criminal é o da deformação e isolamento que determina o cumprimento das penas privativas da liberdade. Temos aqui o fenômeno da *prisonalização* que resulta da instituição total. Como bem nota ADAM PODGORECKI (*The Isolated Communities*) a instituição fechada cria o fenômeno

6. É o que ocorre em vários países africanos. Cf. *Bulletin of the International Commission of Jurists*, n.º 24, dez. 1965, 36 (Ghana); *Id.*, *Ib.*, & (África do Sul); *Id.*, n.º 30, julho de 1967, 46 (Zanzibar) etc. Poderíamos também mencionar algumas leis de segurança nacional, com definições vagas e imprecisas e penas despropositadas.

da "segunda vida", que consiste na estratificação única operada em relação aos internos, diversa da estratificação que se observa no mundo exterior. A prisão, como instituição total, necessariamente avilta, corrompe e deforma a personalidade, com a criação de mecanismos de adaptação e defesa no meio fechado. Chega a ser paradoxal que a rotina do sistema dirija parte considerável de sua energia à criação de grupos isolados, estigmatizados e explorados, sem ter presente a sua integração na sociedade (MARIA LOS). A contribuição de EMÍLIO C. VIANO a este congresso destaca vários aspectos interessantes do mesmo fenômeno (*"Victim-Exploiter-Environment: an interactional analysis of victimization in the prison setting"*).

8. Convém ainda assinalar as distorções a que conduz a administração da justiça, demasiadamente lenta, abstrata e insensível aos problemas humanos e sociais que surgem no processo penal. Na maioria dos casos ela é exercida através de um corpo judiciário conservador e tradicional, aferrado à dogmática jurídica e alheio às realidades sociais que condicionam a criminalidade⁷. Por isso, JOACHIM SCHMIDT (*Re-Integrational Processes in multicultural societies*) fala em reprojeter nossas instituições, aludindo às funções do juiz nas sociedades multiculturais.

Direito Criminal e marginalizados

9. Sempre constituiu matéria de particular preocupação a criminalidade de certas áreas marginalizadas e a conduta anti-social de mendigos, vagabundos e prostitutas, considerados *marginais*.

Estudos realizados no Brasil e em outros países da América Latina vieram mostrar que os habitantes das *favelas* apresentam a mesma estrutura dos demais grupos de pobres que vivem nas cidades e que não tem justificação científica ou prática o tratamento de tais populações como classe distinta e separada⁸. A marginalidade não se limita por áreas geográficas, sendo, antes, decorrente de processos que afetam as camadas pobres da população⁹. A maioria dos habitantes das *favelas* (onde vivem de 18 a 25% dos residentes no Rio de Janeiro) é composta de pessoas honestas e humildes, que vivem de seu trabalho¹⁰.

7. Cf. JOSÉ M. RICO-SÉVERIN C. VERSELE, "La criminalité classique et la crise de la justice pénale", in "La Criminalité Urbaine", Denis Szabo (ed.), Les Presses Universitaires de l'Université de Montréal, 1973, 155.

8. ANTHONY LEEDS, "The significant variables determining the character of squatter settlements", in "America Latina", vol. 12 (13), jul.-set. 1969, 49.

9. LÚCIO KOWARICK, "Capitalismo e marginalidade na América Latina", cit., 15.

10. THEODOLINDO CASTIGLIONE, "O que revela a criminalidade das favelas", Rev. Bras. Crim. Direito Penal, n.º 1 (1963), 65.

10. Quanto aos mendigos e vagabundos, que são os marginais *par excellence*, têm eles constituído fenómeno social de todos os tempos e preocupação permanente dos poderes públicos. De longa data a vagabundagem e a mendicância são consideradas penalmente ilícitas, sendo assim introduzidas no Código Penal francês, de 1810 (*Les vagabonds ou gens sans aveu sont ceux qui n'ont ni domicile certain, ni moyens de subsistance et qui n'exercent habituellement ni métier, ni profession*). Regulamentos de polícia, desde o século XIV, enumeravam entre os vagabundos diversas e variadas atividades marginais. Pretendia-se inutilmente, através da repressão policial e da pena criminal, resolver um problema oriundo das próprias estruturas da ordem social dominante.

São conhecidos os termos vagos e indeterminados da *common law* na definição da vadiagem (*vagrancy*) punida no direito antigo com penas corporais, a conscrição para o serviço militar e o transporte a colônias penais. O *Vagrancy Act* de 1824, declarada a mais inconstitucional das leis¹¹, tornou possível a perseguição criminal de trabalhadores que recusavam a diminuição de salários¹². Nos Estados Unidos da América, a Corte Suprema já declarou a inconstitucionalidade de lei da Flórida, sobre vadiagem, sob fundamento de que seus termos não eram suficientemente explícitos¹³.

A incriminação da vadiagem tem conduzido por toda parte a graves abusos, não só porque se pretende resolver com a justiça punitiva um problema social, mas também porque a polícia não hesita em classificar como *vadios* os pobres ou indesejáveis sem documentos ou em situação considerada suspeita. No Brasil, por exemplo, constitui a vadiagem contravenção penal inafiançável definida como "entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho". Só pode essa contravenção ser praticada pelos pobres. A pena é de prisão, de 15 dias a 3 meses. No ano de 1973, os presos por vadiagem constituíam 12,9% da população carcerária nos estabelecimentos penais do Rio de Janeiro.

11. A ciência penal deste século ocupou-se dessa espécie de marginais na perspectiva da definição de um *estado perigoso* pré-delinquencial e das medidas de segurança detentivas para imputáveis.

A antiga União Internacional de Direito Criminal, por inspiração de von LISZT, em vários de seus congressos e assembléias ocupou-se do assunto, propondo medidas de defesa social para não-

11. SERJENT COX'S, "Principles of Punishment", 212, cit. Kenny's Outlines of Criminal Law (Turner) Cambridge University Press. 1958, 411.

12. N. ANDERSON, v. "Vagrancy", "Enc. Soc. Sciences", vol. 15 (1951).

13. Cf. DUBIN-ROBINSON, "The vagrancy concept reconsidered", 37, New York Univ. Law Review 102 (1962); E. SHERRY, "Vagrants, Rogues and Vagabonds, old concepts in need of revision", 48, Calif. L. Review 557 (1960); H. L. ROSENTHAL, "Constitutional Law: vagrancy laws — a fourteenth amendment violation", Washburn Law J., 1972, 12/1, 82.

-delinquentes considerados perigosos¹⁴. As medidas reclamadas incluíam a internação curativa ou ressocializadora, conceitualmente distinta da pena criminal.

Cumpriu-se o ciclo histórico e encerrou-se, a nosso ver, a experiência de leis supostamente preventivas, fundadas numa periculosidade *ante-delictum* ou no caráter anti-social da conduta, independentemente da prática de delitos. O mesmo pode-se dizer das medidas de segurança detentivas para imputáveis julgados perigosos, a serem cumpridas após a pena privativa da liberdade (sistema do duplo binário).

12. Costuma-se mencionar como exemplo das leis a que aludimos a *ley de vagos y maleantes* espanhola, de 1933. Diversas leis deste tipo vigoram ou vigoraram na América Latina, com resultados quase sempre negativos e sempre extremamente perigosos para o direito de liberdade do cidadão.

O que impressiona nessas leis é, de um lado, a imprecisão com que se definem os *vagos*, e, de outro, a imposição de confinamento (que, em certos casos pode ir até 5 anos) através de autoridades policiais ou administrativas. A lei peruana (de 1924) esclarece que os declarados *vagos* não têm direito a *habeas corpus*¹⁵.

Os equívocos e as impropriedades técnicas dessas leis, bem como os perigos da filosofia que as inspira, têm sido denunciados de longa data pelos juristas do continente¹⁶. Sua constitucionalidade, na maioria dos casos, é mais que duvidosa.

13. O problema social que constituem os vagabundos e os mendigos não se resolve com o direito punitivo, como demonstra a experiência secular. Eles constituem um *débito social*; são pessoas a quem a sociedade deve alguma coisa, que não pode ser o internamento punitivo (mesmo que tenha o nome de medida de reeducação ou ressocialização). Em relação a estas pessoas, mais do que a quaisquer outras, surge aquele direito à socialização de que fala FILIPPO GRAMMATICA (*L'inserimento sociale*), como fenómeno semelhante ao direito a ser educado, instruído, curado e preparado para o trabalho.

Certas espécies de condutas previstas nas leis de *vagos y maleantes* podem constituir infrações penais (rufianismo, proxenetis-

14. Vejam-se, por bem características, as propostas de V. LISZT na Assembléia Geral de Bruxelas (1910). "Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung", 17 Bd., Heft 2, Berlin, 1910, 495.

15. O autor agradece os preciosos subsídios recebidos de seus colegas ALI LASSER (Venezuela), DOMINGO GARCIA RADA (Peru), ENRIQUE CURY (Chile), ENRIQUE RAMOS MEJIA (Argentina), JOSÉ ENRIQUE SILVA (El Salvador), JORGE E. GUTIERREZ ANZOLA (Colômbia) e MANUEL DURÁN P. (Bolívia).

16. Veja-se, por bem representativo, a todos os títulos, o antigo trabalho de SEBASTIÁN SOLER, "Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso", Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1929.

mo, etc.) submetidas, para julgamento, ao devido processo legal. Outras, que defluem especificamente do processo social da marginalização, dificilmente poderão ser resolvidas com a estrutura social de pobreza e miséria que prevalece nesta parte do mundo, onde poucos muito ricos convivem com a imensa maioria de muito pobres¹⁷. Parece claro, no entanto, que o Direito Penal nada tem a fazer aqui, competindo a ação social a outras agências ou órgãos do Estado. Nesse sentido é extremamente importante a experiência de alguns países socialistas no sentido de participação direta do público e de agências sociais na ação educativa e preventiva. Veja-se a contribuição de OLDRICH SUCHY (*Le rôle des organisations sociales dans le processus de redressement et de la ré-integration sociale des individus déviants en Tchecoslovaquie*). No sentido da insuficiência ou insignificância da sanção penal pronuncia-se JEAN MICHAUD (*Les marginaux devant les juridictions pénales*).

14. Convém registrar, de passagem, a falência do sistema das medidas de segurança detentivas para imputáveis, e, muito particularmente, do sistema do duplo binário. Este penetrou nas legislações no período entre as duas grandes guerras, e teve a missão histórica de preservar a simetria do sistema punitivo, mantendo-se o caráter retributivo da sanção penal. É hoje insustentável, não só porque toda internação compulsória (qualquer que seja o seu nome) é sempre *castigo*, mas também porque ninguém mais duvida que a pena deve ser cumprida como a medida de segurança, visando sempre que possível à ressocialização do delinquente.

Menores desajustados

15. O problema dos menores desajustados e abandonados é demasiadamente árduo e difícil. Ao se instituírem os tribunais de menores, na segunda metade do século passado, pretendia-se submetê-los a disciplina coercitiva inteiramente diversa da que as leis previam para os adultos, numa autêntica revolução. No direito antigo, como se sabe, os menores eram submetidos ao Direito Penal dos adultos, excluindo-se a responsabilidade dos de tenra idade (por presunção absoluta de inexistência de malícia), e atenuando-se a pena no caso dos que já haviam entrado na puberdade. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, no início do século passado, eram ainda executados os menores que haviam cometido certos crimes, na faixa de 8 a 14 anos de idade.

Com os Tribunais de Menores, o procedimento judiciário, em tese, não se institui *contra*, mas a favor do jovem delinquente, de tal modo que, ao invés de visar primariamente determinar a *culpa*, para aplicar a punição na medida do malefício praticado, preten-

17. Veja-se a comunicação ao congresso de MARIA A. JIMENEZ DE H. e EM-PERATRIZ ARREAZA C. DE H., "Las dos caras de la defensa social"; CEPAL, "La distribución del ingreso en América Latina", 1970, 33.

de-se conhecer as causas e condições do comportamento anti-social, provendo às medidas de reabilitação adequadas.

Teoricamente, o autor de fato que constitui crime é então considerado uma criança ou um jovem com problemas, diante dos quais a sociedade se protege através do tratamento ou da reabilitação. Mesmo a punição, quando necessária, é concebida em termos de pena medicinal. O Estado se apresenta como a última instância de parentesco e se põe no lugar dos pais (*in loco parentis*).

A realização dessa filosofia generosa não tem dado os resultados que se pretendia alcançar. E daí os esforços de tantos no sentido de ampliar o caráter assistencial da ação judiciária através de outros órgãos.

O Estado se substitui aos parentes como *última ratio*, como derradeira instância de intimidação, de coerção, de repressão e de punição. O conflito se estabelece, então, em termos ainda mais dramáticos.

Em primeiro lugar, porque é instrumento demasiadamente tosco e brutal, para intervir em situações delicadas de carência e crise, agravando comumente os problemas que pretende resolver. Em segundo lugar, porque o mecanismo policial-judiciário está inteiramente desaparelhado, não contando com a estrutura médico-assistencial e tutelar indispensável. Em terceiro lugar, porque as medidas institucionais que prevê para os casos mais graves (internação correccional), estão postas em cheque e se acham em crise, como soluções de tratamento e repressão penal, como demonstra o quadro complexo e difícil da delinquência de adultos.

Os menores que a lei chama de abandonados, e que percorrem etapa que antecede à delinquência, constituem sobretudo grave problema social, que dificilmente se resolve com medidas assistenciais e paternalistas, e que está ligado à estrutura social vigente.

Quem é o responsável pelo abandono? Quem são os abandonados?

Quem é o responsável pelo abandono no caso de famílias numerosas, que vivem na miséria, quando os pais ganham salário mínimo (ou estão em estado de sub-emprego), não tendo o mínimo necessário à própria sobrevivência?

No Brasil, segundo dados obtidos por uma Comissão Parlamentar de Inquérito, existem 15 milhões de menores abandonados ou em estado de carência. No Rio de Janeiro, mais de 50% das infrações penais praticadas por menores são crimes contra o patrimônio. Este dado é praticamente universal. Veja-se a comunicação de PAUL C. FRIDAY e GERALD HAGE, "*Youth crime in post-industrial societies: an integrated perspective*". A estrutura policial judiciária é demasiadamente formal, impessoal e objetiva, e não pode funcionar adequadamente sem uma retaguarda médico-assistencial eficaz; sem centros de recolhimento de menores, centros de observação e triagem, institutos médico-psicológicos para

de retirar-se do juiz a decisão sobre medidas que restringem a liberdade.

Enfermidades mentais

17. Somente nos últimos tempos têm-se preocupado os juristas com a dramática realidade do regime prisional imposto aos doentes mentais. Aos hospitais psiquiátricos está recolhida enorme massa de pessoas socialmente marginalizadas (doentes mentais, neuróticos, oligofrênicos, alcoólatras, etc.), aos quais não se reconhece direito algum. Elas são oprimidas pela instituição total que "cria e mantém um tipo particular, de tensão entre o mundo habitual e o institucional, empregando essa tensão como instrumento estratégico para manejar os homens" ²⁰.

Como afirmam RUBEN HERNÁNDEZ SERRANO e seus colegas, em sua comunicação ao congresso ("*Analisis preliminar de la casuística de los años 1973/75*"), não é possível estabelecer, em linhas gerais, uma relação de causa e efeito entre a enfermidade mental e o delito. A grande maioria dos enfermos mentais se conduz conservando os padrões de conduta que não violam as leis, apesar de seus transtornos específicos. A internação, comumente, envolve uma discriminação contra os pobres a pretexto de ciência em matéria de doença mental, tendo-se em vista os termos vagos do poder arbitrário exercido pelos diretores dos hospitais. É o que observa, em sua comunicação, TASHIO SAWANOBORI ("*Discrimination on the pre-text of science*").

São muitos os casos que revelam estar o tratamento psiquiátrico tão mal organizado como o regime penal²¹, surgindo os hospitais como instituições em que se doentes se tornem mais doentes e os são de mente se tornam alienados²².

Sustenta-se hoje a necessidade de abolir ou controlar a hospitalização involuntária, dando-se aos pacientes dos hospitais psiquiátricos os mesmos direitos e privilégios que possuem os internos nas demais instituições hospitalares. Importante nesse sentido foi a decisão proferida pelo tribunal federal de Alabama no caso *Wyatt v. Stickney*. O tribunal proclamou o direito dos internos a

20. E. GOFFMAN, "Asylums. Essays on the social situation of mental patients and other inmates", Nova York, Doubleday, 1961, 15.

21. MANUEL LOPEZ-REY, "Crime: an analytical appraisal", *ibid.*, 1969, p. 138.

LINE MORRIS, "Put away, a sociological study of institutions for the mentally retarded", 1969.

—, "Prisoners of Psychiatry. Mental patients, psychiatrists and the law", 1972, p. 138. Na. França.

22. B. J. ENNIS, "Prisoners of Psychiatry. Mental patients, psychiatrists and the law", Nova York, Harcourt Brace Jovanovich, 1972, 138. Na França, algumas organizações têm-se destacado na luta pelos direitos dos internos e pela transformação do sistema (GIA — Groupe Information Asiles; GardesFous-C.L.H. — Comité de lutte des handicapés e a AERLIP Mouvement de travailleurs de la santé mentale).

Finalmente, projetam-se sobre as soluções de internamento para os jovens delinquentes os graves problemas que hoje constituem a crise das prisões.

O internamento correcional é sempre sentido pelo menor como *pena*. Ele constitui o último recurso judicial no caso de jovens delinquentes perigosos.

Os princípios que inspiraram o surgimento dos tribunais de menores foram estendidos aos jovens adultos delinquentes e hoje dominam a penologia da criminalidade dos adultos. Os jovens delinquentes, a final, são encarcerados como os adultos, surgindo aqui os problemas revelados pela sociologia e a psicologia da comunidade prisional nos últimos tempos.

São, pois, complexas e difíceis as questões que envolve a delinquência juvenil como problema social. Não podem os juristas isoladamente resolvê-los, por melhores que sejam suas intenções e por mais brilhante que seja a sua imaginação criadora.

16. O sistema de educação coativa obrigatória de menores, mesmo que não houvesse praticado crime algum, proposto de longa data por alguns pioneiros¹⁸, contempla-se hoje com reservas, após larga experiência.

Em que medida pode ser transferido dos tribunais de menores a outras autoridades ligadas ao bem-estar do menor, o poder para impor sanções e outras medidas coercitivas (como, por exemplo, o internamento, a perda ou a suspensão do pátrio poder)? Em alguns lugares essa transferência se operou. É o caso dos países escandinavos e de várias unidades da federação nos Estados Unidos (Califórnia, Wisconsin, Minnesota, etc.), que atribuem às *Child Welfare Authorities* os poderes de disposição quanto aos menores infratores e desajustados. A questão é delicada, porque põe em jogo direitos, e pois a transferência de poderes jurisdicionais a autoridades administrativas. O que caracteriza o tribunal de menores, como agência do Estado, é, precisamente, o seu poder de ameaçar e controlar¹⁰.

A fracassada experiência das autoridades administrativas nas juntas de livramento condicional, decidindo sobre a terminação da pena indeterminada, nos Estados Unidos, mostra bem o perigo

18. VON LISZT, "Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge", 1871-1904, Bd. I, 451.

19. TAFT, "Criminology", Nova York, Macmillan, 1961, 638.

serem submetidos a tratamento efetivo, não podendo apenas ficar confinados²³.

Pelas garantias que estabelece, parece-nos de interesse o que dispõe o art. 482 do Código Civil argentino: "El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer, que, usando de ella, se dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial.

"Las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos pudieren dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad publica. Dicha internación sólo podrá ordenarse, previo dictamen del médico oficial.

"A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 (esposo e esposa, parientes, Ministério de Menores, consul) el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia, alcoholistas crónicos y toxicómanos, que requieran asistencia en establecimientos adecuados, debiendo designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aun evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos".

Marginalidade da mulher

18. A chamada marginalidade da mulher constitui fenômeno cultural que decorre da posição de inferioridade e subordinação imposta às pessoas do sexo feminino na sociedade. Ela transparece em diversas disposições da legislação civil e penal vigente em vários países, sendo bem assinalada por HELENA FIERRO HERRERA nas duas comunicações que apresentou ao congresso ("*La marginalidad de la mujer*" e "*Delincuencia femenina y maternidad*").

Numerosas leis, em diversos países, nos últimos tempos, têm evoluído no sentido de assegurar à mulher igualdade de direitos, na vida civil, e, sobretudo na família, em consonância com o papel que ela desempenha na vida moderna. Dessa maior participação em vários setores da vida social decorre, sem dúvida, o aumento da criminalidade feminina, que, embora não seja fenômeno universal, se observa em muitos países. A matéria foi objeto de análise e debate no V Congresso da ONU sobre prevenção do crime e tratamento do delinquente, realizado no ano passado em Genebra²⁴.

23. Cf. "WYATT v. SRICKNEY and the right of civilly committed mental patients to adequate treatment", Harvard Law Review, 1973, 86/7, 1282.

24. HELENO FRAGOSO, "Changes in forms and dimensions of criminality — transnational and national", A/CONF. 56/L. 3 (mimeo.).

19. Fala-se também de marginalidade da mulher aludindo à prostituição feminina, que se deve a fatores de ordem social e econômica e à posição desvantajosa e inferior que a mulher ocupa na sociedade. Não parece que mereçam atenção especial os recentes protestos e reivindicações de prostitutas, reclamando tratamento menos injusto e discriminatório. Veja-se a respeito a comunicação de M. SACOTTE, "*Prostitution et marginalité*".

Minorias étnicas e culturais

20. Os altos índices de criminalidade apresentados por certos grupos étnicos parece estar vinculado a um conjunto de fatores de ordem social. Nesse sentido existem numerosos estudos e ampla literatura.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ, em sua comunicação ao congresso ("*Raza y delito*"), estudando os ciganos e os quinquês, reproduz a opinião generalizada, observando que nesses grupos é superior a cifra dos que não delinquem e que vivem de seu trabalho. Referindo-se aos negros e às pessoas de classe baixa, na perspectiva dos crimes violentos, ROBERT STAPLES, em seu trabalho ("*Race and family violence: the internal colonialism perspective*"), também assinala que não há razão para supor que tais grupos sejam mais propensos à violência do que os componentes da classe média ou da população branca. Os problemas aqui são todos de natureza social ou cultural.

Uma legislação severa, aplicada com rigor, pode contribuir para aliviar os conflitos e tensões oriundas das diferenças de raça e de cor, como se pôde ver nos Estados Unidos, por uma série de decisões importantes da Suprema Corte. É interessante mencionar que no Brasil constitui contravenção penal a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor, como a recusa de serviços ou de trabalho.

21. Problemas graves têm surgido com a identificação de grupos étnicos no interior das prisões, o que pode conduzir a situações explosivas, como ocorreu em Attica²⁵.

22. Com referência à marginalidade das populações indígenas do continente, particular atenção deve ser dada ao excelente trabalho do prof. JOSÉ RAFAEL MENDOZA que já mencionamos ("*Sociología descriptiva de la marginalidad de la población indígena y de las áreas periféricas de las ciudades latino-americanas*"). Os indígenas têm sido vítimas de antigos e recentes processos sistemáticos de genocídio e de desrespeito aos princípios de sua cultura. Como

25. Cf. a respeito D. DENFELD — A. HOPKINS, "Racial-Ethnic identification in Prison: right on from the inside", Int. J. of. Crim. Pen., 1975-3, 355.

afirma o Dr. MENDOZA, "o índio não está identificado com a civilização do branco, mas possui uma característica social própria que pode se transformar, não mediante a *sujeição*, nem por meio da denominada *proteção*, com leis, decretos, publicações de beneficência, igualdade de direitos e outras medidas que, em lugar de *proteção*, encobre uma exploração real, senão pela educação".

Do ponto de vista civil e administrativo existe, em muitos países, ampla legislação, tendente, pelo menos no plano teórico, à proteção das comunidades indígenas e de seus membros. Do ponto de vista criminal, a questão jurídica mais importante é a que se relaciona com a responsabilidade penal. Na maioria dos Códigos Penais não há regra expressa a respeito, entendendo-se que do indígena se pode dizer que apresenta *desenvolvimento mental incompleto*, se revela sua inadaptação do meio civilizado. Por este caminho se exclui ou se atenua a imputabilidade, segundo os princípios gerais.

Nem sempre a questão estará bem posta pelo prisma da imputabilidade. Imputabilidade é capacidade de culpa, vale dizer, capacidade de governar a própria conduta segundo as exigências do ordenamento jurídico. Parece-nos terem razão os que afirmam não haver fundamento válido para formular, como princípio geral, o da inimputabilidade do indígena. Escrevendo em relação ao índio boliviano, diz MANUEL DURÁN: "El indio en general posee la capacidad suficiente para darse cuenta de sus actos y está dotado del sentido ético necesario para apreciar aquellos inmorales o prohibidos y para abstenerse de ejecutarlos. Vive de acuerdo con normas morales que vienen de sus antepasados y es casi seguro que si alguien se dedicase a hacer un estudio comparativo de la moralidad media de la población que habita en las ciudades con la de los indios, llegaría a la conclusión sorprendente de que en esa comparación resulta favorecido el elemento autóctono. Lo prueba el hecho fácilmente comprobable de que la criminalidad del indio es reducida, si se considera que tiene menos posibilidades que el blanco para eludir la acción de la justicia, por su desamparo económico y social²⁶". Trata-se de atribuir relevância jurídica ao *deficit* social dos silvícolas, enquanto estranhos e alheios ao nosso estilo de civilização.

Por tais razões, seria indubitavelmente mais correto estabelecer expressamente a inimputabilidade do silvícola inadaptado. Aqui, com grande clareza, revela-se muito bem o caráter valorativo do juízo de imputabilidade, que compete ao julgador, na análise da capacidade de culpa.

26. MANUEL DURÁN, "El indio ante el Derecho Penal", in "Estudios Jurídicos en Homenaje al Professor Luís Jimenez de Asúa", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, 556.

Intervindo na reunião que realizou no México a Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, em outubro de 1695, o saudoso prof. CARRANCÁ Y TRUJILLO observava: "Realmente no veo por qué se ponga en el banquillo constantemente como faltos de desarrollo mental completo a los indigenas", pois "pueden tener un desarrollo mucho más completo que otras razas"²⁷.

O Código Penal peruano (art. 90) permite que o juiz, tendo em conta o desenvolvimento mental dos indígenas, seu grau de cultura e seus costumes, aplique prudencialmente a sanção penal, substituindo a pena por internação em colônia agrícola, por tempo indeterminado. Isto corresponde, como se sabe, virtualmente, a uma pena.

A problemática social dos indígenas não é uniforme nos vários países da América Latina, apresentando-se, ao contrário, com notáveis diferenças.

Contestação e dissidência

22. Uma última, breve referência deve ser feita a este tópico incluído nos comentários oficiais da temática do congresso. Já aludimos ao direito penal terrorista que marginaliza e isola a dissidência política. As ditaduras militares deste continente têm abusado da punição institucionalizada nas normas penais de forma alarmante, no círculo vicioso que resulta das profundas crises institucionais. Diante da grave criminalidade política que surge, a punição se exacerba. Contemplamos com pesar o reaparecimento da pena de morte em vários países, como se não bastasse o assassinio praticado covardemente pelos órgãos de repressão, os seqüestros, o confinamento indefinido e a tortura de presos políticos, num desrespeito aos mais elementares direitos humanos.

27. "Código Penal Tipo para Latinoamérica", México, Academia Mexicana de Ciencias Penales, 1967, 191.

SOBRE A POSIÇÃO DO RESULTADO NOS DELITOS QUASE-DOLOSOS DE OMISSÃO *

WOLFGANG SCHÖNE

A circunstância de que uma revista argentina intitulada "Nuevo Pensamiento Penal" queira homenagear, em seu septuagésimo aniversário, ao cientista alemão que propôs um "novo sistema de direito penal",¹ é uma prova de que HANS WELZEL encontrou o caminho correto em sua busca dos fundamentos do direito penal, válidos em geral e prévios a todo direito positivo. O êxito de WELZEL se vincula em boa parte a sua teoria da ação final e do injusto pessoal, que superou e deu por terminada a época de um direito penal orientado ao pensamento causal e ao desvalor do resultado. Desta nova concepção derivaram, também, consequências para a estruturação dos pressupostos da punibilidade, entre as quais a passagem do dolo do fato do âmbito da culpabilidade ao do injusto — ou, mais exatamente, ao tipo subjetivo — é a mais conhecida.² Outras consequências sistemáticas (e terminológicas) estão vinculadas à produção do resultado, que, para o próprio WELZEL, tem significação precisamente como limitador do injusto,³ e ao qual, para alguns de seus discípulos, deve corresponder um efeito limitador da punibilidade fora do "delito" (no sentido de *Binding*);⁴ conclusão

* Tradução de Juarez C. dos Santos. Este trabalho foi originalmente escrito para o livro-homenagem a Hans Welzel, publicado por Nuevo Pensamiento Penal, ed. Depalma, B. Aires, 1974.

1. Das neue Bild des Strafrechtssystems, Göttingen, 1950. Existe tradução da 4.^a edição (Göttingen 1961) por José Cerezo Mir: El nuevo sistema del derecho penal, Barcelona, 1964.

2. Para o direito argentino, cf. ENRIQUE BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, 1974, pág. 46 e 168; RAÚL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Buenos Aires, 1973, pág. 255 e as referências em nota 1.

3. Das deutsche Strafrecht, 11.^a ed., Berlim, 1969, pág. 62; tradução ao espanhol por Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañez Perez, *Derecho Penal Alemán*, Santiago de Chile, 1970, pág. 92. Conf., ademais, também, pág. 136 da edição alemã e 193 da espanhola.

4. BINDING distingue entre o "delito", isto é, a lesão antijurídica e culpável da norma, e o "crime", isto é, o delito punível. Conf. KARL BINDING, *Handbuch*

esta à qual se chega mediante um conseqüente desenvolvimento dos pontos de partida welzelianos.⁵ Este trabalho trata de uma destas últimas conseqüências.

Um artigo do penalista japonês YUTAKA MASUDA, sobre o "desenvolvimento da teoria do injusto pessoal na ciência do direito penal alemão atual", pode oferecer o ponto de partida.⁶ Em um *postscriptum* a este valioso trabalho — novo indício da ampla influência exercida por WELZEL fora de Alemanha — MASUDA se ocupou, também, do injusto nos delitos de omissão⁷ e, neste contexto, de uma observação minha.⁸ Seguramente, só à brevidade deste *postscriptum* pode-se atribuir que as opiniões de MASUDA a respeito não só estimulem a discussão — como, sem dúvida, o fazem — senão que, também, possam provocar certos mal-entendidos.

I

Se compreendi corretamente, MASUDA parte da transferibilidade dos conceitos sobre o injusto e a posição do resultado nos delitos de comissão aos delitos de omissão. Com base nisto deduz, então, que seria falso incluir o resultado no tipo (*Tatbestand*) do delito de omissão (consumado): se se admite que não está no poder do homem que seus sérios esforços para evitar a produção do resultado alcancem realmente tal objetivo, então haverá que admitir que o direito só pode exigir a ação tendente a evitar o resultado, mas não a evitação mesma. Dado, então, que só esta matéria do mandado pertence à adequação típica, isto é, que alguém permaneça inativo apesar de haver-se representado a produção do resultado (e de ser

des Strafrechts, I. Band Leipzig, 1885, pág. 499. Sobre esta distinção ver, ademais, ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, pág. 17 e seg., 30 e seg., 196 e seg.; ENRIQUE BACIGALUPO, *Sobre la teoría de las normas y la dogmática penal*, em: "El Derecho" de 15 de janeiro de 1975, tomo 58.

5. Conf. ARMIN KAUFMANN, *Das fahrlässige Delikt*, em: *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, Viena 1964, pág. 41 e segs., especialmente pág. 43 e seg., 53 e segs.: do mesmo, *Zum stande der Lehre vom personalen Unrecht*, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlim-New York, 1974, pág. 393 e segs., especialmente pág. 411 e nota 50; ECKHARD HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Colonia, 1973, pág. 78 e segs.; DIETHARD ZIELINSKI, *Handlungs — und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlim, 1973, pág. 128 e segs., 200 e segs.

Mas, conforme GÜNTHER STRATENWERTH, *Handlungs — und Erfolgsunwert im Strafrecht*, em: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 79 (1963), pág. 233 e segs., para quem, apesar de que o desvalor do resultado não forma a base do injusto, segue tendo importância para estabelecer a plena medida daquele, que, por sua vez, resulta determinante para a gravidade da culpabilidade e da pena.

6. Revista jurídica da Universidade Meiji, Tokyo, 1975, pág. 129 e segs.

7. loc. cit., pág. 145.

8. *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, Colonia, 1974, pág. 90 e segs.

capaz de realizar a ação correspondente), a realização do resultado do mesmo não será, no melhor dos casos, senão uma condição objetiva de punibilidade. Isto não havia sido tomado em conta por mim porque não distingui, em meu livro sobre a omissão, entre resultado representado e resultado produzido e, este último, o compreendi como um elemento do tipo.

II

Minha tomada de posição, a que se refere MASUDA, não se ocupa, de nenhum modo, sem embargo, do problema geral da ordenação do resultado nos delitos de omissão, senão do problema especial da interpretação correta do § 330 c, do Código alemão.⁹ Esta prescrição sobre a “omissão de socorro” é interpretada predominantemente no sentido de que constitui um paralelo em relação aos delitos de atividade no âmbito da comissão, ou seja: não é a omissão da evitação do resultado o que realiza o tipo, mas a omissão de uma ação que, de acordo com um juízo formulado ex-ante por um observador objetivo, é apropriada para evitar o resultado.¹⁰ Enquanto a maioria dos partidários desta interpretação não assinala à produção do resultado nenhuma significação, há uma minoria que o entende, ao menos, como condição objetiva de punibilidade, para extrair disso uma limitação da punibilidade da omissão de tais ações.¹¹

Opus a esta interpretação, coincidindo com outros autores,¹² que o § 330 c, do Código alemão, não tem, por traz, um mandado de ação, mas um mandado de evitar o resultado.¹³ Negativamente, isto significa: o resultado não pode ser uma condição objetiva de punibilidade no sentido admitido até agora. Pois se se manda agir com o fim de evitar um resultado determinado, a produção deste não (só) entrará em consideração exclusivamente no plano do “crime” — isto é, como limitação da punibilidade da não-execução de uma determinada ação, caracterizada por sua aptidão genérica de evitar o resultado. Pelo contrário, o resultado é relevante já na determinação do que, como constitutivo da lesão do mandado, é adequado ao tipo — pelo menos como objeto da representação do

9. “Quem em casos de acidente ou de perigo comum ou de necessidade não presta ajuda, apesar de ser esta necessária e exigível segundo as circunstâncias, e é, especialmente, possível sem considerável risco e sem lesão de outros deveres importantes, será castigado com pena privativa de liberdade até um ano ou com multa”.

10. Conf. as referências à literatura em SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, pág. 57 nota 100.

11. Conf., por exemplo, ARNOLD BLINDAUER, *Die folgenschwere unterlassene Hilfeleistung* (§ 330 e StGB), tese doutoral Saarbrücken, 1971, pág. 34 e seg.

12. Referências em SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, pág. 57 nota 98.

13. *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, pág. 58 e segs.

omitente. Positivamente expressado: só quando se refuta a opinião supra esquematizada e se adota meu ponto de partida, aparece para o § 330 c CP alemão o problema geral, que preocupa MASUDA: fora da representação do resultado, pertence também ao tipo a produção do resultado ou se trata — se bem com uma fundamentação distinta da por mim refutada — de uma condição objetiva de punibilidade?¹⁴

Previamente à resposta farei uma observação mais sobre o § 330 c, do CP alemão. Para aqueles que vêem neste preceito um paralelo com os delitos de resultado no âmbito da comissão, a representação do resultado pertence necessariamente ao tipo, porque, sem esta representação, a evitação do resultado não poderia chegar, de nenhuma maneira, a ser o fim da ação correspondente. Nisto coincidimos com MASUDA. A circunstância de que eu — ao contrário da opinião dominante — sustenha a tipicidade da inatividade frente a um resultado que o omitente se representou erroneamente vem provar que este elemento, isto é, a representação do resultado, é, de meu ponto de vista, realmente o único decisivo. Ao mesmo tempo isto significa que se se interpreta o § 330 c CP alemão como “tipo de tentativa de sinal contrário”,¹⁵ pode-se sancionar a inatividade ainda quando o resultado não se tenha produzido (como omissão da tentativa de evitar o resultado). A ordenação do resultado na estrutura do delito do § 330 c CP alemão é portanto, só uma questão teórica sem consequências práticas para a punibilidade.¹⁶ Com este fundamento acreditei poder tratar o problema da posição sistemática do resultado no sentido clássico, sem entrar na consideração da problemática desenvolvida por MASUDA. Isto o farei agora.

III

MASUDA quer resolver a questão da posição do resultado nos delitos de omissão como base no papel deste elemento nos delitos de comissão. Este procedimento não é criticável metodologicamente, na medida em que se contemplem, também, as diferenças que existem entre a ação e a omissão. Por isso é possível, aqui, seguir este mesmo caminho.

a) O que chama a atenção em matéria de delitos de comissão, é que aqueles partidários da teoria do injusto pessoal que não assinalam ao desvalor do resultado significação alguma para o injusto

14. *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, pág. 72 e segs.

15. ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pág. 231.

16. Como se trata de um paralelo aos tipos de tentativa, nem sequer é aplicável a regra de atenuação para a penalidade da tentativa (§§ 23 inc. 2, 49 inc. 1 do Código Penal Alemão).

do comportamento,¹⁷ designam como “condição objetiva de punibilidade” à produção do resultado, que, nos delitos dolosos, o autor tem que se representar e que, nos culposos, apesar de não fazer parte da ação final, mantém sua relevância como ponto de referência para a determinação da negligência da ação, enquanto, por outra parte, na subsunção de um caso determinado, verificam sua existência sob a rubrica de “adequação típica”. É assim que ARMIN KAUFMANN, apesar de sua posição decidida sobre o resultado como condição objetiva de punibilidade,¹⁸ em seus cursos práticos não se separa do “esquema da estruturação do crime” que propõe WELZEL no apêndice de seu tratado “ao mesmo tempo como diretiva para a resolução de casos penais”, esquema no qual a produção do resultado — tanto nos delitos dolosos de comissão consumados como nos delitos culposos de comissão pertence como parte do complexo: causalidade-resultado (Erfolgssachverhalt) ao primeiro nível, isto é, à “adequação típica”, e não ao quarto nível “condição de punibilidade”.¹⁹ Também HORN reconhece como pressuposto da pena não só a “ação tipicamente adequada e antijurídica e culpavelmente realizada” senão — segundo o texto legal — também “a realização do chamado tipo objetivo (abreviadamente: do resultado típico)”, ainda que esta é assinalada, de imediato, como uma condição “adicional” de punibilidade.²⁰ Aqui parece existir uma falha sistemática. Ou a produção do resultado poderia ser, ao mesmo tempo, condição de punibilidade e elemento do tipo objetivo?

1) A tentativa de resolver esta questão revisando a caracterização do resultado como “condição objetiva de punibilidade” se encontra ante o argumento de que o direito não pode proibir a causação de um resultado, mas somente a ação que tende ao resultado ou que é negligente com respeito a este e que, por isso, a produção do resultado — para dizê-lo com as palavras de ARMIN KAUFMANN — “não é uma condição necessária da violação da norma, isto é, da adequação típica ou da antijuridicidade”.²¹ Poderia, sem embargo, apesar da força de convicção deste argumento, assinar-se à produção do resultado, pelo menos, o caráter de uma condição *possível*? Se a pergunta se refere à *violação da norma*, a resposta seria negativa: sendo objeto da norma a omissão de uma

17. Conf. as referências supra, nota 5. — Parece que não é necessário considerar neste trabalho aos autores que querem atribuir importância para a fundamentação do injusto não só ao desvalor da ação, senão também ao desvalor do resultado. Certo é que esta base levaria diretamente à posição sistemática da produção do resultado que considero correta, mas como não comparto — do mesmo modo que MASUDA — o ponto de vista mencionado, a resposta à questão sistemática debatida entre ele e eu não pode ser obtida a partir desta premissa.

18. WELZEL — *Festschrift*, pág. 411.

19. *Lehrbuch*, pág. 560 e segs.

20. *Konkrete Gefährdungsdelikte*, pág. 103.

21. WELZEL — *Festschrift*, pág. 411.

ação final, entre cujos pressupostos não se encontra, precisamente, a produção de um resultado, a violação da norma consistirá exclusivamente na realização de uma ação; se a ação se exteriorizou, no momento da produção do resultado a norma já foi violada, da mesma maneira que, se falta um elemento da ação, isso não se poderia compensar com o elemento, estranho a ela, da produção do resultado, para sustentar, desta forma, a existência de uma violação da norma. Se consideramos a questão, agora, desde o ponto de vista da *adequação típica*, esta conclusão mantém sua validade só se contrariedade à norma e adequação típica coincidem necessariamente em suas condições.

A questão de se esta premissa é correta, pode ficar por um momento sem responder. A contradição apresentada acima se resolveria se se demonstrasse como incorreto que a produção do resultado “co-realiza o chamado tipo objetivo”.

Como já se disse, HORN fala de “condição de punibilidade” e de “adequação típica”. Neste sentido é possível, para ele, argumentar que não só a produção do resultado, mas também a realização da ação contrária à norma comporta um pressuposto, uma condição de punibilidade, e que deveria, então, admitir-se a reunião dos elementos de uma mesma espécie em uma mesma categoria. Se esta categoria se denomina “tipo” (Tatbestand) a produção do resultado será, então, um “elemento do tipo”.²²

O mesmo, sem embargo, haveria de valer também para as outras condições da punibilidade. Mas, com relação a estas, há que constatar o seguinte: ainda que as condições de punibilidade teriam com base na igualdade de seu caráter, que estar situadas lado a lado (e serem intercambiáveis entre si?), pelo menos para a reprovabilidade e antijuridicidade existem outras formas de ordenação; e o próprio HORN, tampouco, vincula estes elementos com o conceito “tipicamente adequado”. Isso se deve ao seguinte: a reprovabilidade pressupõe a possibilidade do conhecimento do injusto. Como o objeto de um conhecimento deve existir antes de poder ser conhecido, o injusto logicamente precede o conhecimento (possível) do injusto e, com isso, à reprovabilidade.²³ E a antijuridicidade depende da não aplicabilidade das causas de justificação, que, por sua vez, se baseiam na existência de uma violação da norma.²⁴ Existem, então, aparentemente, relações materiais que obrigam a agrupar de uma certa maneira as condições de punibi-

22. De fato se fala, neste sentido, de um “tipo conjunto” (Gesamtatbestand) ou do “tipo da teoria geral do direito”, que compreende a soma de todos os pressupostos de uma consequência legal. Conf. também KARL ENGISCH, *Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, em: *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, Munich-Berlin, 1954, pág. 127 e segs., 130 e segs.

23. Conf. também ARMIN KAUFMANN, *Welzel — Festschrift*, pág. 396 nota 4.

24. Conf. também GÜNTER STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, Colonia, 1971, números 178, 172, 179.

idade, como tais genericamente iguais. Por consequência, é decisivo para o lugar da produção do resultado, se as condições de punibilidade, que restam ao deduzir do total a reprovabilidade e a antijuridicidade, e às quais pertence a violação da norma, formam (ou podem formar) um grupo homogêneo, ou, todavia, mais precisamente, se existe a necessidade de uma subdivisão que impeça colocar a lesão da norma junto à produção do resultado. (Também desde este ponto de partida, então, aparece o problema de coincidência de adequação típica e lesão da norma).

Se se trata agora desta questão, não se vê a necessidade material para uma divisão, como a que existe entre as condições de punibilidade, "reprovabilidade", "antijuridicidade" e "lesão da norma": a produção do resultado existe independentemente da lesão da norma, porque o resultado descrito pela lei pode realizar-se, também, no caso de que falte algum elemento da ação, como p. ex., o dolo, da mesma maneira que nem toda ação descrita pela lei provoca necessariamente a produção do resultado. Também, e especialmente, a representação do resultado (ou sua recognoscibilidade) pode existir e ser comprovada independente da produção deste. Por isso, uma separação sistemática das condições "produção do resultado" e "violação da norma" não é necessária, senão — talvez — só possível.

Mas, também, se não se considera a produção do resultado como condição de punibilidade, no sentido amplo de que cada pressuposto da punibilidade é uma condição da mesma, o dito sobre as necessidades materiais continua sendo correto: com relação à punibilidade não se vê nenhum obstáculo para colocar antes da violação da norma uma condição objetiva de punibilidade, no sentido estrito de que este elemento resulta adicional aos da lesão antijurídica e reprovável da norma (ao "delito") e, assim, estabelecer uma ordenação que, de fato, trata à produção do resultado parte do conceito mais amplo da condição de punibilidade. Só terminologicamente, então, haveria uma diferença: em um dos casos e à lesão da norma da mesma maneira que uma estruturação que se manteria a equação "tipicidade-lesão da norma", entretanto, no outro, o conceito de tipo teria um conteúdo mais amplo.

E, com isto se demonstra, claramente, onde está, em realidade, o problema: trata-se da alternativa "tipo de delito/tipo de crime" ou — formulado mais amplamente — da solução do problema sistemático e terminológico que apresenta a diferença inegável entre "delito" e "crime", no sentido de BINDING e ARMIN KAUFMANN

2) A resposta à questão sistemática sobre se a ordenação dos pressupostos de punibilidade deve se orientar para o delito ou para o crime, com relação à punibilidade de um comportamento determinado, não pode ser derivada do resultado; porque *ambos* modelos de estruturação têm o fim de estabelecer a pertinência da

punição, e em *ambos* modelos a soma dos pressupostos da punibilidade é constante. Se, ao escolher um ou outro ponto de partida, se chegasse a conclusões distintas sobre a punibilidade, isto significaria que se descobriu não um problema sistemático, senão, melhor, um problema material.²⁵

Mas, há de se observar outra coisa: os pressupostos de punibilidade, que devem ser objeto de estruturação, compreendem elementos do delito e elementos do crime. Este caráter é independente da sequência dos elementos e, por isso, se o mantêm em *todos* os modelos de estruturação sistemática. Por conseguinte, é uma prova da admissibilidade de uma proposta de modelo, a circunstância de que este respeite o caráter do elemento correspondente e as consequências que se dão para a relação dos elementos entre si. Assim, por exemplo, não pode variar a relação dos pressupostos de punibilidade "antijuridicidade" e "reprovabilidade" se se parte, em vez do crime, do delito, e vice-versa.

Supostos os postulados da neutralidade em relação às conclusões sobre a punibilidade, e da ausência de fricções dogmáticas, o critério decisivo para a eleição do esquema estrutural é a *praticabilidade*. O sistema dos pressupostos de punibilidade não oferece só um panorama sobre que condições têm, juridicamente, que se apresentar, para que possa aparecer a consequência jurídica "pena", senão, e especialmente, tem o sentido de esclarecer como se comprova, de forma mais adequada, a realização destes requisitos e como se responde mais rapidamente à questão da punibilidade.

Do tratamento de ambas alternativas sob os aspectos mencionados resulta, em primeiro lugar, que é indiferente para a decisão sobre a punibilidade, se a produção do resultado encontra seu lugar junto com a lesão da norma ou só depois do delito.

Com relação à ausência de fricções dogmáticas, a produção do resultado não é, segundo o dito mais acima, um elemento do delito; tampouco então existem, por essa parte, necessidades materiais de uma certa forma de estruturação. Vista desde o outro ângulo, a formação de um tipo (do crime) reunindo o elemento do crime "produção do resultado" com o outro elemento do crime e do delito "lesão da norma" deixa intacta a relação da violação da norma com os demais requisitos do delito "antijuridicidade" e "reprovabilidade"; sobre esta base, tampouco, se dão contradições sistemáticas para nenhum de ambos modelos pensáveis.

25. É conhecida, através da história da dogmática, a controvérsia sobre a possibilidade da instigação a um fato principal não doloso. Em vista da introdução da assim chamada acessoriedade limitada no Código Penal alemão, os partidários do sistema causalista e da teoria do dolo concluíram, partindo da posição do dolo de fato no âmbito da culpabilidade, pela *possibilidade* de uma tal instigação, enquanto os partidários da teoria oposita, que conta o dolo de fato como requisito do injusto, ascenderam à *impossibilidade* da instigação a um fato principal não doloso. Mas, em realidade, tais conclusões extraídas da sistemática não podem solucionar o problema material.

Isto vale, pelo menos, para os fatos dolosos comissivos. Em relação aos fatos culposos, que, segundo a legislação atual, em sua maioria, requerem a produção de um resultado, se percebe a necessidade de uma maior reflexão: dado que pertence aos pressupostos de punibilidade a chamada “relação de antijuridicidade”, isto é, que a ocorrência do resultado tem que ser a realização da contravenção do cuidado,²⁶ e ademais, que a previsibilidade subjetiva do resultado se considera como critério da reprovabilidade, *deve*, então, a produção do resultado realizar um papel já no âmbito do primeiro nível da estruturação?

Aqui só se pode esboçar uma resposta. Como se sabe, a lesão da norma nos fatos culposos consiste na realização de uma ação cuja descrição não se pode derivar da lei; aplicar o direito no caso concreto é, então, em primeiro lugar, estabelecer qual é o direito.²⁷ Para isso, o único ponto de referência se acha no resultado que a lei menciona (!), isto é, a descrição abstrata da lesão de um bem jurídico. A produção concreta do resultado, entretanto, só dá ocasião para interrogar sobre a existência de uma norma de cuidado; mas não forma parte das condições objetivas da punibilidade. Sob o ponto de vista dogmático não surge, então, a *necessidade* de colocar o resultado no tipo.²⁸

A previsibilidade subjetiva do resultado se considera, desde há muito tempo, como elemento da reprovabilidade dos fatos culposos. Mas só ARMIN KAUFMANN descobriu o conteúdo verdadeiro deste elemento.²⁹ Trata-se da evitabilidade do erro de proibição sob o qual age normalmente, o autor, em razão de que não adverte que com sua ação se comporta em contravenção ao cuidado relativo à lesão de um bem jurídico e, então, dada a ausência de causas de justificação, também antijuridicamente. A previsibilidade do resultado não é, neste contexto, um critério autônomo; ela deve sua importância, só ao fato de que a previsão das consequências de uma ação pode dar lugar a um processo de pensamento que em determinada medida reproduz os motivos inspiradores da norma — a possibilidade de uma lesão do bem jurídico conduz à proibição da ação — e assim leva consigo o conhecimento da antijuridicidade da ação projetada. O autor, pois, não deve prever mais que o necessário para conhecer a contravenção ao cuidado, e isto

26. Conf. KARL ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931, pág. 61; identicamente, HANS WELZEL, *Lehrbuch*, pág. 136 (pág. 193 da tradução espanhola).

27. Conf., por exemplo, SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 17.^a ed., Munich, 1974, § 59, números 185 e segs. com mais amplas indicações.

28. Mais na matéria mesma que na formulação coincide WELZEL, que atribui à causação do resultado a função de selecionar aquelas ações contrárias ao cuidado (à norma) que, segundo a legislação positiva, têm relevância “penal”, isto é, que são relevantes sob o aspecto da punibilidade concreta. Conf. *Lehrbuch*, pág. 136 (pág. 193 da tradução espanhola).

29. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1964, pág. 52.

pode ser menos que a produção concreta do resultado com todas as suas particularidades. Cabe acrescentar que para a capacidade de motivar-se de acordo com a norma é importante *pré*-considerar (*vorbedenken*) as consequências da ação, o que é independente da realização posterior das mesmas.

Confirma-se, então, que nem nos fatos culposos existe a necessidade dogmática de uma determinada localização da produção do resultado, nem surgiria uma fricção se se optasse pela colocação deste elemento junto com a lesão da norma.

Sobre esta base resultam, finalmente, decisivas as conclusões da praticabilidade, das quais mencionarei somente algumas poucas. Se se ordenam os pressupostos da punibilidade de um fato doloso consumado segundo o “delito”, então haverá que começar a resolução do caso com o tipo subjetivo, porque sem conhecer o dolo de fato não se pode dizer se a atitude externa do autor constitui precisamente esta determinada ação descrita pela lei penal. O tipo objetivo, por sua vez, pressupõe que o autor realizou todo o requerido segundo suas representações para obter o resultado. Só depois da antijuridicidade e da reprovabilidade vem o exame das condições de punibilidade, e entre elas a produção do resultado e sua causação pelo autor. Precisamente aqui teria que se contestar a questão — em certa maneira um paralelo à “relação de antijuridicidade”³⁰ nos fatos culposos — acerca de se o resultado representado e o verificado se correspondem mutuamente, isto é, por exemplo, se um desvio donexo causal resulta relevante e conduz à exclusão da punibilidade de um fato doloso, sempre dado que a tentativa não seja punível.

Uma estruturação tal é já conhecida através do esquema da tentativa e, igualmente como este o demonstra, realizável. Sem embargo, em comparação com o modelo no qual a produção do resultado forma parte do tipo (do crime) pelo menos existiria um desnecessário esforço — pelo menos de não punibilidade da tentativa — se se tivesse que comprovar todos os requisitos do delito, entretanto já, desde o princípio fica claro, pese à comprovação de um delito, que fracassa a punibilidade por falta de resultado. Ademais, se se coloca a produção do resultado e sua causação — elementos que em todo caso têm que se dar — no tipo, se supõe a comprovação atinente a se o autor realizou todo o requerido, segundo suas representações, para obter o resultado; a comprovação do dolo tem um ponto de partida direto e também as consequências da não coincidência do resultado representado e do realizado aparecem já no tipo subjetivo, o que significa que não há que examinar, por exemplo, em casos de desvio relevante do curso causal, a antijuridicidade e a reprovabilidade.

30. Sobre a terminologia conf. ARMIN KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, pág. 14 nota 44.

No âmbito dos fatos culposos não existe, para a colocação do resultado no tipo (do crime) nenhuma necessidade dogmática, senão, melhor, uma necessidade prática: como os requisitos da lesão da norma não são descritos pela lei e têm que ser desenvolvidos *ad hoc*, então não teria muito sentido começar a busca sumamente complicada destes requisitos, se não se chega à punibilidade sem o resultado, muito facilmente comprovável. Ademais, não se trata de encontrar quaisquer normas de cuidado e de constatar sua lesão, senão, melhor, só aquelas que, por seu gênero, pelo menos potencialmente, podem estar em “relação de antijuridicidade”. Isto importa que a produção do resultado deve tomar-se, pelo menos, como ponto de partida e de referência para a determinação dos elementos da lesão da norma, se não se quer realizar muito esforço supérfluo.

Até aqui a questão sistemática foi tratada só em relação à produção do resultado e, com isso, se partiu, implicitamente, da premissa de que só a inclusão ou não inclusão do resultado decide sobre o “verdadeiro” conceito do tipo. Mas isto não é correto. Fora da ação proibida, que corresponde à matéria da norma, também poderiam ser elementos do tipo os elementos particulares das leis especiais.³¹ Mas, sobretudo, há que mencionar aos elementos da autoria que, junto com a matéria da norma, formam o objeto da norma.³² Aqui são distintas as consequências sistemáticas em caso de que se atribua maior importância ao caráter do elemento autoria como parte do objeto da norma, ou sua particularidade de não poder ser objeto do dolo do fato: no primeiro caso, se chega ao conceito mais amplo do tipo de WELZEL, que então tem, por causa das distintas consequências para o erro, que subdividir os elementos do tipo,³³ enquanto no outro se sobe ao conceito mais estrito e unificado de tipo de ARMIN KAUFMANN que, pelas consequências em matéria de erro se vê obrigado a transferir uma parte dos pressupostos positivos do injusto ao âmbito da antijuridicidade.³⁴ É decisivo o que se considere mais prático, do mesmo modo que a respeito dos pressupostos da validade da norma,³⁵ que se podem considerar, segundo uma idéia de HANS-JOACHIM HIRSCH, em um nível sistemático separado antes da tipicidade, precisamente por seu caráter de pressuposto da

31. ARMIN KAUFMANN, loc. cit. e *Normentheorie*, pág. 107, 196 e segs.

32. O que ARMIN KAUFMANN denomina “objeto da norma” é, para WELZEL, a “matéria da proibição”; o significado do termo “matéria da norma” é, pois, distinto para ambos autores.

33. *Lehrbuch*, pág. 77 (pág. 112 da tradução espanhola); conf., também, HANS-JOACHIM HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, Bonn, 1960, pág. 303 e segs.

34. loc. cit.

35. Por exemplo, validade da norma, constitucionalidade. Conf. ARMIN KAUFMANN, *Normentheorie*, pág. 97.

norma violada —, ou com vinculação ao tratamento dos erros de mesma espécie no âmbito da antijuridicidade, sendo o erro sobre um pressuposto de validade da norma um erro de proibição. E com isto se esclarece, ainda mais, que a questão sistemática da estruturação tem que ser solucionada em favor do modelo mais amplo e flexível que se orienta ao conceito do crime. Desde logo deve-se tomar em conta neste modelo, também, a estrutura do delito e a sequência dos elementos deste, mas isso não exclui a conjunção de um elemento do delito com outros pressupostos de punibilidade para estabelecer unidades motivadas por razões práticas. Isto vale também para o tipo. Tal conceito compreende não somente a lesão da norma — a matéria da norma no sentido de ARMIN KAUFMANN —, senão também, e por razões práticas, o resultado efetivo. Neste sentido, partindo deste mais amplo conceito de tipo, a produção do resultado “co-realiza” o tipo.

b) Também nos delitos de omissão se encontra a contradição aparente de que há autores que ao mesmo tempo que têm por indiferente, com relação ao injusto, à produção do resultado, sem embargo, colocam-no no tipo. Certo é que ARMIN KAUFMANN fala, com relação aos delitos quase-dolosos consumados de omissão de evitar um resultado, do elemento do tipo “situação típica”, explicando este último com a expressão “ameaça da realização do resultado”,³⁶ mas, por isso, na prática docente de dito penalista se entende, também, a realização do resultado.³⁷ De igual modo eu falei em meu livro sobre os delitos de omissão, de que a verificação do resultado forma parte do tipo.³⁸ Sobre a fricção sistemática que disso parece derivar, o essencial já está dito mais acima.

Naturalmente MASUDA tem razão quando, partindo da norma, do mandado, chama à produção do resultado uma condição objetiva de punibilidade fora do delito e, quando sublinha a possibilidade de distinguir entre a produção do resultado ocorrido e do representado. Mas, com isto, todavia, não se decidiu nada quanto à colocação do resultado produzido dentro do esquema dos pressupostos da punibilidade. Se se parte do crime, a produção do resultado só é uma das várias condições de punibilidade, cuja posição sistemática se encontra traçada só na medida em que a estruturação interna do delito requer uma certa sequência. Esta limitação não rege para o resultado; ele é puro elemento do crime e pode, por isso, aparecer junto com a lesão da norma dentro do tipo do crime.

36. *Unterlassungsdelikte*, pág. 318.

37. Na realidade, não existe diferença material entre descrever os pressupostos da punibilidade no momento anterior ao resultado — então, “ameaça” — ou no momento posterior — então, “realização”. De todo modo, para a punibilidade da omissão sempre se precisa da verificação do resultado.

38. *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, pág. 90 e segs.

A neutralidade com relação às conclusões sobre a punibilidade e a ausência de fricções dogmáticas outra vez faz depender a eleição do esquema sistemático somente de considerações práticas. O esquema pelo qual deveria optar MASUDA seria o da omissão da tentativa de evitar um resultado. Então pertenceria ao tipo a falta de uma ação tendente a evitar o resultado e a capacidade de intentar, isto é, a representação do resultado e a capacidade de chegar à conclusão de que a ação correspondente é realizável.³⁹ Isto significa, também, que a comprovação especialmente complicada da capacidade de agir teria que se realizar, também, no caso de que, em virtude da legislação positiva, não se chegaria nunca à punibilidade quando não há resultado. Também aqui é, pois, preciso orientar o esquema dos pressupostos da punibilidade pelo crime, e, neste sentido, também o resultado é elemento do tipo.

IV

A investigação não leva a nenhuma conclusão sistemática inovadora; com relação ao resultado permanece vigente a sistemática dos pressupostos da punibilidade que se desenvolveu com base em uma teoria clássica, mas agora superada, do injusto. Isto poderia desiludir a aqueles que sempre esperam consequências sistemáticas atraentes de uma nova concepção dogmática. Mas a aqueles que, como HANS WELZEL não buscam o novo pela novidade mesma, senão que querem servir com suas concepções teóricas, também, e especialmente, à prática penal, lhes bastará o esclarecimento de como e por quê as soluções sistemáticas tradicionais são corretas também à luz dos novos conhecimentos.

39. Conf. ARMIN KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, pág. 258.

UM PENSAMENTO SOBRE INDULTO *

NILO BATISTA

I

O art. 8.º do Dec. n.º 78.800, de 23/nov/76¹ determina não se beneficiarem do indulto e comutação de penas nele concedidos os condenados por crime contra a segurança nacional e por crime que tenha por objeto entorpecente ou substância que cause dependência física ou psíquica, quando referida na sentença a condição de traficante.

Os problemas propostos são os seguintes: 1. na hipótese de condenação, num só processo, em regime de concurso material, por um desses crimes

* As reflexões que se seguem foram motivadas por um processo que dividiu as opiniões dos membros do E. Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro. Condenado pelos crimes de tráfico de drogas e de resistência, o requerente mereceu Parecer contrário, por maioria de votos, ao indulto que corresponderia à pena executada pelo crime de resistência, por estar condenado pelo crime de tráfico de drogas. A ignorância de como estarão solucionando o problema os demais Conselhos Penitenciários dos Estados, e a compreensão da relevância do papel de tais órgãos — que só tive integralmente ao participar de um deles, por breve período, — animaram-me a publicá-las.

1. DO 24/nov/76.

e qualquer outro, ou 2. na hipótese de unificação ou soma de penas, entre as quais uma por um desses crimes, será aplicável o decreto, excluindo-se as penas correspondentes aos crimes contra a segurança nacional e de tráfico de entorpecentes? Ou os condenados por tais crimes não fazem jus, de nenhuma forma, ao indulto e/ou comutação de penas?

II

O indulto verdadeiramente significa, como lembra JESCHECK,² uma renúncia ao direito de execução da pena (*"einen Verzicht auf das Strafvollstreckungsrecht"*); ANTOLISEI menciona *"l'abbandono, da parte dello Stato, del potere-dovere di infliggere al reo la pena comminata dalla legge"*³. Embora em perspectiva puramente processual, MAURACH não se afasta dessa linha, referindo-se a *"impedimento de ejecución"*.⁴

2. *Lehrbuch des Strafrechts*, A. T., Berlim, 1969, p. 587.

3. *Manuale di Diritto Penale*, P.G., Milano, 1969, p. 586.

4. *Tratado de Derecho Penal*, Trad. CORDOBA RODA, Barcelona, 1962, v. II, p. 621. MAURACH demonstra a impro-

No Brasil, é essa a opinião abalada de ANÍBAL BRUNO, para quem o indulto "impede tão-só a execução da pena a que tenham sido condenados os que dele se beneficiam".⁵

O efeito do indulto é a extinção da punibilidade no aspecto particular da execução da pena.⁶

Entre as críticas⁷ que o chamado direito da graça (*Gnadenrecht*) recebeu,

cedência de considerar-se a natureza jurídica do indulto como "escusa absolutória". A simplificação de SOLER ("El indulto es un perdón") nos levaria a investigar a natureza jurídica deste perdão (*Derecho Penal Argentino*, B. Aires, 1970, v. II, p. 462).

⁵. Direito Penal, P.G., Rio — S. Paulo, 1962, v. 3.º, p. 203.

⁶. É verdade que o art. 3.º do dec. 78.800 estende seus efeitos a processos em andamento perante tribunais de segundo grau, desde que só haja recurso da defesa (impossibilitada, pois, qualquer majoração da pena aplicada). Mas é verdade também que só imprópriamente se pode falar de indulto, nessa situação (os alemães falaria de *Abolition*, e não de *Begnadigung*). ANÍBAL BRUNO ensinava que "o indulto opera somente depois da sentença condenatória passada em julgado" (op. cit., p. 203).

⁷. E as loas. Em algumas províncias da República Argentina, cuja legislação desconhecia a revisão criminal, o indulto era o único instrumento para salvar o erro judiciário (SOLER, op. cit., p. 463). Especialmente em nossos dias, quando se comprova a falência das penas privativas de liberdade (e podemos dispensar a farta bibliografia estrangeira, e resoluções de congressos, para mencionarmos este extraordinário AUGUSTO THOMPSON, A Questão Penitenciária, Petrópolis, 1976), o indulto pode ser o veículo com o qual o realismo do poder executivo tempere a mística com a qual, em certos arraiais do poder judiciário, é tratada a pena de prisão.

a maior residu certamente na desigualdade de tratamento perante a lei e o estado.⁸

Tal crítica não pode atingir o dec. 78.800, de 23/nov/76, face a seu caráter generalizante, inspirado que foi nos sentimentos de fraternidade e cristã piedade sugeridos pelo Natal.

III

Entendeu o legislador, todavia, que não deveria renunciar o Estado à execução das penas aplicadas por crimes contra a segurança nacional ou de tráfico de drogas.

Transparece, na restrição, o caráter político que acompanha o direito da graça desde suas mais primitivas manifestações. São delitos cujas penas, a juízo do poder executivo, merecem integralmente executadas. Ainda quando se discorde dos critérios eleitos pelo legislador, força é convir que lhe era lícito estatuir classes de delitos cujas penas não fossem abrangidas pelo indulto e/ou comutação, e que tal restrição não significava disparidade de tratamento legal.

Trata-se de um indulto (ou comutação) generalizado, incondicional, e que independe "de que os interessados o solicitem".⁹

⁸. Essa crítica se acentuou pelos excessos do emprego da *Abolition* (hoje inexistente no direito alemão como instituição autônoma) durante o III Reich, quando falar-se em "favor do príncipe" era algo mais que metáfora. O mesmo se passou na Itália fascista. VON LISZT, sempre à frente de seu tempo, dizia da *Abolition* ser a mesma um instituto reprovável ("*verwerflich*" — in *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin e Leipzig, 1919, p. 275).

⁹. ANÍBAL BRUNO, op. cit., p. 202. Veja-se o art. 9.º do dec. 78.800.

IV

A redação do art. 8.º do dec. 78.800, de 23/nov./76, ora em exame, merece transcrição:

"Art. 8.º — Este decreto não beneficia os condenados:

I — por crime contra a segurança nacional;

II — por crime que tenha por objeto entorpecente ou substância que cause dependência física ou psíquica, quando referida na sentença a condição de traficante."

Significará isto que aqueles que tenham sido condenados por crime contra a segurança nacional ou de tráfico de drogas não serão beneficiados pelo indulto *mesmo com relação aos demais crimes que hajam cometido?*

Certamente que não, e pelos três argumentos que brevemente serão desenvolvidos em seguida.

V

Em primeiro lugar, como visto, o indulto é *indulto da pena* e não *indulto do condenado*. Trata-se de renúncia da execução de determinada pena, e não de uma escusa absolutória de natureza pessoal, com efeitos sobre a execução da pena.

Pensar diferentemente equivale a considerar o indulto e/ou a comutação como uma espécie de "*lettre de cachet*" às avessas, e ter a anterior condenação por crime contra a segurança nacional ou de tráfico de drogas como uma condição subjetiva negativa à sua obtenção.

Tal raciocínio conduziria ao seguinte absurdo: o condenado que cumprisse pena integral por crime contra a segurança nacional ou de tráfico de drogas e, anos depois de sua libertação, por extinta dita pena, voltasse a

ser condenado por furto, não poderia beneficiar-se do indulto e/ou comutação (pois continuaria a ser, até o fim de seus dias, "condenado" pelo primitivo delito). Isso equivale a acrescentar à pena por tais crimes um efeito — de ordem penal — que ela não tem, implicando problemas com a reserva legal e com a constitucionalidade do poder executivo para criar tal efeito.¹⁰

VI

O segundo argumento consiste em perceber que a conclusão no sentido de que os crimes conexos (ou de penas somadas ou unificadas) a crimes contra a segurança nacional ou de tráfico de drogas não têm a execução de suas penas suspensas ou reduzidas pelo perdão ou comutação arranca e repousa, por inteiro, numa *interpretação gramatical* do art. 8.º do dec. 78.800.

Se se tem presente, como já tivemos oportunidade de referir, que "conhecer a lei é alguma coisa diversa de conhecer as palavras da lei, ou ainda conhecer a gramática da língua em que foi escrita a lei",¹¹ e se se considera — numa perspectiva teleológica, com recurso ao assim chamado elemento sistemático — que "*la norma giuridica penale non è che la molecola di un organismo più vasto, l'ordinamento giuridico penale*", como lembrava BEL-

¹⁰. Nenhuma razão juridicamente reconhecível permite distinguir as situações daquele que já cumpriu e daquele que ainda está cumprindo a pena por crime contra a segurança nacional ou de tráfico de drogas, se se pretende considerar a qualidade de condenado como condição subjetiva negativa para a obtenção do indulto e/ou comutação.

¹¹. NILO BATISTA, Observações sobre a Norma Penal e sua Interpretação, RDP 17, p. 90.

LAVISTA,¹² avulta o equívoco daquela conclusão.

Pois tal conclusão não leva em conta a natureza jurídica do indulto (renúncia estatal à execução da pena), e a substitui, em sua clara objetividade, por um critério de condicionamento subjetivo. O legislador *escreveu*, efetivamente, que o decreto "não beneficia os condenados" pelos crimes *x* e *y*; mas o jurista tem que *ler* isto da seguinte forma: o estado não renuncia a seu direito-dever de execução das penas dos crimes *x* e *y*.

Por outro lado, aquela conclusão ignora o fato simplicíssimo de que num caso de condenação por dois delitos, em regime de concurso material, houve em realidade cumulação de duas ações penais, reunidas num só processo pelas regras da conexão. E não haveria qualquer razão plausível para que a impossibilidade de indulto a uma das penas daí decorrentes contaminasse a outra.

VII

Por fim, teríamos o argumento de natureza política.

A conclusão no sentido de que aqueles que tenham sido condenados por crime contra a segurança nacional ou de tráfico de drogas não se beneficiam, de nenhuma forma, do indulto e/ou comutação, é discriminatória e irracional.

Figurem-se três exemplos, *A*, *B* e *C*. *A*: condenado por propaganda subversiva, na modalidade de panfletagem (art. 45, I do dec.-lei 898, de 29/set./69) e furto. *B*: condenado por tráfico de drogas, tratando-se de pessoa que facultava a amigos, sem lu-

¹² *L'Interpretazione della Legge Penale*, Milano, 1975, p. 68.

cro, maconha que adquiria, e furto. *C*: condenado por estelionato e furto.

A prevalecer a conclusão examinada, somente ao caso *C* seria aplicável o indulto. Isso significaria, sem qualquer dúvida, disparidade de tratamento, agredindo o mais elementar sentimento de equidade, e incrementando toda a crítica que, no particular, mereceu historicamente a instituição do indulto. Parece lógico que, se o estado renuncia à execução da pena pelo crime de furto, deverá fazê-lo nos casos *A*, *B* e *C*.

VII

Em síntese, podemos afirmar, s.m.j., que:

1. Quando, num só processo, uma das condenações referir-se a crime contra a segurança nacional ou de tráfico de drogas, em relação à(s) outra(s) pena(s) caberá, nos termos do dec. 78.800, de 23/nov./76, indulto e/ou comutação;

2. O problema não se coloca na hipótese de unificação de penas, uma vez que o crime continuado exige infrações da mesma espécie, e estaremos, pois, diante de uma cadeia de crimes contra a segurança nacional ou de tráfico de drogas;

3. No caso de mera soma de penas, a presença de uma referente a crime contra a segurança nacional ou de tráfico de drogas não impede a incidência do indulto e/ou comutação das demais, quando cabível. Deve-se, em tais casos, fazer abstração das penas referentes a tais crimes, a cuja execução — e só a elas — não renunciou o estado.¹³

¹³ *"Nel concorso di più reati l'indulto si applica una sola volta, dopo cumulate le pene"* — ANTOLISEI, op. cit., p. 588.

ANÍBAL BRUNO E A REFORMA PENAL *

ALCIDES MUNHOZ NETTO

Introdução

1. Participo, com satisfação, desta série de conferências em homenagem a Aníbal Bruno. É uma grata oportunidade de, uma vez mais, externar a grande admiração a respeito que sempre devotei ao insigne mestre. Sua notável obra assinala decisiva etapa na evolução da moderna literatura jurídico-penal em nosso país. Ninguém, antes dele, havia, no Brasil, versado temas penais, com o sistema, a profundidade e o rigor científico que caracterizam os seus escritos. Confesso-me seu discípulo, entre tantos outros em quem seu trabalho despertou ou estimulou a vocação para o Direito Penal. Aníbal Bruno fez, realmente, do magistério superior o seu destino, como sempre pretendeu. (Nilo Batista, O Mestre Aníbal Bruno, in *Ciência Penal*, vol. I, pág. 5, 2.^a série). Se mais não produziu, foi porque a nação para isso não lhe deu meios materiais. Trago, a respeito, testemunho pessoal. A instâncias minhas, o Prof. Everardo Luna, em 1968, levou-me a conhecê-lo. Encontramos Aníbal Bru-

* Conferência proferida em Belo Horizonte, em 11.11.76.

no em modestíssimo apartamento, no Rio de Janeiro. De há muito aposentado, vivia dos minguados proventos de catedrático e dos parques direitos autorais, destinados, no Brasil, a livros científicos. Conversamos longamente. Era uma satisfação usufruir de seus conceitos precisos acerca de filosofia, literatura, política e direito. Indaguei-lhe, a certa altura, sobre a conclusão de seu Tratado de Direito Penal. De seus lábios ouvi, entre, pesaroso e estarecido, que a sua honestidade científica o impedia de ultimar o livro. Por nunca ter-se deixado seduzir por ambições econômicas, desprezando a advocacia e outros encargos que o desviassem da pesquisa e do estudo, Aníbal Bruno confessava-se sem recursos para adquirir as novas edições de autores estrangeiros, que não mais poderia continuar citando, ante o risco de haverem modificado suas originárias concepções. Promessas de subvenções oficiais lhe tinham sido feitas, mas delas já descreia o mestre. Mal posso acreditar, ainda hoje, exista, em nosso país, tamanho descaso por homens de pensamento do quilate de Aníbal Bruno, que, dos poderes públicos, teria de receber todas as condições à continuidade da inestimável

contribuição ao progresso das letras jurídicas brasileiras.

Dogmática e Política Criminal

2. Nada mais adequado, num preito de gratidão e de saudade ao inesquecível penalista pernambucano, do que focalizar-lhe a atualidade do pensamento. E, numa época em que se cogita da reforma de nossas instituições penais, parece oportuno proceder o confronto das idéias de Aníbal Bruno acerca do direito constituindo, com as atuais tendências de aperfeiçoamento do direito punitivo.

Na primeira edição de seu Direito Penal, escrito "*com o pensamento voltado para os jovens estudiosos*" (ed. de 1956, tomo I, Prefácio), Aníbal Bruno destacava a importância da crítica e da política criminal, incluindo-as na própria ciência penal. A posição da política criminal — afirmava — "*é sempre adiante do Direito vigente, cujas reformas oportunas sugere e orienta, recebendo inspiração, por um lado, da filosofia e da história, e por outro, e sobretudo, das ciências criminais. Embora distinta do Direito Penal, penetra nele intimamente através da crítica, fornecendo a ela os mais importantes subsídios...* A maioria dos dogmáticos refutaria essa posição da crítica dentro da ciência do Direito Penal. Mas é ela que concilia, como vimos, o rigor da técnica com o sentido das forças empíricas que movem o fenômeno do crime, e, sem deformar o Direito como ele realmente existe, estabelece uma relação entre o presente e o futuro, útil à compreensão, que poderíamos chamar evolutiva, do Direito vigente e hoje mais do que nunca justificada, quando os códigos penais, com as concessões que têm fei-

to às exigências fundamentais da corrente de inspiração naturalista, revelaram que o Direito Penal está dentro de uma renovação profunda nesse sentido. E assim ela evita o perigo maior do tecnicismo, que é fazer perder ao jurista o sentido do histórico, cerrando o Direito vigente como coisa acabada e entorpecendo-lhe o movimento para a sua evolução e transformações oportunas, o que nos levaria, por fim, por caminhos diversos, à idéia de um código ideal, perpetuamente válido, contra a qual valeria renovar a batalha que Savigny conduziu através do historicismo" (ob. cit., tomo I, págs. 41, nota 19, e 47).

Esta inclusão da Política Criminal na ciência penal, que Aníbal Bruno defendeu na década de 50, está hoje em voga na Alemanha. Com efeito, Claus Roxin, catedrático na Universidade de Munique, e um dos mais acaudados penalistas germânicos da nova geração, defende idéias semelhantes. Procurando dar novos rumos à dogmática jurídico-penal, em crise ante a polémica entre finalistas e causalistas, proclama Roxin, que as soluções penais devem ser conjugadas com a política criminal, sem abandono da função do ordenamento jurídico de "*assegurar a igualdade na aplicação do Direito e a liberdade individual, frente ao ataque do 'Leviathan' do Estado* (Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Munich, 1972).

Pensa Roxin que as concretas categorias do delito — tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade — devem se sistematizar, se desenvolver e se completar sob o prisma de sua função político-criminal (ob. cit., pág. 40).

Assim, em relação à tipicidade, para uma interpretação restritiva que atualize a sua função de magna carta do

Direito Penal e sua natureza fragmentária, deve-se recorrer, como critérios auxiliares, a princípios como o da *adequação social*, que restringe o teor literal do tipo, pelo acolhimento de formas de conduta socialmente admissíveis e ao princípio da *insignificância*, que permite, na maioria dos tipos, excluir danos de pequena monta. Maus tratos, desta forma, não seriam quaisquer danos à integridade corporal, mas só aqueles relevantes, da mesma forma que a difamação só seria a lesão grave à pretensão social de respeito (ob. cit., pág. 53).

No que toca à antijuridicidade, para estabelecer o âmbito das causas de justificação, alcançando-se, em consequência, uma correta solução social dos conflitos, tem de se jogar, alternativamente, com os princípios da prevalência do direito, da autoproteção, da proporcionalidade, da ponderação dos bens e da autonomia. Na legítima defesa, por exemplo, os princípios de autoproteção e de prevalência do direito são os que servem de base à sua regulamentação legal. Isto significa que todo o mundo tem o direito a defender-se de ataques proibidos, de maneira a que não sofra nenhum dano. Ainda que possível ao agredido subtrair-se ao ataque, a legítima defesa é permitida. O princípio da prevalência do direito (a idéia, portanto, de que o direito não tem que ceder ante o injusto) vai mais longe aqui que os interesses de autoproteção... A autoproteção e a prevalência encontram, porém, seus limites comuns num princípio, reitor de todo o ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade, que conduz à renúncia da legítima defesa, nos casos de absoluta desproporcionalidade dos bens que estão em conflito (isto é, nos casos em que se infligem lesões

corporais graves para se defender de danos de pequena importância). Ademais, do ponto de vista político-criminal, o princípio da prevalência do direito não pode vigir para as agressões de crianças e enfermos mentais, porque o ordenamento jurídico não necessita impor-se a pessoas que não podem se motivar pelas normas que infringem e que, precisamente por isto, ficam impunes (ob. cit., págs. 57 a 60).

Quanto à culpabilidade, deve a mesma ser relacionada, de um ponto de vista político-criminal, com a teoria dos fins da pena. Neste sentido, cumpre indagar se o autor da ação típica e antijurídica merece ou não ser punido, isto é, se a pena, no caso, se faz necessária, seja para castigar o mal praticado (retribuição), seja para intimidar terceiros e evitar que pratiquem ações análogas (prevenção geral), seja para corrigir o próprio autor (prevenção especial). Com este critério, através da culpabilidade, limita-se a incidência da pena. Com efeito, se, *verbi gratia*, alguém — por qualquer razão que seja — não pôde evitar o injusto típico que praticou, não há fundamento para puni-lo: qualquer que seja a teoria da pena adotada, não se pode querer retribuir uma culpabilidade inexistente, nem afastar a generalidade das pessoas da causação de consequências inevitáveis, nem é necessário um efeito de prevenção especial, a quem não se pode censurar a conduta (ob. cit., pág. 67).

A Trilogia das Reformas Penais

3. Correspondem às atuais tendências evolutivas do Direito Penal as idéias de não incriminar infrações insignificantes, de evitar a incidência de penas, sobretudo as privativas de li-

berdade, se desnecessárias à retribuição e à prevenção e de emprestar à culpabilidade função de garantia individual, erigindo-a em indeclinável pressuposto das sanções criminais.

Com efeito, atualmente, todo o movimento de renovação legislativa, no campo punitivo, procura dar efetividade à trilogia: descriminalização, despenalização e limitação da responsabilidade penal pela culpabilidade.

Pois bem, destes anseios, hoje gerais, já compartilhava o nosso Aníbal Bruno, há vinte anos passados. Era ele, na verdade, adepto da idéia de excluir do direito punitivo as infrações de bagatela, que só sobrecarregam os juízos criminais e comprometem a dignidade do magistério punitivo. Também preconizava evitar-se as penas privativas de liberdade, substituindo-as por outras providências jurídico-penais. E ao princípio da *nulla poena sine culpa*, Aníbal Bruno emprestara importância fundamental.

Acerca da descriminalização, escrevia o grande penalista pátrio: *a pena é um recurso extremo de que se vale o legislador, quando de outro modo não lhe seria possível assegurar a manutenção da ordem jurídica* (ob. cit., tomo I, pág. 286) ... *Na evolução das legislações, algumas figuras penais podem perder esse caráter, como tende a ocorrer hoje com o adultério, por exemplo* (ob. cit., tomo IV, pág. 29).

Era incisivo o pronunciamento de Aníbal Bruno sobre a despenalização: *"Tem-se revelado uma crise na pena privativa da liberdade, reclamando-se uma redução ao mínimo dessa privação, falando-se em prisão sem muros ou mesmo em trabalho livre obrigatório para substituí-la, a fim de evitar ao condenado restrições que embaracem o seu ajustamento à vida normal*

na comunidade de Direito. Esta é a mais grave das crises que têm afetado a pena, a que atinge nas suas características tradicionais de retribuição e aflição... O que se torna evidente é que a Penologia atual, inspirada na decisão de reajustar o delinqüente à vida social dentro do Direito, se encaminha cada vez mais para restringir a privação da liberdade ao mínimo, substituindo-a por um regime que realize ou imite as condições da existência livre. Porque realmente se trata de criar no delinqüente o hábito de reagir conforme ao Direito, em meio às provocações e estímulos malsãos que a vida em sociedade oferece, mas um hábito para o qual concorra a vontade do próprio criminoso, não uma rotina superficial imposta pelas condições do modo de viver na prisão e que só aí teria eficácia."

Condenava, também, as penas curtas de prisão, nas quais *"não é possível exercer sobre o delinqüente nenhuma ação contínua e duradoura capaz de modificar a sua personalidade, corrigindo a deformação criminógena que nela se manifestou. Ao contrário, o criminoso, muitas vezes primário, vai reunir-se na prisão a outros criminosos, que afinal se corrompem mutuamente, cada qual com a sua própria experiência do crime, a vaidade das suas façanhas e os projetos de novos extravios. A sugestão do ambiente é para fortalecer a perseverança no caminho do delito e aperfeiçoar a técnica do delinqüente"* (ob. cit., tomo III, págs. 23, nota 2, 65, nota 9, e 66).

A função limitativa da culpabilidade, o mestre pernambucano emprestava a maior ênfase, fruto, naturalmente, de sua liberal concepção acerca do direito punitivo. *"O Direito Penal é um sistema jurídico de dupla face, que*

protege a sociedade contra a agressão do indivíduo e protege o indivíduo contra os possíveis excessos de poder da sociedade na prevenção e repressão dos fatos puníveis. Toda a sua atuação se faz sob o critério regulador da justiça... A lei punitiva, não só promove a defesa social pela proteção que conjere, por meio dos rigores da sua sanção, às condições existenciais da sociedade, nos termos em que ela se acha constituída, mas assegura e delimita o campo de ação do Estado na repressão e prevenção direta da delinqüência, e com essa delimitação garante as liberdades individuais em geral e os direitos fundamentais que subsistem no próprio delinqüente." (Ob. cit., tomo I, págs. 32 e 199.) Especificamente sobre o princípio do *nulla poena sine culpa*, que considerava *"imperiosa exigência da consciência jurídica"*, asseverava: *"o Direito Penal de hoje é conceitualmente um Direito Penal da culpabilidade. M. E. Mayer pôde dizer que a dignidade do Direito Penal reside na reprovação da responsabilidade pelo resultado e no reconhecimento da responsabilidade pela culpabilidade... Persistem, entretanto, nas legislações vigentes, casos em que se faz sentir o pensamento da responsabilidade pelo resultado, o que mostra que a evolução do princípio ainda não se encerrou. Esses resíduos das velhas concepções objetivas, que existem mesmo nos códigos mais modernos, como o nosso, mostram-se, sobretudo nos chamados crimes qualificados pelo resultado, fatos puníveis em que se exacerba a pena quando neles se produz involuntariamente um resultado mais grave, casos que von Liszt diz muito bem que não correspondem nem à consciência jurídica de hoje, nem aos princípios de uma política criminal racional"* (ob. cit., tomo II, págs. 407 e 410, nota 1).

Demonstrada, ainda que sucintamente, a atualidade do pensamento de Aníbal Bruno, cumpre, numa segunda parte deste trabalho, examinar a utilidade das idéias enunciadas e, em balanço panorâmico, verificar quais os seus reflexos no Código Penal brasileiro de 1969.

Descriminalização

5. Descriminalizar significa colocar determinado comportamento fora do sistema punitivo. Isto não implica, necessariamente, em proclamar a licitude das condutas postas à margem da repressão penal. Traduz, também, o entendimento de que certos ilícitos jurídicos, definidos como infrações penais, podem ser mais racionalmente conjurados com sanções de outra natureza (administrativas, civis ou tributárias), ou com medidas meramente preventivas.

O Estado, ao estabelecer os crimes e contravenções, tem de se ater a certos limites. Por um lado, restringe-lhe a atuação a própria filosofia sob a qual se organizou, pois *"todo sistema de Direito assenta em bases filosóficas"* (A. Bruno, ob. cit., tomo I, pág. 45). Ora, a filosofia ocidental rejeita o Estado totalitário, propondo-se a dar efetividade às declarações universais de direitos, que garantem certas liberdades individuais, como a liberdade de consciência. Por outro lado, na seleção dos fatos a serem considerados crimes, o legislador, até por questão de economia, deve partir sempre do princípio de que o Direito Penal *"só deve intervir como ultima ratio da política social"*. É o que, invocando W. Maihofer, proclama Jorge de Figueiredo Dias: *importa que o legislador tome verdadeiramente a sério a imposição de só*

colocar sob ameaça de pena aquelas condutas que impedem ou põem em perigo, de forma intolerável, a livre reação da personalidade ética do homem na comunidade em que vive (A Reforma do Direito Penal Português, pág. 39, Coimbra, 1972).

Infelizmente, entretanto, nas últimas décadas, o legislador não tem sabido resistir ao que o mesmo penalista denomina de "sedução de uma tão inconveniente como perigosa inflação incriminatória" (ob. e loc. cit.). Fatos de escassa importância, através de impressionante sucessão de leis, vêm sendo erigidos à categoria de infrações penais, por meras razões de conveniência momentânea. A pretexto de regular novas relações, decorrentes do próprio desenvolvimento e da civilização, ou de soffrear abusos, o Estado cria, incessantemente, novos tipos penais. É que lhe é mais fácil e barato criminalizar do que prevenir. Custa muito menos, por exemplo, transformar infrações de trânsito em ilícitos penais, através de leis que nem necessitem conter a especificação de recursos orçamentários, do que construir obras de engenharia de tráfego, capazes de atenuar os riscos da circulação de veículos.

Paralelamente a este fenômeno, conservam os velhos Códigos figuras penais anacrônicas, fundadas em concepções morais ultrapassadas ou em fatos que a consciência social deixou de considerar criminosos. Nascidas de exigências de determinado momento da cultura, certas normas penais revestem-se daquela precariedade a que aludia Aníbal Bruno, "sobretudo nos períodos históricos de crise social e política, como o que hoje vivemos. A consciência desse caráter provisional é o que se faz sentir nas recentes cria-

ções legislativas penais" (ob. cit., tomo IV, pág. 30, nota).

Na verdade, a hipertrofia da legislação penal criou a necessidade de uma "tarefa de purificação do autêntico Direito Penal", que lhe restaure a dignidade e a eficiência. A descriminalização, assim, apresenta-se como necessidade inadiável, sentida em todos os quadrantes. Entre nós, a Sociedade Brasileira de Criminologia, apreciando o novo Código Penal e o projeto de Código de Processo Penal, fez notar que a crise da Justiça brasileira tem como causa preponderante o grande número de processos sobre fatos sem importância, que nossos juizes são obrigados a apreciar. O relatório de Evandro Lins e Silva, aprovado pela entidade, consigna: "questões patrimoniais e criminais inteiramente irrelevantes, quer sob o aspecto jurídico, convocam a atenção de ministros, desembargadores e juizes para decidilas, exigindo, até o julgamento, uma organização burocrática dispendiosa e um papelório inteiramente dispensável. Contravenções e outras infrações levíssimas, cobranças irrisórias, assuntos de nonada constituem a massa de serviço dos juizes e tribunais do país. A máquina judiciária é emperrada e não caminha e até se decidir um processo banalíssimo decorrem muitos meses e não raro muitos anos de andamento e de espera, nas prateleiras dos cartórios, nos escritórios dos advogados e nas casas dos juizes. Isso, evidentemente, está errado e carecendo de uma reforma de fundo, especialmente nos grandes centros, onde um juiz recebe centenas e às vezes mais de mil processos por ano, devendo instruí-los e julgá-los. De ano para ano os autos se vão amontoando sem ser possível dirimir, com razoável presteza, as causas

submetidas ao Poder Judiciário. Para manter em dia o serviço de uma Vara é preciso um esforço inaudito. O juiz despacha o expediente, que não é pequeno, ouve várias testemunhas, interroga acusados, atende as partes, fiscaliza o cartório, preside os debates das audiências de julgamento e ainda tem de proferir uma ou duas sentenças por dia. A crise da Justiça está fundamentalmente na sua base, no atraso com que são julgados os feitos, pela impossibilidade em que se vêem os juizes de dar solução à mole imensa de casos grandes e insignificantes — que lhes são distribuídos sem cessar, como uma espécie de motu continuo. Isto acarreta desprestígio para a própria Justiça perante a opinião pública, insuficientemente informada desses percalços e estorvos. Espalha-se uma desconfiança generalizada no aparelho judiciário, que não tem condições de reparar, com prontidão e eficácia, a violação dos direitos dos membros da comunidade" (Sobre a Reforma dos Códigos, in Jornal do Brasil, ed. 21.09.75, pág. 20, 2.º caderno).

6. Se é fácil perceber a utilidade em reagir à hipertrofia da lei penal, através da descriminalização, mais delicada é a tarefa de escolha dos ilícitos penais a serem abolidos. Os conchaves de Direito Penal e de Criminologia, internacionais ou locais, como o IX Congresso Internacional de Direito Penal, Haia, 1964 (R.B.C.D.P., n.º 7, págs. 124 a 126) e o Seminário de Direito Penal e Processo Penal de Belo Horizonte, 1974 (R.D.P., n.º 15/16, pág. 92), entre outros, fornecem subsídios à descriminalização, indicando as figuras ou as categorias de delitos a serem suprimidos.

Certamente com base em dados de tal natureza, foi que L.H.C. Hulsman

apontou os setores a descriminalizar (Descriminalização, in R.D.P. n. 9/10, págs. 7 a 26). Tais setores são: 1) as infrações fundadas exclusivamente na preocupação de tornar dominantes certas concepções morais, como, por exemplo, a blasfêmia, o adultério, o incesto, a sodomia, o homossexualismo ou a prostituição sem envolvimento de menores e sem escândalo público e certas espécies de delitos decorrentes de intolerância política. Trata-se de infrações sem graves danos sociais, que não ofendem bens ou interesses de outros membros da comunidade, traduzindo, antes, o desejo da maioria, ou dos detentores do poder, de impor coativamente suas idéias aos dissidentes, prática incompatível com sistemas de liberdade. Nas autênticas democracias, há que se respeitar o direito das minorias de terem concepções divergentes, em matéria de moral, de política ou de comportamento sexual. Como salienta Jorge de Figueiredo Dias: "o Direito Penal está aí para proteger interesses socialmente relevantes, bens jurídicos, e de nenhum modo para impor qualquer concepção moral em sentido estrito" (ob. cit., pág. 40); 2) as infrações inspiradas pelo desejo de ajudar o delinqüente, como o uso de drogas, o alcoolismo, a mendicância e a vadiagem. O tratamento compulsório é comprovadamente ineficaz, ainda mais quando se pretende realizá-lo através da pena, estigmatizante e de duvidoso valor recuperativo. Melhores são as medidas de assistência, que despertem nos destinatários o desejo de regenerar-se e a conseqüente colaboração a este objetivo; 3) as infrações em relação às quais a ameaça penal comprovadamente não funciona. Em si, a eficácia intimidativa da pena está hoje em franco

...no último Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, Budapeste, 1974, foi aprovado o relatório de Kirali, consignando ser altamente improvável a prevenção geral através da pena (R.D.P., n.º 15/16, págs. 81/82). Com maior razão o duvidoso efeito intimidatório das sanções penais não existirá quanto às infrações socialmente toleradas, como casa de prostituição, certas modalidades de aborto e o nosso brasileiroíssimo jogo do bicho; 4) as infrações de bagatela, como muitas das contravenções penais, que melhor se situariam como meros ilícitos administrativos. Pitorescamente, observou Nilo Batista, o paradoxo a que, no Brasil, pode conduzir um simples desrespeito a sinal de trânsito: *"por avançar um sinal, dirigindo seu veículo, qualquer cidadão será sumariamente multado pelo guarda de trânsito, em importância considerável, que pode alcançar meio salário-mínimo; pela contravenção de direção perigosa, que consiste em dirigir veículos pondo em risco a segurança alheia (art. 34, L.C.P.), será mobilizada uma delegacia de polícia (delegado, escrivão, agentes), ouvidas testemunhas, formalizado um procedimento, acionado um tribunal (juiz, promotor, advogado, escrivão, oficial de justiça), com audiências e prazos, para afinal ser o cidadão condenado à multa de Cr\$ 2,00. Aquele que supusesse corrigir o absurdo dessa situação elevando a pena pecuniária cominada à contravenção é, seguramente, um amante dos caminhos tortuosos"* (Algumas Palavras Sobre Descriminalização, in R. D.P., vol. 13/14, pág. 38). Aliás, em matéria de ilícitos de trânsito, é sensível a tendência de não abusar da incriminação. Os países que as criminalizaram em excesso estão retroceden-

do, como se verificou nas II Jornadas Latino-Americanas de Defesa Social, Brasília, 1975.

7. No Brasil, há evidente excesso de incriminação. Além das figuras típicas do Código e da Lei de Contravenções Penais em vigor, existem as definidas em abundante legislação complementar. Consoante Reale Júnior, a tipificação surge como *"recurso para que o direito valha enquanto ordena sob ameaça penal e não como via extrema para a tutela de valores, cuja positividade deva ser necessariamente respeitada"* (Descriminalização, in Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, n.º 29, pág. 189).

Mais de cinco dezenas de leis extravagantes consideram ilícitos penais violações jurídicas insignificantes ou fatos que só afetam interesses secundários da administração pública. Assim é que se incrimina: produzir açúcar acima da quota autorizada (Dec-lei 16/66); vender sob o nome de couro produtos que não sejam obtidos da pele animal (Lei n.º 4.888/65); paralisar o incorporador de edificação em condomínio a obra por mais de 30 dias (Lei n.º 4.591/64); deixar de restituir à autoridade licenças extintas pelo decurso do prazo (Lei n.º 4.771/65); atuar com instituição financeira sem autorização do Banco Central (Lei n.º 4.595/64); instalar ou utilizar estação ou aparelho radioelétrico sem observância de disposição legal (Código de Comunicações) e, até, pescar sem autorização da SUDEPE (Dec-Lei 221/67).

Ao legislador de 1969 oferecia-se o ensejo de corrigir estas demasias bem como o de abolir tipos anacrônicos, universalmente ultrapassados. O novo Código, entretanto, nem só manteve toda

a legislação sobre crimes especiais (art. 401), como conservou e aumentou o elenco de fatos cuja incriminação não mais se justifica.

Quanto aos delitos fundados em meras concepções morais, manteve-se a incriminação do adultério (art. 264) e da casa de prostituição (art. 252), acrescentando-se-lhes os delitos de incesto (art. 258), ressuscitado das Ordenações do Reino e de inseminação artificial (art. 267), de objetividade jurídica truncada e tratamento absurdamente mais grave do que o de adultério (é inexplicável que o delito haja sido incluído entre os crimes contra o estado de filiação, quando se trata, de ofensa ao casamento, tanto que não subsiste se o marido consente na inseminação. Nem faz sentido que a pena e as condições de procedibilidade sejam mais desfavoráveis que as do adultério, único crime configurável em caso de inseminação, fora do casamento, por meio natural).

Apesar da reconhecida ineficácia da ameaça penal quanto a certas modalidades de aborto ampliou-se sua incriminação, suprimindo-se a impunidade do aborto sentimental, (art. 129) providência inexplicável num diploma que cria, como modalidade privilegiada, o aborto por motivo de honra (art. 127), com pena passível de suspensão condicional (art. 70).

No que concerne aos delitos de bagatela, conservou-se figuras como a hospedagem fraudulenta (art. 188), os crimes contra as marcas de indústria e comércio e de concorrência desleal (Título III, capítulos III, IV e V), e outros tipos destituídos de dignidade penal.

Foram abolidos, apenas, os delitos de perigo de contágio venéreo e de molestia grave, em face do desenvolvi-

mento dos antibióticos bem como da "ausência de repercussão forense dos fatos porventura havidos" (Exposição de Motivos, n.º 45) e o atentado contra a liberdade de associação sindical (C.P. 40, art. 199).

Assim, a nossa reforma penal, em lugar de descriminalizar realizará autêntica e lamentável criminalização.

Despenalização

8. Despenalizar é excluir ou reduzir a incidência das penas privativas de liberdade. Por ser mais amplo que a idéia que exprime, o termo, tem de ser compreendido *sensu stricto*.

Já constitui truismo afirmar a crise da pena de prisão. No século XIX, acreditava-se em sua eficácia ressocializadora; hoje é ela encarada como fator criminógeno. Trata-se do resultado natural da evolução da penologia: da mesma forma que as penas corporais, cruéis e infamantes, cederam passo para as penas privativas de liberdade, estas, agora, devem dar vez a outras sanções, patrimoniais, ou restritivas de liberdade. A prisão há de constituir o recurso extremo, a última solução, enquanto não se elaborar, para substituí-la, um sistema penal coerente, conforme recomendações do IX Congresso Internacional de Direito Penal (R.D.P., n.º 15/16, pág. 82).

O problema das penas privativas de liberdade agrava-se nos países em desenvolvimento. Preocupados com as suas necessidades básicas, de cuja solução depende o próprio progresso, não podem estes destinar recursos suficientes à construção ou à ampliação de estabelecimentos penais. No Brasil, as nossas prisões são notoriamente insuficientes para abrigar os condenados. Em São Paulo há 70 mil e, no Rio de

Janeiro, 50 mil mandados de prisão aguardando cumprimento, por falta de capacidade dos estabelecimentos penais. A construção de novas penitenciárias e a manutenção das existentes representam pesados ônus sociais. Cálculos do início do ano passado, revelam que a construção de novos presídios, com capacidade para mil detentos, custava 170 milhões de cruzeiros, ou seja, 170 mil cruzeiros para cada internado. De outra parte, os gastos operacionais eram de 4 mil cruzeiros, por mês, para cada preso.

Para atenuar estas dificuldades é útil restringir a incidência das penas privativas de liberdade, criando-se outras espécies de sanções e aumentando-se os poderes discricionários dos juizes, para que tenham maior amplitude na substituição de penas de prisão por outras mais leves, na concessão do *sursis* e do perdão judicial e no encerramento antecipado de processos, por infrações pequenas, de agentes primários, não perigosos, que hajam reparado o dano decorrente do delito. A despenalização, nestes termos, preconizada em vários conclaves de penalistas brasileiros, como o Seminário de Direito Penal e Criminologia de Goiânia, 1973 (v. Moção de Goiânia, R.D.P., n.º 9/10, pág. 61), Seminário de Direito e Processo Penal de Belo Horizonte, 1974, V Congresso Nacional de Direito Penal, São Paulo, 1975 (R.D.P., n.º 15/16, pág. 91), é também reclamada pelo nosso poder judiciário. Em seu relatório diagnóstico, o Supremo Tribunal acentuou "a inadequação do sistema de penas, com a preponderante idéia de encarceramento, ainda que nenhuma a periculosidade do réu. A multiplicidade de condenações à prisão, não executadas pela impossibilidade material de se efetivarem, dá margem a arguições de ineficiência do sistema

carcerário e de desvio de deveres funcionais. A faculdade de se substituírem penas detentivas por sanções pecuniárias adequadas, ou por medidas reeducativas; e a extensão da 'prisão albergue', a par de outras sugestões, contribuiriam para a melhoria da Justiça Penal."

9. Embora timidamente, o legislador penal de 1969 realizou certa despenalização, além de ter posto fim, praticamente, à dualidade das penas privativas. A reclusão e a detenção, dispõe o novo Código, devem ser executadas de modo a que exerçam sobre o condenado individualizada ação educativa, no sentido de sua recuperação social (art. 37). O sistema do Código de 40, quanto a diversidade na forma de executar as penas de reclusão e de detenção, além de impraticável, contraria o ideal de ressocialização. Na correta observação de Aníbal Bruno, "as penas detentivas são proporcionadas ao delito praticado mais pela sua quantidade do que pela sua qualidade (ob. cit., tomo III, pág. 63). Apenas para efeitos processuais, podem ser conservadas as duas categorias de privação de liberdade, facultada, em certas hipóteses, a substituição da reclusão por detenção (art. 73, § 3.º).

As criticadas penas de curta duração, insuficientes para ressocializar, mas suficientes para corromper, foram evitadas no diploma de 1969. Na verdade, permitiu-se a substituição da detenção inferior a seis meses pela pena de multa (art. 46), estendeu-se o *sursis* à pena de reclusão (art. 70) inovação que, segundo Heleno C. Frago, bastaria para justificar a vigência do novo Código. Ademais, previu-se o estabelecimento penal aberto e institucionalizou-se a prisão albergue, para os criminosos primários, de nenhuma ou

escassa periculosidade. A prisão aberta será destinada aos condenados a até seis anos de reclusão ou oito de detenção, podendo constituir fase da execução de penas mais graves. A prisão albergue será aplicada como providência única, em condenações não superiores a três anos, ou como etapa do cumprimento da pena superior a esse limite (art. 40). Também foram ampliadas as hipóteses de perdão judicial, previsto, por exemplo, para lesões leves, recíprocas ou privilegiadas (art. 131, § 5.º), para o dano com reparação de prejuízo (art. 178), para o furto ou apropriação de coisa fungível comum, não excedente ao quinhão do condômino (arts. 166 e 181, § 2.º), para a receptação da coisa de pequeno valor ou restituída antes do início da ação penal (art. 196, parágrafo único) e para a destruição de petrechos de falsificação de moedas (art. 322, parágrafo único).

Sob outro aspecto, procurou-se limitar as penas de grande duração, igualmente inconvenientes. Consoante assinala Jorge de Figueiredo Dias, cuidada investigação criminológica revela "que um tempo de prisão superior a dez ou quinze anos impossibilita radicalmente, salvo em casos especialíssimos e atípicos, qualquer tentativa lograda de ressocialização: quem passa mais que aquele tempo no ambiente artificial da prisão perde a possibilidade de se orientar na sociedade em que seja reintroduzido, para além do que sofrerá provavelmente distúrbios psíquicos irrecuperáveis; uma pena de prisão superior tornar-se-á pois, do ponto de vista da recuperação social, algo de muito parecido com a pena de morte" (ob. cit., pág. 35). A limitação da duração máxima das penas privativas de liberdade realiza-se no novo Código: a) pela manutenção dos limi-

tes máximos da detenção e da reclusão em 10 e 30 anos (art. 37, § 1.º), rejeitado assim o critério do Anteprojeto Hungria de elevá-los para 20 e 40 anos (art. 35, § 1.º), e, b) pela preservação do livramento condicional, possível depois de cumprida certa parte da pena, qualquer que seja a sua natureza ou quantidade (art. 74).

Vê-se, dest'arte, que em matéria de despenalização, o legislador de 1969 foi sensível às modernas tendências. Pecou, contudo, pelo excesso de timidez, pois poderia ter inovado mais, quer com a previsão de outras espécies de sanção penal, quer com a ampliação dos casos de *sursis*, de substituição da privação de liberdade por multas e de perdão judicial.

Limitação da Responsabilidade pela Culpa.

10. Culpabilidade é o juízo de censura pessoal, incidente sobre o autor da conduta típica e ilícita. Compõe-na a imputabilidade, a possibilidade do conhecimento do ilícito (potencial consciência da antijuridicidade) e a exigibilidade de comportamento conforme ao direito (cfr. Heleno C. Frago, Lições de Direito Penal — Parte Geral, pág. 213). A reprovabilidade penal assenta-se, realmente, na capacidade e na possibilidade de agir o autor de acordo com os imperativos jurídico-penais, ou seja, num poder formar sua resolução em consonância com a norma.

Diz-se que, assim concebida, a idéia de culpabilidade está enfraquecida, porque este poder agir de outra forma é uma premissa indemonstrada e indemonstrável (cfr. Claus Roxin, A Culpabilidade Como Critério Limitativo da Pena, in R.D.P., n.º 11/12, pág. 7). Mas, da mesma maneira que a contravérsia entre determinismo e livre arbí-

rio permanece insolúvel, cientificamente, não há, também, como comprovar inexistência, no ser imputável, em condições normais, a faculdade de resistir a impulsos criminosos. Pois bem, é esta faculdade de resistência que, ao mesmo tempo, fundamenta a culpabilidade e limita a responsabilidade penal. Não se ignora que o Direito tem a preponderante função de proteger bens e valores fundamentais da comunidade social e, portanto, de tutelar interesses socialmente relevantes. Mas é preciso reafirmar, com Figueiredo Dias, "que nem por isso se furta ao princípio da culpa plena capacidade para resistir aos ataques que são dirigidos do exterior, isto é, em nome de um Direito Penal defensivo, de mera intimidação, que relega a pessoa humana para objeto de fins heterônomos (ficando assim aberto o caminho para um Direito Penal de puro 'terror') ou de um Direito Penal de cariz exclusivamente protetivo que, invocando um salutar humanismo, torna a pessoa em objeto de medidas terapêuticas coercivas e sob a capa do 'verdadeiro bem do delinquente' viola sua autonomia ética e possibilita a sua entrega ao Estado todo-poderoso." (ob. cit., pág. 15).

Verdadeiramente, a culpabilidade tem uma função política que excede à sua importância conceitual: ela limita o poder punitivo do Estado, pela exigência de que a pena só incida se o autor, além de ter praticado o ilícito típico, seja passível de censura pessoal.

O princípio do *nulla poena sine culpa* constitui-se pois, numa garantia da liberdade individual. Tal garantia é necessária à realização da própria Justiça, posto que o dogma do "*nullum crimen, nulla poena sine proevia lege*", "tão caro aos sistemas punitivos liberais, nem sempre assegura os direitos individuais. É que o princípio da ante-

rioridade da lei penal perde muito de sua eficácia em face dos tipos desconhecidos e dos topos penais abertos. De pouco vale a norma de que não há crime sem lei anterior que o defina, quando a sucessão de leis incriminatórias (supra n.º 5), torna impossível, para a maioria dos destinatários, saber da existência de novas modalidades delituosas. Para quem desconhece e não tem possibilidade de se informar acerca da nova lei, é como se esta não existisse. Quantos aos tipos abertos, em que, pelo caráter vago da disposição incriminadora, ou pelo emprego de elementos normativos, deixa-se ao juiz a missão de precisar os contornos e a aplicabilidade do preceito legislado, é por igual pequeno o alcance do princípio da reserva legal. Tipos como os de praticar atos destinados a provocar guerra subversiva ou de fazer propaganda subversiva (Dec. Lei 898/69, arts. 25 e 45) podem se adaptar às mais variadas situações, de acordo com o paladar do juiz. Também é grande o arbítrio do julgador, quando tem de precisar, por exemplo, o que seja rixa, ato obsceno ou desacato. O fenômeno não escapou à argúcia de Aníbal Bruno, que sabia muito bem como "pode sofrer a firmeza do Direito nos chamados tipos abertos, em que o enunciado da formulação típica deixa margem a incertezas na sua interpretação. Ou ainda como afeta a segurança da liberdade o emprego de fórmulas de demasiada amplitude que impõe limites mal definidos na enunciação dos fatos. É nesse mesmo sentido, que vem influir a tendência que se tem manifestado recentemente a introduzir na estrutura do tipo maior número de elementos normativos, de elementos cujo sentido não se deduz prontamente, mas tem de ser apreendido através de particular apreensão por parte do juiz e que trazem

consigo, sobretudo quando provém da linguagem comum, o germe da imprecisão. Isso não importa na pretensão de limitar o relativo arbítrio do juiz que se manifesta sobretudo na aplicação da pena, mas em defender a firmeza da definição do tipo, que é segurança da liberdade. Nem significa, também, desconhecer que nem sempre é possível ou mesmo conveniente evitar o emprego de elementos normativos no tipo pelo uso de termos jurídicos ou mesmo da linguagem vulgar" (ob. cit., tomo IV, pág. 41).

Sendo difícil impedir, quer o surgimento de novas modalidades delituosas, quer a proliferação dos tipos abertos ou com elementos normativos, é indispensável assegurar, em tais casos, a liberdade, condicionando a punição à possibilidade que tenha tido o autor do ilícito típico de conhecer a antijuridicidade de sua conduta. E isto se obtém, ao erigir-se a culpabilidade, isto é, a censura pessoal, em firme pressuposto da pena. Ademais, estendendo-se a exigência da censurabilidade pessoal a todos os efeitos causados pela conduta do autor, impede-se seja o mesmo punido pelas consequências situadas além de sua vontade, desde que estas não lhe possam ser atribuíveis, sequer a título de negligência.

11. O diploma de 1969 pretendeu dar efetividade ao princípio do *nulla poena sine culpa*. Na Exposição de Motivos, lê-se que se "quis ajustar a nossa legislação penal às exigências fundamentais de um Direito Penal da Culpa, que visa proscrever toda a forma de responsabilidade objetiva (n.º 3), bem como, que o princípio *nullum crimen sine culpa* é uma das constantes do Código e sua "significação exegética não deve ser esquecida" (n.º

11). Só parcialmente, entretanto, o objetivo foi atingido.

Evitou-se a responsabilidade objetiva em relação aos crimes agravados ou qualificados pelo resultado. Pelos efeitos que agravam especialmente as penas, só responderá o agente quando os houver causado, pelo menos culposamente (art. 19) e as sanções irão variar conforme o resultado mais grave seja imputável ao dolo ou à culpa do autor (art. 131, §§ 2.º e 3.º).

Da mesma forma, não mais subsistirá responsabilidade sem culpa, na participação involuntária em crime mais grave. A punibilidade de qualquer dos concorrentes determinar-se-á segundo a sua própria culpabilidade (art. 35, § 1.º). Assim, o mandante de lesões corporais não poderá ser responsabilizado pelo homicídio cometido por obra exclusiva do executor material, como sucede ante o diploma em vigor (C.P. 40, art. 48, parágrafo único). O critério doutrinário, de excluir a responsabilidade do mandante pelo crime mais grave, se não situado este na linha do normal desdobramento da ação, tem evitado, é certo, soluções aberrantes (como a de punir o mandamento do furto pelo estupro inesperadamente cometido pelo ladrão, encarregado apenas da subtração patrimonial). Mas tal entendimento, além de conflitar com o texto da lei, não impede uma desproporção entre a culpabilidade e a pena. É que na linha de normal desenvolvimento da ação situam-se todos os sucessos previsíveis da execução do crime (como a morte daquele a quem só se mandou espancar). Mas, esta previsibilidade, capaz de fundamentar uma responsabilidade a título de culpa, constitui justificativa para punição por dolo. Ora, o dolo, mais do que a previsibilidade, requer a vontade ou anuên-

cia em concorrer para o crime mais grave.

12. A responsabilidade sem culpa, contudo, permanece no novo Código, máxime em relação à ignorância da antijuridicidade por erro de direito, bem como na fórmula da inimputabilidade.

A boa fé do autor, por suposição de licitude da conduta, só o escusará se derivada de erro de fato (art. 21), ou seja, da suposição de situação de fato que tornaria a ação legítima. A mesma suposição de licitude, se derivada de ignorância ou errada compreensão da lei, somente atenuará a pena, e isto, desde que seja escusável. Ora, o erro escusável, é o erro invencível, pelo qual não se pode censurar o autor. Permitindo a nova lei a incidência da pena, ainda que atenuada, a quem não é passível de censura e, portanto, não é culpado, abre desnecessária brecha no princípio fundamental de que não há pena sem culpabilidade. A Aníbal Bruno já parecia que "quem inclui no dolo a consciência do ilícito, ou, como os finalistas, faz dessa consciência de agir de maneira contrária ao dever o núcleo da culpabilidade, entendida como reprovabilidade perante a ordem de Direito, tem conseqüentemente de admitir o erro quanto à antijuridicidade do fato, desde que essencial e escusável, como penalmente relevante. Se falta ao agente a consciência da ilicitude, ou não existe dolo e, portanto, culpabilidade, ou, como para os finalistas, o dolo persiste, mas exclui-se a culpabilidade, e em todo caso o fato fica alheio à esfera da punição—" (ob. cit., tomo II, pág. 494). E o Seminário de Belo Horizonte, de Direito Penal e Processo Penal, acolhendo sugestão nossa, recomendou a revisão do art. 20, para permitir-se a total isenção de pena quando a suposição de licitude, ainda que

derivada de erro de direito, seja plenamente escusável (ob. loc cit.).

Sem repetir que a emoção e a paixão, não excluem a responsabilidade penal (C.P. 40, art. 24, I), o novo diploma basicamente reproduz a atual disposição acerca da inimputabilidade. Para ter efeitos eximentes, a incapacidade de entender o caráter criminoso do fato, ou determinar-se de acordo com este entendimento, tem de derivar de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 31). Se a incapacidade volitiva ou intelectual decorrer de transtorno mental transitório ou de grave perturbação da consciência, não haverá, em princípio, isenção de pena. Ora, estes estados, contemplados por outros códigos modernos como causas biológicas de inimputabilidade, são cientificamente aptos a anular o entendimento ou o auto-governo. Não os contemplando, o Código de 1969 cria, para tais situações, uma ficção de imputabilidade, permitindo, pois, a punição de quem, por incapacidade de entender ou de querer, não mereça censura pessoal, nem é culpado. Esta violação ao *nulla poena sine culpa*, obrigará a melhor doutrina a forçar a inclusão das graves perturbações de consciência entre as doenças mentais, consoante já alertava Aníbal Bruno, comentando idêntica disposição do Código atual: "a fórmula demasiadamente restrita adotada pelo Código força a assimilar à categoria da doença mental, do art. 22, ou da perturbação da saúde mental, do seu parágrafo único, certos estados que as legislações modernas traduzem por expressões como 'perturbação da consciência' (Código alemão, redação vigente, art. 51), 'grave perturbação da consciência' (Código suíço, art. 10); 'transtorno mental transitório' (Código espanhol, art. 8.º, n.º 1), estados crepusculares não

patológicos ou fronteiriços da patologia, como o sono normal, isto é, estados crepusculares que podem ocorrer no começo ou no fim do sono ou no sonambulismo ou na hipnose por sugestão, além de fatos de natureza mórbida, transitórios ou não, que comprometem o exercício normal das funções psíquicas, com profunda alteração da consciência e, por conseguinte dos requisitos que a lei exige para o juízo de imputabilidade" (ob. cit., tomo II, pág. 513)

Melhor teria sido acatar a fórmula do Anteprojeto, com inclusão da grave anomalia psíquica entre as causas biológicas da inimputabilidade, ou a adoção do preceito do Código Penal Tipo para a América Latina, sugerido pelo próprio Ministro Nelson Hungria, preceito que alude à grave perturbação de consciência. Tal solução, aliás, foi recomendada pelo III Congresso Nacional de Direito Penal, Recife, 1970. (v. Alcides Munhoz Netto, A Culpabilidade no Novo Código, in Revista da Faculdade de Direito da U.F.Pr., ano 13, n.º 13, pág. 143).

Considerações Finais

13. Do que foi exposto, verifica-se que a reforma brasileira ficou muito aquém do que se podia esperar, à vista

das tendências contemporâneas em matéria punitiva. O diploma de 1969, apesar das emendas que lhe foram introduzidas, não descriminalizou, foi demasiadamente parcimonioso na despenalização e não logrou limitar, pela culpa, a responsabilidade penal.

Ao contrário do Código de 1940, que honrou a nossa cultura, o de 1969 apresenta-se em grande atraso para a sua época e em desacordo com o atual estágio do pensamento jurídico-penal brasileiro, inclusive com a doutrina magistralmente exposta pelo insigne mestre pernambucano, que Minas Gerais está a homenagear. Aníbal Bruno integrou, é certo, a segunda Comissão revisora do diploma ora em quarentena. Mas, as deficiências dessa legislação não lhe podem ser debitadas. Longe disso, por não lhe tolerar os vícios, ele externou o desejo de não vincular seu nome à imperfeita obra, afastando-se, depois, dos trabalhos de revisão (cfr. Heleno C. Fragoso, Subsídios Para a História do Novo Código Penal, in R.D.P. n.º 3, págs. 10/11).

As idéias liberais e as soluções, tão precisas quanto equilibradas, de Aníbal Bruno não foram incorporadas ao novo Código. Contudo, aí estão, atuais e palpitantes, como que a reclamar de todos os penalistas brasileiros, um esforço ingente para a reforma da reforma de nossas instituições penais.

IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

RENÉ ARIEL DOTTI

1. Uma exegese puramente literal do artigo 6.º, VIII do Código de Processo Penal está conduzindo o Supremo Tribunal Federal a reconhecer como legítima a providência de identificação criminal do indiciado pelo processo datiloscópico, mesmo que ele tenha sido identificado civilmente.

A orientação já é predominante como se verifica pelo julgamento do RE Cr. n.º 82.351 DF, relator o Ministro XAVIER ALBUQUERQUE: "Identificação criminal. Não constitui constrangimento ilegal, mesmo que o indiciado seja identificado civilmente pelo órgão competente. Orientação do plenário do Supremo Tribunal (RE Cr. 80.732, 4-6-74). Recurso conhecido e provido com a cassação do habeas corpus" (DJU 10.10. 1975, pág. 7354).

Ao sustentar esse procedimento, o Ministro ANTONIO NEDER argumentou que "... é de se reconhecer que o referido preceito processual deve ser aplicado com o sentido único e transparente que se contém no seu texto. Admitir-se que a obrigatória identificação datiloscópica prevista na citada norma seja substituída pela que se

contém no cartão de identidade da pessoa indiciada como criminosa, qual o fez o acórdão agora discutido, é o mesmo que tornar *facultativo* o que por natureza e lei é *indispensável*; e, pior ainda, é abrir caminho para a futura dúvida sobre a identidade do criminoso, pois é sabido, como decorre da experiência comum, que o cartão de identidade *pode ser adulterado*" (trecho do acórdão em RTJ 72/631, grifos do original).

2. Durante muito tempo foi estável a jurisprudência no sentido de dispensar a identificação quando o imputado já tenha registro de identidade feito pela autoridade do local do inquérito.

Em julgado do qual foi relator o Ministro GODOY ILHA, o Tribunal Federal de Recursos declarou o caráter *vexatório* da medida "repelida por autorizados processualistas e pela jurisprudência dos Tribunais, notadamente deste Tribunal Federal de Recursos" (RJU 3.9.1973, pág. 6352).

São numerosos os precedentes em tal rumo, não somente do Tribunal Federal de Recursos, mas dos tribunais esta-

duais e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal: DJU 19.11.1974, pág. 8632; DJU 25.11.1974, pág. 8830; DJU 2.12.1974, pág. 9042; DJU 13.12.1974, pág. 9351 e as indicações constantes em *Revista de Direito Penal*, n.ºs 6, pág. 133; 7/8, pág. 120; 13/14, pág. 151, geralmente acompanhadas de excelentes comentários feitos por HELENO FRAGOSO e NILO BATISTA.

Este último Professor, em obra recentíssima, analisa a evolução do problema nos tribunais federais e estaduais concluindo que "se a identificação datiloscópica se destina a tornar certa a identidade civil da pessoa física indiciada, e a requerer ao departamento competente sua folha de antecedentes penais, não há motivo razoável para a imposição da vexatória medida, quando possa o envolvido exibir carteira de identidade, com o que se suprem ambos os objetivos" (*Decisões criminais comentadas*, Rio de Janeiro, 1976, pág. 83).

3. A mudança de orientação adotada pelo Supremo Tribunal veio aditar o complexo de restrições e desgastes impostos aos acusados de infração criminal.

Quando se referiu à garantia estabelecida pela Constituição italiana (*"l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva"* — art. 27, seg. parte), o Mestre CARNE-LUTTI reconheceu que a humanidade do processo penal e, portanto, a sua pobreza, é denunciada pela antinomia entre a chamada *presunção de inocência* e a detenção provisória. E, melancolicamente, enfatizou: "*Escludere l'implicazione della punizione nel processo non è possibile. La sofferenza dell'innocente è, purtroppo, il costo insoprimibile del processo penale. Sul piano giuridico tale sofferenza non si può*

spiegare se non, con l'analogia, attraverso la espropriazione per pubblica utilità" (*Principi del processo penale*, Nápoles, 1960, pág. 55).

Embora consagrada em Constituições e textos internacionais, a *presunção de inocência* tem sido contestada não somente porque a prisão provisória (em flagrante ou preventiva) aparece como obstáculo intransponível à pureza dogmática da garantia, mas, também, quando outras medidas são aplicadas contra o acusado como o seqüestro, a busca e apreensão, as interdições de direitos, etc. que tem como pressuposto o *fundamento razoável de culpabilidade*.

MANZINI foi rigoroso: "*Nulla di più goffamente paradossale e irrazionale*", frente à conclusão de que as providências da prisão preventiva e outros meios de coerção — além da imputação em si mesma —, aparecem como evidência contrastante entre a prática e a teoria, ou, segundo suas próprias palavras: "*strana assurdità esgogitata in Francia*". E parte para uma objeção cáustica: "*Se si presume l'innocenza dell'imputato, chiede il buon senso, perchè dunque si procede contro di lui?*" (*Em Trattato di diritto processuale penale italiano*, Turim, 1967, I, pág. 226).

4. Mas não se pretende advogar — por absurdo — que a comunidade e o juiz sejam compelidos a presumir a inocência do acusado até prova em contrário, segundo o aforisma da Idade Média: *innocens praesumitur cuius innocentia non probatur*, o qual, vertido ao nosso atual sistema, é albergado pelo inciso VI do artigo 386 ao declarar que o réu deve ser absolvido se não houver prova suficiente para a condenação. Assim também ocorre com o modelo italiano (art. 479).

É indispensável a fixação de um princípio segundo o qual a estrutura e o funcionamento do processo criminal sejam de tal maneira que se reduza ao mínimo possível todo o risco de erro e sofrimento injusto derivado (cfr. CARNELUTTI, ob. e loc. cit.).

5. A *presunção de inocência* não pode ser tratada como fenômeno processual rotineiro, no mesmo plano das presunções simples e legais (estas compreendendo as relativas e as absolutas).

As presunções simples, na definição de FOSCHINI, são aquelas que encontram sua origem ou formulação na experiência pessoal do julgador, colhida em abstração de qualquer norma apriorística, mas em função de sua vivência como ser comum (*Sistema del diritto processuale penale*, Milão, 1965, I, págs. 420, 421).

Aludindo a uma Ordenança francesa de 1670 (*omnis praesumitur bonus nisi probetur malus*, art. 28, V), MANZINI acusa a *degeneração* da máxima que teria ocorrido com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* quando o inciso IX introduziu a *presunção* de que "todo homem sendo julgado inocente até quando for declarado culpado, se é julgado indispensável detê-lo qualquer rigor que não seria necessário para assegurar-se da sua pessoa deve ser severamente proibido pela lei" (Ob. e loc. cit.).

Admitindo-se que a *presunção de inocência* não possa ser acolhida axiomáticamente em face das providências contra o imputado e justificáveis pelos indícios e provas do fato punível e sua autoria, forçoso é reconhecer que, em verdade, a chamada *presunção* deve ser reconhecida como um *princípio*. Um princípio que assegure aos acusados um tratamento de gênero superior, limitando — não extinguindo ou eliminando

— os efeitos negativos que o procedimento acarreta ao estado pessoal.

Conforme BETTIOL, a norma constante na Constituição italiana (art. 27, 2.º) não exprime tecnicamente uma *presunção* incidente sobre o problema do ônus da prova, mas caracteriza o sistema penal aberto em relação ao momento histórico e político que atravessamos (*Istituzioni di diritto e procedura penale*, Pádua, 1966, pág. 215).

Para RANIERI, a garantia se fixa no curso da relação processual a fim de não submeter o imputado a excessivos rigores de verificação probatória (*Manuale di diritto processuale penale*, Pádua, 1965, pág. 226) enquanto que para outros autores como BELLAVISTA, a *presunção de inocência* se resolve em termos cartesianos isto é, na dúvida sobre a culpabilidade de maneira a fixar limitações das medidas cautelares e reduzir a prisão preventiva a casos excepcionais (*Il processo come dubbio*, em *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milão, 1967, fasc. 3, pág. 768).

6. A melhor direção consiste em fazer da *presunção de inocência* um verdadeiro *princípio* de fundo constitucional e que, por isso mesmo, transcende o quadro das presunções como assunto ordinariamente processual.

A propósito, VELEZ MARICONDE admite que o princípio embasa o sistema jurídico-penal adotado pelos países democráticos que reconhecem o direito à liberdade individual, esclarecendo que não se firma uma *presunção de inocência* de índole contrária às evidências da coerção processual do imputado, mas se reconhece um *estado jurídico* para evitar dois tipos de *presunção*: uma da lei, outra do juiz. E adianta que as Constituições das Províncias argentinas ao consagrarem tal garantia, pro-

curam se ajustar expressamente ao modelo nacional como se verifica com o texto de Córdoba: "*La ley reputa inocentes a los que por sentencia (firme) no han sido declarados culpados*" (art. 17) (*Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1969, I, págs. 323 e ss.).

Uma tarefa indispensável para o Direito a construir consistirá na elaboração dogmática do princípio, retificando-se o enunciado posto que os vocábulos *presunção* e *inocência* — em razão do emprego universalmente generalizador — estão impregnados de cargas euforizantes e, por isso, capazes de permitir as críticas antiliberais.

7. Antes, porém, da modificação textual do princípio, é necessário reconhecer-lo como indispensável meio de controle à hipertrofia do *jus puniendi*.

A Corte Constitucional italiana tem interpretado o artigo 27, 2.º como um princípio fundamental de civilização e justiça que proíbe a consideração do imputado como culpado antes da condenação definitiva, "*sotto qualsiasi aspetto e per ogni effetto*" (em ANTONIO STEFANO AGRÒ e outros, *La Costituzione italiana commentata con le decisioni della Corte costituzionale*, Turim, 1970, pág. 398).

O texto de garantia tem sido acolhido em diversos documentos legislativos e declarações de princípio: "Sendo todo Homem presumidamente inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, qualquer rigor que não for necessário para assegurar-se da sua pessoa, deve ser severamente reprimido pela lei" (*Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, inc. XIII); "Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento pú-

blico no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa" (*Declaração Universal dos Direitos do Homem*, art. 11, 1); "Parte-se do princípio de que todo o acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade" (*Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, Bogotá, 1948); "*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad conforme a la ley*" (*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Nova Iorque, 1966, art. 14, 2); "*Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida*" (*Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, Roma, 1950, art. 6, 2); "Qualquer pessoa suspeita ou acusada de transgressão criminal será presumida inocente até que se prove ser culpada e só então será tratada como tal" (*Projeto de Princípios de Poder ser Livre de Prisão e Detenção Arbitrárias*, art. 2.º); "Nadie será acusado de haber cometido un delito criminal hasta que no se haya probado validamente" (Constituição da Iugoslávia, art. 50); "*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se presume legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas...*" (*Convenção Americana Sobre Derechos Humanos*, 1970, São José da Costa Rica, art. 8.º 2.º).

Quando se reuniram diversos penalistas em Santiago do Chile para a elaboração de um Código Penal Tipo para a América Latina (4 a 14 de novembro de 1963), uma das conclusões foi a de que esse modelo deveria ser constituído por preceitos rígidos para efetiva

aplicação e não um simples enunciado de normas básicas. O projeto de Código, porém, não dispensaria uma *declaração de princípios* reitores para a formação de tão importante documento. E, entre os mesmos consta o seguinte: "A pessoa submetida a processo penal presume-se inocente enquanto não for condenado" (*Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* n.º 4, 1964, pág. 149).

A posição dos juristas latinoamericanos veio consolidar a doutrina internacional instituída em favor do *jus dignitatis* da pessoa acusada, cujo reconhecimento é uma conquista dos tempos modernos — nomeadamente do após-guerra — como se observa pela disposição frontal da Constituição alemã ocidental (1949): "A dignidade da pessoa humana é sagrada. Todos os agentes da autoridade pública têm o dever absoluto de a respeitar e proteger" (em *Constituições Políticas de Diversos Países*, trad. org. e int. de JORGE MIRANDA, Lisboa, 1975).

8. Se o Brasil foi um dos países signatários da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (Paris, 1948) e aprovou, entre outros, o princípio da *presunção de inocência*, está claro que esta norma se insere em nosso sistema processual por inferência do artigo 153 § 36 da Constituição: "A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota".

Este compromisso e suas implicações dogmáticas ensejam uma interpretação sistemática do artigo 6.º, VIII do Código de Processo Penal para alcançar o sentido teleológico.

A antiga e ainda autorizada doutrina de EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, aclara perfeitamente a finalidade da identi-

cação datiloscópica que visa "não só a permitir o conhecimento da vida judiciária anterior do indiciado, como também levar ao conhecimento do instituto competente a circunstância de estar sendo suspeitado da atual transgressão penal. Por isso o art. 23 do novo Código de processo penal atribui, como obrigação, à autoridade policial, quando fizer a remessa do inquérito ao juiz competente, dar, em ofício, ao Instituto de Identificação e Estatística ou à repartição congênere, a notícia do juízo, a que tiver sido distribuído o mesmo inquérito, com os esclarecimentos sobre a pessoa do indiciado e a infração penal de que é acusado. E, como veremos, adiante, no comentário ao art. 809, a decisão da causa, com a referência dos incidentes da execução, será remetida, na terceira das partes destacáveis do *boletim individual*, ao Instituto de Identificação. Sendo essa finalidade da identificação, está-se a ver que não há porque sujeitar a tal medida o indiciado, que, exibindo carteira de identidade, documentar a realidade de já estar identificado no distrito da culpa" (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Rio de Janeiro, 1954, vol. I, pág. 287, grifos meus).

Também o saudoso Ministro ARI FRANCO ensinava que a autoridade policial deverá ordenar a identificação, a menos que o indiciado fornecesse elementos para a obtenção de sua folha de antecedentes (*Código de Processo Penal*, 4.ª ed. 1.º vol. pág. 54).

9. A jurisprudência reformada continha exegese mais adequada, posto que sistemática e não simplesmente *literal*. De relevo salientar que ela fazia ressalva aos casos de dúvida sobre a identidade quando, então, a nova identificação se legítima (cfr. STF, 1.ª T. em

19.11.1974, rel. RODRIGUES ALCKMIM, em DJU de 13.12.1975, pág. 9351).

Com sua inimitável virtude de lógica e invejável senso de humor, o Ministro ALIOMAR BALEIRO assim decidiu um recurso de *habeas corpus*: "O recorrente, além da identificação civil, já foi identificado criminalmente e tanto numa como noutra, cumpriu-se o cerimonial da fotografia, tomada de impressões digitais, etc. Essa identificação criminal, confirmada pelo Chefe de Polícia, é de data recente, não se alegando que o acusado houvesse modificado a fisionomia por operação plástica ou, enfim, mudado a aparência. O fim da identificação não é punir, nem submeter o indigitado delinqüente a vexames inúteis" (RTJ 73/66, 67).

10. Pela alta significação de que se reveste, a matéria deveria constar da pauta do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, posto que o artigo 5.º de sua Lei criadora (n.º 4.319

de 16.03.1964). estabelece que o organismo "cooperará com a Organização das Nações Unidas no que concerne à iniciativa e à execução de medidas que visem a assegurar o efetivo respeito dos direitos do homem e das liberdades fundamentais".

Enquanto tal não ocorrer, os advogados criminais, testemunhas obrigatórias do constrangimento quando acompanham seus clientes ao ato de interrogatório — devem pleitear a dispensa à própria autoridade policial que, tantas vezes, tem se mostrado menos rigorosa.

E assim tem sido feito, não somente em atenção à melhor e mais generosa exegese, mas em homenagem à dignidade humana da pessoa acusada, principalmente quando a boa vida pregressa e a insignificância ou incerteza da acusação funcionam como fatores prioritários para que o Poder de Polícia reconheça o que é negado pelo Judiciário.

A PRESCRIÇÃO RETROATIVA NO FUTURO CÓDIGO PENAL

DAMÁSIO E. DE JESUS

O art. 110, *caput*, do novo Código Penal, contém regra segundo a qual a prescrição da pretensão punitiva é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, “salvo o disposto no § 1.º da disposição, que reza: “a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos”. Assim, de acordo com a regra, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, é regulada pela pena *in abstracto*. Excepcionalmente, mesmo antes de a sentença condenatória transitar totalmente em julgado, a prescrição é regulada pela pena *in concreto*. Isso ocorre quando a sentença condenatória transita em julgado para o órgão da acusação, sendo interposto recurso pelo réu. O prazo começa a ser contado a partir do trânsito em julgado para a acusação, sendo prescindível a intimação do réu. Ocorre que, tornando-se irrecorrível a sentença condenatória para a acusação, e havendo recurso do réu, a pena não poderá ser aumentada pelo tribunal. A pena será mantida ou absolvido o recorrente. Então, não há motivo para a prescrição continuar a

ser regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade, em face do que a prescrição, daí por diante, é regulada pela pena concretizada na sentença, contando-se a partir do trânsito em julgado para a acusação (não desconhecemos que a Jurisprudência conta o prazo a partir da sentença). Explícando em outros termos: a prescrição, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se pela pena imposta (art. 110, § 1.º). A pena concreta serve de base para o cálculo prescricional que começa a partir do trânsito em julgado da sentença para a acusação, tendo efeito *ex nunc*, isto é, para o futuro, como diz JOSÉ FREDERICO MARQUES, “esse prazo, fundado na pena em concreto, não vai retroagir” (efeito *ex nunc*) “no concernente à prescrição anterior à sentença condenatória passada em julgado” (*Tratado de Direito Penal*, Saraiva, 1956, pág. 416). Suponha-se que o réu tenha sido condenado a três meses de detenção, somente recorrendo a defesa, transitando em julgado a sentença para o órgão do Ministério Público. A partir do trânsito em julgado da sentença para o órgão do Ministério Público inicia-se o lapso de dois anos da prescri-

ção da pretensão punitiva (como a sentença não transitou em julgado para a defesa, o Estado ainda não adquiriu o direito de executar a pena, não se falando, por isso, em prescrição da pretensão executória). Os dois anos são contados da data do trânsito em julgado para a acusação, não havendo efeito retroativo, isto é, não se pode contar o prazo a partir da data da consumação do crime ou do recebimento da denúncia.

O Supremo Tribunal Federal, porém, na *Súmula* n.º 146, entende que “a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”. Significa: quando não há recurso da acusação, a pena concretizada na sentença tem o efeito de regular a prescrição da pretensão punitiva a partir de seus termos iniciais. O prazo regulado pela pena concreta é contado retroativamente e não a partir do trânsito em julgado da sentença para a acusação. Exemplo: O réu praticou um crime de lesão corporal leve, vindo a ser condenado a três meses de detenção, proferindo o juiz a sentença dois anos e seis meses após a data do recebimento da denúncia. O réu recorre, não havendo recurso do órgão do Ministério Público. Como a pena é de três meses de detenção, o prazo prescricional é de dois anos (art. 110, inciso VI, do Código Penal). Como entre o recebimento da denúncia e a sentença decorreram mais de dois anos, entende o Supremo Tribunal Federal que — quando o juiz proferiu a sentença já havia ocorrido a prescrição da pretensão punitiva. Entende-se, ainda, que a prescrição retroativa faz desaparecer a sentença condenatória e seus efeitos, pois, quando o juiz proferiu a decisão, o Estado já havia perdido o *jus puniendi*.

É a chamada *prescrição retroativa*. Exemplo mais pormenorizado:

Um sujeito pratica crime de lesão corporal leve no dia 5 de maio de 1976. Como o máximo da pena privativa de liberdade é de um ano (art. 131, *caput*), a prescrição da pretensão punitiva (prescrição antes de transitar em julgado a sentença final, prescrição da ação penal) ocorre em quatro anos (art. 110, inciso V). De modo que, se o Promotor Público não oferecer denúncia até o dia 4 de maio de 1980, não mais poderá fazê-lo diante da prescrição. Ocorre que o processo se tem por instaurado no dia 3 de outubro de 1976. A instauração do processo interrompe o curso da prescrição da pretensão punitiva (art. 110, § 5.º, inciso I). Interrompida a prescrição, todo o prazo recomeça a ser contado por inteiro (art. 112). De modo que a partir de 3 de outubro de 1976 vamos recomeçar a contar o prazo de quatro anos. O juiz deve proferir a sentença até 2 de outubro de 1980. Se não o fizer, não mais poderá fazê-lo diante da prescrição (que continua a ser contada pelo máximo da pena privativa de liberdade). Acontece que o juiz condena o réu a três meses de detenção no dia 10 de novembro de 1978. O réu recorre e a sentença transita em julgado para o órgão do Ministério Público. O Supremo Tribunal Federal, através da *Súmula* n.º 146, orienta-se no sentido de que o tribunal estadual a quem o réu recorreu deve decretar a extinção da punibilidade pela aplicação retroativa da prescrição da pretensão punitiva, nos termos seguintes: como o réu foi condenado a três meses de detenção, isso significa que essa era a quantidade de pena que deveria regular a prescrição desde o início. Ora, se a pena é de três meses de detenção, inferior a um ano, então a prescrição ocorre em

dois anos (art. 110, inciso VI). O processo foi instaurado no dia 3 de outubro de 1976. O juiz só podia proferir a sentença até o dia 2 de outubro de 1978 (dois anos a partir da instauração do processo). Dessa forma, quando o juiz condenou o réu (10 de novembro de 1978), o Estado já havia perdido o poder-dever de punir (atingido pela prescrição da pretensão punitiva).

O novo Código Penal procurou no art. 110, § 1.º, dar uma solução legislativa ao tormentoso problema da aplicação retroativa da prescrição regulada pela pena em concreto. No Anteprojeto de Código Penal, com a indicação marginal "superveniência de sentença condenatória de que somente o réu recorre", o art. 110, § 1.º, rezava o seguinte: "Sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso, se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§ 5.º) e a sentença, já decorreu tempo suficiente". Adotava expressamente o sistema da prescrição retroativa pela pena em concreto, sufragada pela Súmula n.º 146 do Supremo Tribunal Federal. O Decreto-lei n.º 1.004, que instituiu o Código Penal de 1969, em seu art. 111, § 1.º, com a indicação marginal "superveniência de sentença condenatória de que somente o réu recorre", impedia o critério da prescrição retrotativa pela pena em concreto: "A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também, *daí por diante*, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos" (grifo nosso). A expressão "*daí por diante*" indicava que a sentença condenatória interrompia o lapso prescricional, que

recomeçava a correr regulado pela pena imposta na sentença e não mais pelo máximo da pena em abstrato. A Exposição de Motivos dizia o seguinte: "Em matéria de prescrição, o projeto expressamente elimina a prescrição pela pena em concreto, estabelecendo que, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, ela se regula também, *daí por diante*, pela pena imposta. Termina-se, assim, com a teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto, que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão" (n.º 37). Supõe-se que a alteração teve origem na opinião de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, membro da Comissão Revisora do Anteprojeto (HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *A reforma da legislação penal*, in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, 1963, n.º 3, págs. 38-41, n.º 38). No Projeto de Lei n.º 1.457, de 1973, do Poder Executivo, que apresentou emendas ao Código Penal de 1969, a situação mudou de figura, passando o art. 111, § 1.º, com a indicação marginal alterada ("Superveniência de sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação"), a ter a seguinte redação: "A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se também, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos". O Min. ALFREDO BUZAI, na "Exposição de Motivos", esclareceu haver aceito a orientação predominante no Supremo Tribunal Federal (Súmula n.º 146), recorrendo aos ensinamentos de NÉLSON HUNGRIA. Para tanto, suprimiu a expressão "*daí por diante*", substituindo a exigência "de que somente o réu tenha recorrido" pela de "trânsito em julgado para a acusação". Segundo ele, a nova redação dissipa definitivamente

dúvida a respeito da necessidade de recurso do réu para obtenção do benefício, que não pode ter relevância em matéria de prescrição. O que importa, em verdade, é que a parte acusatória não tenha recorrido" (n.º 14). Aceitou-se o princípio de que a sanção concretizada na sentença, sem possibilidade de agravação diante da inexistência de recurso da acusação, era a sanção *ab initio* justa para o fato praticado pelo agente, revelando-se a pena abstrata muito severa e injusta para regular o prazo prescricional. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, que restringiu o alcance de aplicação da Súmula n.º 146, ela só incide quando só há recurso do réu. Segundo o Min. ALFREDO BUZAI é irrelevante o recurso do réu, sendo suficiente que a sentença tenha transitado em julgado para a acusação. O Min. ALFREDO BUZAI dá a entender que a supressão da expressão "*daí por diante*" contida na primitiva redação fez que com que ficasse sufragada a prescrição retroativa pelo novo Código Penal. Cremos razoável o entendimento contrário. Historicamente a razão está com ele. A interpretação da norma, porém, leva a conclusão diversa. É correto dizer que a redação primitiva da disposição, contendo a referência "*daí por diante*", expressamente impedia a prescrição retroativa. Sob o aspecto histórico da interpretação é correto afirmar que a supressão daqueles termos sofreu a inspiração do Ministro da Justiça no sentido de não ser impedida a prescrição retroativa. De ver-se, porém, que suprimida a expressão retornou o dispositivo à sua feição antiga, nos mesmos moldes do Código Penal de 1940, que não permitia a inovação (tanto que foi criada pela jurisprudência), não sendo obstáculo a modificação da redação da indicação marginal (de "prescrição no caso de

sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido" para "superveniência de sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação"). Assim, além de doutrinariamente insustentável, a própria letra da lei impede que se entenda acatada a prescrição retroativa no Código Penal de 1969. O art. 110, § 1.º, que trata do assunto, versa sobre a "prescrição da ação penal" (indicação marginal do *caput*), sendo que seu curso "interrompe-se pela sentença condenatória recorrível" (§ 5.º, inciso IV). "Interrompida a prescrição (...) pela sentença condenatória recorrível (...) todo o prazo começa a correr, novamente, no dia da interrupção" (art. 112). É claro que o "prazo começa a correr (...) do dia da interrupção" para frente, não retroativamente. Dessa forma, acreditamos que a subsistência da prescrição retroativa dependerá da permanência da Súmula n.º 146, não de expressa disposição do novo Código Penal. Tal como acontece na vigência do estatuto penal de 1940, o Código Penal de 1969 não permite interpretação no sentido de que tenha adotado a contagem retroativa do prazo prescricional.

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, assim se expressa a respeito do assunto: "Apesar de expressamente pretender o novo Código Penal, na sua última formulação, ter reintroduzido a teoria da prescrição pela pena em concreto (art. 110, § 1.º, do novo Código Penal), como se pode ver pela Exposição de Motivos que acompanhou o projeto de alterações mandado ao Congresso, julgamos que a nova redação é sumamente infeliz e que as dúvidas que o texto do art. 110, parágrafo único, do Código Penal de 1940 suscita, infelizmente, permanecerão. Não nos parece, em consequência, provável que essa jurisprudência se altere com a vigência do

novo Código" (*Revista de Direito Penal*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1974, ns. 13-14, pág. 164).

DANTE BUSANA, Procurador da Justiça do Estado de São Paulo, entende que mesmo diante do novo Código Penal não cessará de todo a controvérsia em torno da necessidade de que a sentença condenatória não tenha transitado em julgado para o réu. É certo que o art. 111, § 1.º, fala apenas em "sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação", permitindo entendimento preliminar de que é suficiente que a sentença condenatória tenha transitado em julgado para o órgão da acusação, não havendo "necessidade de recurso do réu para obtenção do benefício", como compreendeu a matéria o Min. ALFREDO BUZAID. De ver-se, porém (partindo da aceitação da prescrição retroativa), que se trata de "prescrição da pretensão punitiva", isto é, forma de prescrição que atinge a pretensão punitiva antes de a sentença final transitar em julgado. Pressupondo-se que a sentença condenatória tenha transitado em julgado para a acusação, surgem duas hipóteses: 1.ª) a sentença condenatória também transitou em julgado para a defesa; 2.ª) a sentença condenatória não transitou em julgado para a defesa, ou porque esta recorreu, ou porque esta ainda não recorreu, estando dentro do prazo. Na primeira hipótese, se a sentença condenatória transitou em julgado para a defesa, ingressaríamos no campo da prescrição da pretensão executória, o que, em princípio, entende Dante Busana, excluiria a aplicação da prescrição retroativa, que diz respeito à extinção da pretensão punitiva. Na segunda hi-

pótese, em que a sentença condenatória ainda não transitou em julgado para a defesa, ou porque recorreu, ou porque ainda não recorreu, embora ainda o possa fazer, o novo texto permitiria, sem sombra de dúvida, a aplicação do critério retroativo. Nesse passo, conclui DANTE BUSANA, a nova lei representa um progresso em matéria de prescrição.

O Supremo Tribunal Federal vem restringindo a aplicação da Súmula n.º 146. No dizer de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, trata-se de um compromisso entre a interpretação liberal e a doutrinária: "Parece-nos que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que restringe o alcance da Súmula n.º 146, recusando a sua aplicação a casos que constituem o seu desdobramento lógico (que, no passado, o próprio Egrégio Tribunal admitia), representa uma espécie de compromisso entre um entendimento liberal, laboriosamente formulado, e a concepção técnica e doutrinária que a imensa maioria dos juízes da Excelsa Corte rejeita" (*Revista de Direito Penal*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1974, ns. 13-14, pág. 164). O entendimento restritivo dimensiona a prescrição sumária aos seguintes requisitos: 1.º — existência de sentença condenatória de primeiro grau; 2.º — recurso tempestivo só do réu; 3.º — contagem do prazo somente entre a data do recebimento da peça acusatória e a da sentença condenatória. Fora daí é inaplicável a Súmula 146. A permanecer a aceitação jurisprudencial na vigência do novo estatuto penal, cremos que também subsistirá a aplicação restritiva.

NOTICIÁRIO

II SEMANA NACIONAL DE ESTUDOS CRIMINALÍSTICOS

Realizar-se-á em Salvador, de 12 a 18 de dezembro, sob os auspícios do Governo do Estado da Bahia, a II Semana Nacional de Estudos Criminalísticos.

A semana, que será aberta com palestra do Prof. Estácio de Lima sobre a vida e obra de AFRÂNIO PEIXOTO, proporrá a discussão dos seguintes assuntos:

- NOVAS TÉCNICAS EM CRIMINALÍSTICA
- Dr. José Carvalhido Neto — Brasília
- NOVAS TÉCNICAS NA PESQUISA DE IMPRESSÕES DIGITAIS, ATRAVÉS DO COMPUTADOR
- Dr. Tebúrcio de Oliveira — Brasília
- SISTEMA DE ARQUIVO MONODACTILAR
- Dr. José Roberto Leitão e Silva — Brasília
- MEDICINA E CRIMINALÍSTICA
- Dra. Maria Thereza de Medeiros Pacheco — Salvador
- TÓXICOS E CRIMINALIDADE
- Dr. Penildo Silva — Salvador
- DETERMINAÇÃO DAS HEMOGLOBINAS NA INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE
- Dr. Hélio Ramos — Salvador
- INÍCIO DE GRANDES INCÊNDIOS
- Dr. Marino Pedro Nicoletti — São Paulo
- PERÍCIAS DE INCÊNDIOS
- Dr. Alceu de Almeida Proença — São Paulo
- RESIDUOGRAFIA METÁLICA
- Dr. José Lopes Zarzuela — São Paulo
- ATUALIZAÇÃO E REFORMULAÇÃO DO ENSINO DA DOCUMENTOSCOPIA
- Dr. Ernesto Perello — São Paulo
- ELETROPLESSÃO
- Dr. Moisés Rychter — Rio de Janeiro
- PESQUISA EM CABELOS E PÊLOS
- Dr. Eudésio Schelley — Goiás
- BALÍSTICA
- Dr. Carlos Guido da Silva Pereira — Rio Grande do Sul
- FALSIFICAÇÃO NA IDENTIFICAÇÃO DE VEÍCULOS
- Dr. Victor Quintela — Rio Grande do Sul
- ESTUDOS DE CRIMES CONTRA A PESSOA
- Dr. Arlindo Orlando Artur Blumje — Paraná

Abuso de Drogas
(Pesquisa)

O Instituto de Ciências Penais, da Faculdade de Direito Cândido Mendes, realizou extensa pesquisa sobre os processos por abuso de drogas na Cidade do Rio de Janeiro. A pesquisa foi coordenada pela socióloga Yolanda Catão e pelo professor Heleno Fragoso e visou analisar como o sistema de justiça criminal vem atuando nos processos instaurados por consumo, porte e tráfico de drogas.

A pesquisa foi realizada em 1975 em sete Varas Criminais no Rio de Janeiro, compreendendo 12,5% dos processos distribuídos no ano de 1974. O relatório final vem de ser concluído, devendo ser publicado brevemente.

A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Nos últimos tempos (última década sobretudo), paralelamente a uma série de mudanças sociais, assistiu-se à difusão do consumo de drogas, com predominância da maconha, nas classes média e alta da sociedade brasileira, particularmente entre os jovens. Tornou-se então motivo de grande preocupação por parte das autoridades e responsáveis e propagou-se, através dos meios de comunicação, uma imagem do consumo de tóxicos, de ameaça à segurança pública e de perigo para a ordem social, não faltando os que vislumbraram riscos, inclusive, para a segurança nacional.

Procurou-se reagir, no plano do controle social, através de legislação cada vez mais severa. O art. 281 CP foi várias vezes alterado. Em sua redação original, referindo-se, impropriamente, apenas a *substância entorpecente*, punia as várias ações típicas que enumerava com as penas de reclusão de um a cinco anos, e multa, de dois a dez cruzeiros. Com a L. 4.451, de 4/11/64, introduziu-se, na enumeração de ações delituosas, inutilmente, a de *plantar* (já compreendida na fórmula genérica do art. 281 § 3.º, III). Após inúmeras vacilações, fixou-se a jurisprudência no sentido de que a lei não punia o viciado e que a posse de pequenas quantidades por viciados não constituía crime. O DL 385, de 26/12/68, dando nova redação ao art. 281 CP, passou a se referir, de forma ampla, a "substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica", e introduziu, ao lado da pena privativa da liberdade, a pena de multa, de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país na data do fato. Esclareceu que nas mesmas penas estava também incurso o usuário (art. 281, § 1.º, III). Finalmente, sobreveio a L. 5.726, de 29/10/71, em vigor, que, mais uma vez, alterou o art. 281 CP, elevando a pena para reclusão de 1 a 6 anos e multa, de 50 a 100 vezes o maior salário-mínimo vigente no país, aplicável, indistintamente, a produtores, traficantes e usuários, viciados ou não.

A legislação brasileira é considerada das mais repressivas.

MACONHA

O problema das drogas no Brasil restringe-se basicamente à maconha. A grande maioria dos processos (92,4%) se deveu ao uso, posse ou tráfico de maco-

inha, que é a substância de que em geral mais se abusa, depois do tabaco e do álcool.

A grande disponibilidade da maconha deve-se principalmente a dois fatores. Trata-se de planta de fácil obtenção (de plantação caseira) e de preço bem mais acessível que outras substâncias tóxicas para a grande maioria dos consumidores de entorpecentes. Além disso, sua imagem, seja a divulgada através dos meios de comunicação, seja a transmitida de forma direta a partir de experiências pessoais, reflete comparativamente menor grau de periculosidade e nocividade que outras substâncias. Isto leva o indivíduo a consumir ou, eventualmente, a utilizar maconha ao invés de "arriscar-se" no uso de outra droga.

De qualquer forma, nos surpreende o percentual mínimo de outras drogas encontrado por esta pesquisa, que, a nosso ver, não se explica apenas pelo comentário feito acima.

Parece-nos que, no Brasil, grande parte do consumo de cocaína e anfetaminas, por exemplo, se realiza nas esferas sociais mais elevadas, que são justamente, como já foi observado, as menos atingidas pela perseguição policial-judiciária, desfrutando sempre de distintas formas de proteção quando se trata de burlar a lei. Este fato poderia, por um lado, explicar o índice pequeno de casos de cocaína e anfetaminas. Por outro lado, a cocaína constitui droga de difícil obtenção, não só por ser mais cara, mas também porque a disponibilidade é incomparavelmente menor.

No entanto, poder-se-ia argumentar que os traficantes de drogas não pertencem às classes mais altas, e, assim, deveriam estar representados na população analisada. Nesse caso, poderíamos não ter registrado nenhum consumidor da cocaína (ou poucos), porém encontraríamos processos por tráfico de cocaína. É de conhecimento geral que a política dificilmente chega ao verdadeiro traficante, que se protege, inclusive através da corrupção. O mais comum é a prisão do "pequeno traficante", do "transeiro", que não é mais do que um elo entre o verdadeiro traficante e o consumidor ou viciado. As pequenas quantidades de maconha e cocaína apreendidas mostram bem que a justiça realmente só persegue e pune os consumidores, não atingindo os responsáveis pela difusão e comércio da droga.

Geralmente, os processos pesquisados referiam-se a quantidade mínima de maconha, ou seja, em 50,2% dos casos a quantidade apreendida foi inferior a 5 gramas de maconha. Quase dois terços das pessoas estavam sendo processadas criminalmente por posse de quantidade inferior a 20 gramas ou, em outras palavras, 72,1% das prisões foram feitas pela apreensão de menos de 20 gramas de maconha.

A maconha foi, até época recente, substância pouco conhecida. Nos últimos tempos, no entanto, tem sido objeto de imensa quantidade de estudos e pesquisas, que constituem hoje vasta bibliografia. As pesquisas se desenvolveram a partir da síntese do princípio ativo da *Cannabis*, realizada em 1964 por RAFAEL MECHOU-LAN. Esse princípio é o 9-Delta Tetrahydrocannabinol (THC), com o qual numerosas experiências têm sido realizadas. O THC é rapidamente desativado quando exposto ao oxigênio, à luz, à umidade e a temperaturas elevadas. A maior quantidade de THC encontra-se nas sumidades floridas da planta. O caule e as sementes contêm pouco ou nenhum THC. A maconha geralmente consumida tem reduzido conteúdo de substância ativa, em regra menos de 1% de THC. O haxixe

é a resina pura da planta feminina, e é de cinco a dez vezes mais potente que a maconha.

Tecnicamente, maconha é alucinógeno. Não produz dependência física. Os usuários crônicos tornam-se psicologicamente dependentes. O conceito de dependência psicológica, adotado pela lei brasileira, tem sido questionado por vários estudiosos, por sua amplitude. Não há necessidade nem possibilidade de submeter a tratamento alguém pelo só fato de usar maconha, a menos que tais pessoas apresentem desvios da personalidade ou outras disfunções.

Questiona-se hoje a respeito de três importantes aspectos do uso da maconha: (1) — Se a *Cannabis* conduz ao uso de substâncias perigosas; (2) — Se produz dano considerável à saúde, particularmente às funções cerebrais; (3) — Se está associada à criminalidade.

Os usuários de qualquer droga psicoativa têm sempre maior probabilidade de usar outras drogas. Nenhum componente da maconha tem como efeito conduzir ao uso de outras drogas e a maior parte de seus usuários efetivamente não passa a outras substâncias perigosas. Dificilmente a maconha provoca tolerância. O relatório da Comissão Schafer afirma que, se alguma droga está associada ao uso de outra, tal droga é o tabaco, seguida de perto pelo álcool. Nas pesquisas feitas pela Comissão, apenas 4% dos usuários de maconha experimentaram heroína. Entre os usuários de opiáceos, é grande o número dos que antes usaram maconha, mas nenhuma relação causal pôde ser estabelecida entre o uso de uma e outra espécie de droga, parecendo que o fato se relaciona com fatores de outra ordem.

Estudo recente elaborado por comissão especial do legislativo do Estado de Nova York concluiu que a maconha não conduz a comportamento agressivo, nem é causa de gradual passagem à heroína ou a outros tóxicos. A Comissão canadense concluiu que a relação de causalidade entre maconha e outras drogas é difícil de verificar.

No que tange aos efeitos da maconha sobre a saúde, é claro que, como toda droga, também a *Cannabis* é prejudicial. Todavia, existe hoje praticamente consenso, na área médica, no sentido de que a maconha é menos prejudicial do que o álcool. Nenhuma das inúmeras pesquisas realizadas revelou lesão cerebral ou outros efeitos graves, mesmo no caso de uso prolongado de doses elevadas. Estudo realizado em 1971 pelo Instituto Nacional de Saúde Mental, nos Estados Unidos, afirmou que para a maior parte das pessoas a droga não parece perigosa.

Com respeito à criminalidade, observa-se que as pessoas que usam maconha tendem a comportamento passivo. A Comissão Schafer, em seu relatório, referindo pesquisas que promoveu a respeito, conclui que "o peso da prova é no sentido de que a maconha não causa comportamento agressivo ou violento; pode ela servir para inibir a expressão de tal comportamento". A Conferência dos diretores de institutos de pesquisa, promovida em 1974 pelo Conselho da Europa, conclui que não há relação de causa e efeito direta entre drogas e crime, salvo no caso de certas drogas específicas, como as anfetaminas. Todavia, drogas e criminalidade freqüentemente aparecem juntas, pois as mesmas causas psicológicas e sociais conduzem a uma ou outra de tais formas de comportamento desviante.

Essas conclusões proporcionaram extensa reavaliação crítica da significação social do uso da maconha, com o aparecimento de vasta literatura, cujo sentido fundamental é o da maior permissividade e descriminalização.

Surgiram, por outro lado, propostas concretas no sentido de reforma legislativa. Tais propostas vão desde a abolição de penas mínimas obrigatórias para o uso e posse de maconha, com amplas possibilidades de suspensão condicional da pena ou da condenação, distinguindo-se, para diverso tratamento, o tráfico do uso/posse, até à descriminalização destes últimos. A Comissão Schafer propôs que a posse para uso pessoal não deveria ser incriminada. A mesma recomendação foi feita para a distribuição casual de pequenas quantidades, sem remuneração ou com insignificante remuneração, não envolvendo lucro. No mesmo sentido pronunciou-se a Comissão canadense e numerosas entidades de prestígio.

Reconheceu-se também que as convenções internacionais em vigor não obrigam à incriminação do uso/posse, ao contrário do que muitos afirmavam.

Em consequência, as penas severíssimas que a legislação americana previa para a posse/uso de maconha foram consideravelmente reduzidas em todos os Estados da União. A descriminalização completa foi introduzida em vários Estados. Em Oregon, desde outubro de 1973, a posse de pequenas quantidades obriga apenas ao pagamento de multa (não criminal) de até cem dólares. Pesquisa realizada em outubro de 1974 pelo *Drug Abuse Council* indicou que apenas 0,5% dos usuários de maconha entrevistados começou a usar a droga após a descriminalização.

OS RESULTADOS DA PESQUISA

Apenas 3,7% de mulheres foram processadas por uso, posse ou tráfico de drogas. 96,2% dos processos referiam-se a pessoas do sexo masculino.

O uso da *cannabis sativa* era e continua a ser próprio de certa faixa etária. Já examinamos como as drogas, em geral, e a maconha, tornaram-se símbolos de uma cultura jovem. Interessante observar que o uso do álcool pode aumentar com a idade, enquanto o da maconha tende a diminuir. Aliás, uma das críticas que se faz à grande contestação quanto ao uso de maconha é a de que o álcool é o intoxicante tradicional das gerações mais velhas — por isto legitimado e aceito —, enquanto a maconha caracteriza os mais jovens, e por isto é criticada e vista como símbolo de alienação social da juventude.

Pesquisa realizada nos E.U.A. mostrou que a experiência com a maconha vai dos 18 aos 25 anos, caindo rapidamente depois. Os resultados da nossa pesquisa também revelaram que a grande incidência recai entre os 18 e 25 anos (65,7%), diminuindo em seguida. Isto não significa, porém, que adultos mais velhos estejam excluídos (acima dos 35 anos, verificam-se 9,5% do total pesquisado.) O legalmente menor — 18 a 21 anos — é o que está mais presente, em 38,1% dos processos.

OS PRAZOS PROCESSUAIS NÃO SÃO OBSERVADOS

A lei fixou rito processual de extrema celeridade e solução de grande rigor para o que se refere ao direito de liberdade. Assim, ocorrendo prisão em flagr-

te, 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 a 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. Trata-se aqui de saber se isto está realmente acontecendo, ou seja, se os prazos processuais vêm sendo observados e, caso negativo, porque.

O laudo de exame pericial 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). Resta saber se os órgãos técnicos da polícia (Instituto de Criminalística) estão aparelhados para cumprir esta tarefa e se a remessa dos laudos em tempo oportuno tem concorrido de alguma forma para a regularidade do processo.

Obtivemos os seguintes dados com respeito à observância dos prazos determinados pela lei.

Em 80,8% dos processos, o tempo decorrido entre a prisão (ou início do processo) e a remessa dos autos a juízo foi de, no mínimo, 1 dia e, no máximo, 10 dias, ou seja, a lei não é observada com rigor.

Com relação ao tempo decorrido entre a chegada dos autos a juízo e a audiência, na grande maioria dos casos (68%), o prazo foi de 3 a 10 dias. Novamente aqui não se seguiu a lei que determina ao juiz designar a audiência de apresentação para as 48 horas seguintes à comunicação do fato.

O laudo de exame da substância apreendida foi enviado a juízo, em 40,2% dos processos de 21 a 30 dias após a prisão e, em 44,9% dos casos, foi enviado de 8 a 20 dias após a denúncia. Como os outros prazos não têm sido observados, a demora no envio do laudo parece não afetar muito o encaminhamento do processo.

O tempo decorrido entre a denúncia e a sentença — término do processo — foi, em 45% dos casos julgados, de no mínimo 31 dias e no máximo 3 meses. Em 33,7% dos processos este prazo foi superior a 3 meses. E, ainda, 12,5% demoraram mais de 6 meses.

Por outro lado, chama-nos a atenção, tendo em vista que o prazo máximo previsto para a lei para o término do processo é de 20 dias, o fato de que 18,3% dos processos não foram ainda julgados, apesar da decorrência de mais de um ano desde a prisão em flagrante.

Com referência aos prazos processuais fixados pela legislação, verifica-se, segundo estes resultados, que nem de longe os prazos estipulados legalmente estão sendo observados. É importante que se analise as causas dessa morosidade, se é o entrave burocrático, o acúmulo de processos ou outros fatores para que não ocorra o mesmo problema na nova lei. No fundo, o réu é quem sofre no seu direito à liberdade.

A PERPLEXIDADE DO JUIZ

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, com internação obrigatória.

Nos artigos 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 (opíaceos e os produtos sintéticos a eles 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* viciado, maior de 18 e menor de 21 anos, é obrigatória a substituição da pena pela medida de segurança (art. 11, § 2.º). Todavia, se o menor de 18 a 21 anos viciado for *imputável* (o que, tratando-se de maconha, ocorre, sem a menor dúvida, na totalidade dos casos), a internação em estabelecimento hospitalar para fins *curativos* é facultativa (art. 12).

Não há prescrições especiais para os viciados maiores *imputáveis*, que são todos os usuários de maconha, afora a regra genérica do art. 9.º, segundo a qual todos os viciados devem ser submetidos a medidas de recuperação.

Nosso objetivo era saber como os juízes estão aplicando esses textos, particularmente se se tem presente que *não existe* hospital para tratamento de viciados. Os grandes centros para tratamento de viciados não são necessariamente hospitais. O Manicômio Judiciário (só para homens) não recebe viciados, a menos que se trate de psicopatas.

Queríamos verificar se os juízes estão absolvendo os usuários de maconha supostamente viciados imputáveis, ordenando a sua internação em estabelecimento hospitalar, pois esta *não é* a orientação da lei.

Os dados obtidos por esta pesquisa revelaram que a maioria das sentenças são absolutórias (57%). Trata-se de alta percentagem principalmente se levar-

mos em conta que 96,2% dos casos eram de flagrante delito, e que 92,4% dos processos referiam-se a réus imputáveis (maconha).

O fundamento da absolvição foi, em geral, a insuficiência da prova (62,5%). Dada a predominância de prisões em flagrante, a decisão pode estar relacionada com o fato de que as testemunhas de acusação foram, em geral, exclusivamente policiais e que boa percentagem dos réus em juízo nega o delito. Por outro lado, dada a frequência de absolvição, parece-nos que os juízes estão cedendo diante de certa realidade social, isto é, grande parte dos processos são contra infratores primários menores (ou jovens), presos com pequena quantidade de maconha, cujo encarceramento é altamente indesejável e injustificável. Como geralmente acontece, as penas severas, que repugnam a consciência dos julgadores, conduzem à absolvição "por ausência de provas". Equivoca-se lamentavelmente o legislador se confia no efeito preventivo das penas severas.

Nos processos em que as sentenças foram condenatórias, a pena mínima (um ano de reclusão e 50 salários-mínimos) foi imposta a 64% dos condenados. Se correlacionarmos este dado com o grande número de absolvições, podemos concluir que os juízes têm mostrado benevolência em oposição à grande severidade da lei. Em apenas 16,2% das condenações, a pena decretada foi de 1 ano e 1 dia a 2 anos (e até 100 salários-mínimos). Houve 10,8% de casos de conversão da pena em internamento.

O número relativamente pequeno de casos em que o juiz de fato converteu a pena em internamento foi suficiente para que pudéssemos comprovar a completa desorientação dos juízes e a ausência de critérios. Na maior parte dos casos o juiz admite que o réu é "viciado" em maconha simplesmente à vista de suas próprias declarações e da reduzida quantidade da droga. Algumas vezes aceitam-se atestados de médicos particulares. Raras vezes determina-se exame médico-legal.

A decisão no sentido de que o réu é "viciado" em maconha é geralmente uma solução de conveniência para buscar um resultado penal menos gravoso.

Rarissimamente o réu será mesmo viciado, ou seja, apresentará dependência psíquica, tratando-se de maconha. São numerosos os estudos que o demonstram. As dificuldades com que se defronta o perito para declarar esse tipo de dependência, por outro lado, são insuperáveis. Declarando o réu "viciado" (para, em seguida, declará-lo "curado"), o perito participa de uma farsa. No V Congresso da ONU, no ano passado, em Genebra, assinalou-se os resultados pouco animadores obtidos com o tratamento de viciados em drogas em geral.

Reconhecendo o réu "viciado", o juiz nunca indaga (como seria indispensável) de sua imputabilidade, desprezando a solução legal, que, por seu turno, opera fora da realidade.

Afirmando que o réu é "viciado", o magistrado transfere para o juiz das execuções o problema do cumprimento da medida de segurança. Se não há estabelecimento para execução de medida de segurança detentiva, a regra é a concessão da liberdade vigiada.

O juiz das execuções se vê, em consequência, diante de situação difícil. Alguns libertam realmente o "viciado". Outros admitem sua internação em estabelecimentos particulares, que declaram, com a rapidez possível e (comercialmente) conveniente a sua "recuperação".

Toda essa *encenação* a que conduz a lei vigente é consequência de sua severidade em relação aos jovens surpreendidos com pequenas quantidades de maconha. Toda essa corrupção da lei vigente constitui penosa lição que o legislador não poderá desprezar.

No Congresso da ONU também se observou que nem sempre é fácil distinguir os traficantes dos que usam drogas abusivamente.

Os resultados mostraram que 60% das pessoas cujo período de detenção esteve entre 26 dias e 3 meses foram absolvidas. Entre aqueles que ficaram detidos por mais de 3 meses, 38,5% foram absolvidos. Tiveram sentenças absolutórias 28,6% das pessoas que aguardaram o julgamento presas por mais de 6 meses. É possível que muitas absolvições "por falta de provas" decorram do fato de considerar o juiz que a prisão provisória constitui castigo bastante. Lembramos ainda que quase 20% dos processos estão na justiça há mais de um ano sem terem sido julgados.

Observamos assim que, mais freqüentemente do que se poderia supor, o réu processado e detido por consumo ou venda de drogas é absolvido. Se pesarmos os custos e benefícios da prisão provisória (ônus com a manutenção do preso, sobrecarga do sistema judiciário e penitenciário, estigma social que sofre o preso, efeitos negativos do encarceramento, etc.), veremos que, sem a menor dúvida, os custos são enormes e os benefícios praticamente nulos. Aliás, o alto custo social da estigmatização de uma pessoa como criminosa é bastante conhecido.

Analisando os aspectos citados, fundamentando-nos nos dados obtidos pela pesquisa, e com base na tendência à descriminalização da maconha para fins de uso pessoal, acreditamos não ser conveniente a inafiançabilidade deste crime, nos casos de uso e posse de maconha.

PERFIL DO RÉU PROCESSADO POR ABUSO DE DROGAS

O perfil simplificado que apresentamos é apenas representativo do usuário de drogas, processado pelo sistema de justiça criminal no Rio de Janeiro. Nada indica que ele corresponda necessariamente às características gerais da população constituída pelos consumidores de drogas em nosso país. Aliás, por ser um comportamento desviante aceito em determinados grupos sociais (principalmente no caso de maconha), não sofrendo, neste caso, sanções, a *zona negra* desse tipo de criminalidade é enorme.

O indivíduo processado por crime de porte, uso ou tráfico de drogas é, geralmente, do sexo masculino, situa-se na faixa etária de 18 a 21 anos, solteiro, de cor branca, declara-se católico, e seu nível de instrução limita-se ao grau primário. É natural do Estado do Rio de Janeiro e reside nos subúrbios do "Grande Rio". É operário, sem antecedentes criminais e pratica o delito sozinho.

CARACTERÍSTICAS GERAIS DO PROCESSO

O processo por crime de porte, uso ou tráfico de drogas inicia-se com a prisão em flagrante, e se refere a maconha, sendo a quantidade pequena. As testemunhas são policiais e a defesa é realizada por defensor público. O juiz concede relaxamento da prisão quando se verifica excesso de prazo, e o período de prisão pro-

visória varia de 1 a 3 meses. Os réus são geralmente absolvidos por prova insuficiente, e quando condenados recebem a pena mínima.

CONCLUSÃO

Algumas conclusões podem ser estabelecidas, sobre o abuso de drogas no Brasil, com base nos resultados obtidos pela pesquisa realizada.

Ainda não existe em nosso país problema grave, no que diz respeito ao consumo de drogas. Afirmamos que não é grave porque, conforme ficou demonstrado, a quase totalidade dos processos se refere ao uso de maconha, droga de maior consumo entre os utilizadores de substâncias psicoativas.

Os dados mostraram que as quantidades consumidas são pequenas e que o fenômeno, como em outros países, está ligado à problemática do jovem contemporâneo que, inclusive, com o tempo, poderá diminuir e estacionar a níveis toleráveis.

Com relação aos efeitos da maconha não existe nenhuma evidência conclusiva quanto a dano físico, distúrbios fisiológicos ou mesmo casos fatais que possam ser atribuídos a altas doses dessa substância. Doses pequenas ou moderadas de maconha produzem transformações mínimas nas funções normais do corpo. Nas doses geralmente consumidas, o teor tóxico da maconha parece ser irrelevante.

O uso da maconha por si só não conduz necessariamente à utilização de outras drogas. O fator de grande influência na atitude do indivíduo em relação ao consumo de outros tóxicos é o grupo social que frequenta e possui como referência.

Os casos de uso de outras substâncias são relativamente poucos. Não se pretende negar a existência do consumo de outras drogas em alguns grupos sociais. Mas, a nosso ver, o problema se restringe a certos grupos relacionados com determinado contexto sócio-cultural e não alcança níveis alarmantes, como em outros países ocidentais. Não nos convém importar problemas ou fórmulas legais que não correspondam à nossa realidade nacional. Parece-nos que também não é o caso de importar soluções.

Evidentemente são necessárias medidas preventivas de modo a conter o problema e não permitir sua evolução (se esta for a tendência). Pensamos, no entanto, que a orientação de política criminal da legislação em vigor é inteiramente despropositada quanto à sua severidade ao dano individual e social causado pelo uso da maconha, conduzindo a graves distorções o mecanismo policial-judiciário.

Propusemo-nos também examinar nesta pesquisa como está operando a lei vigente em nosso país, para saber se a vontade do legislador, expressa na lei, vem sendo obedecida. Tratava-se de verificar se os aplicadores da lei (os juízes principalmente) estão observando a orientação de política criminal que corresponde à legislação atual.

A importância quanto a saber se existe correspondência entre a lei e sua implementação é primordial, visto que nova legislação está sendo elaborada. Os legisladores deverão estar atentos para o tipo de problemas e soluções legais adotadas no que refere ao crime de que se trata. De nada vale criar nova lei

para continuar a não ser devidamente aplicada, por estar fora da realidade social e judiciária.

Esta é uma das conclusões do nosso trabalho. De modo geral, a lei não se cumpre. Duas atitudes parecem caracterizar o Poder Judiciário diante das normas em vigor: a benevolência e a inconsistência.

A atitude condescendente e tolerante com relação ao infrator aparece claramente em certas variáveis analisadas. Por exemplo, a benevolência transparece no número elevado de relaxamentos da prisão, contrariando disposição legal expressa. A grande maioria de sentenças absolutórias no caso do réu imputável mostra que os juízes tendem a usar o poder discricionário que possuem, em evidente discordância da política criminal que a orientação legislativa expressa. Ros condenados é geralmente imposta a pena mínima.

No dever de julgar um infrator jovem, primário, preso com pequena quantidade de maconha, e tendo em vista o significado do encarceramento, medida legal prevista, o juiz procura abrandar a lei. É bastante significativo o fato de que o argumento predominante nas absolvições é o da prova insuficiente. Este fundamento, de fácil manipulação técnico-legal nesses processos, permite absolver. O juiz tende a aceitar qualquer prova razoável que a defesa ofereça, para não prejudicar o futuro do jovem com o estigma gravíssimo da pena criminal, e porque leva-lo à prisão seria realmente concorrer para sua marginalização.

Por outro lado, notamos certa ambiguidade ou incongruência na atuação dos juízes com relação a esse tipo de processo.

A ambiguidade e a inconsistência por parte do julgador, observa-se principalmente quando analisamos variáveis que interferiam na decisão judicial, tais como a idade do réu, a reincidência e a quantidade da substância apreendida. Quando se trata de réus que se confessam viciados, é rigorosamente impossível saber como o juiz vai decidir. A questão do suposto tratamento de "viciados" em maconha conduz o juiz à perplexidade.

Diante da severidade e irreabilidade da lei, aquele que julga tende a utilizar o poder discricionário que possui, em soluções que se apartam da lei. Se o juiz percebe a impossibilidade de obedecer a várias das disposições legais, perde muitos dos parâmetros que usualmente tem por referência para julgar de modo mais técnico e formal o processo. Não podendo observar os critérios legais, cria critérios próprios de decisão. Os parâmetros passam assim a ser pessoais, subjetivos, valorativos quase que de maneira absoluta. O julgamento é feito de forma individualizada de acordo com os casos concretos de cada réu. Por isto também varia tanto a interferência de cada variável, sendo difícil medir independentemente o peso de cada uma no julgamento dos processos por tóxicos. Sabe-se que há juízes que relaxam a prisão e juízes que não a relaxam; juízes que tendem a absolver e juízes que tendem a condenar.

Além disso, a criminalidade do uso pessoal de drogas suscita hoje em dia grande controvérsia. Influenciado por opiniões abalizadas, pela tendência à descriminalização da posse/uso de maconha, o juiz sente-se incapaz de atitudes categóricas e definitivas.

A lei está divorciada da realidade e não corresponde ao desvalor social do fato. Abandonando a lei, os juízes perdem a base firme que governa a atividade jurisdicional, introduzindo-se a incerteza e a insegurança do direito.

RECOMENDAÇÕES

Com vistas à elaboração da nova lei, apresentamos as recomendações que se seguem:

a) O usuário da droga (viciado ou não) não pode ser confundido com o traficante. A lei deve distinguir, para diverso tratamento, o caso de posse de pequenas quantidades para uso próprio e o uso, do tráfico.

b) O uso e a posse de pequenas quantidades para uso próprio (seja, ou não, o réu viciado) não deve ser punível. Caso se entenda que o fato deve ser incriminado, por motivos de Política Criminal, a pena para esses casos deve ser leve (ex.: detenção até um ano), permitindo-se o perdão judicial.

c) Para o traficante, a pena deve ser de reclusão, de 2 a 5 anos, e pagamento de até 360 dias-multa. Não se deve cominar pena excessivamente severa, que termina por favorecer o réu, pois não é aplicada pelo juiz. O tráfico internacional deve constituir circunstância agravante. Quem distribui pequenas quantidades entre amigos, sem lucro ou com lucro inexpressivo, não é traficante. A escala penal proposta permitirá considerar a diversa gravidade que apresentam o tráfico de drogas pesadas (heroína, morfina, cocaína, LSD, etc.) e o de maconha, cuja nocividade é comparável (se não inferior) à do álcool.

d) O viciado inimputável deve ser submetido a medida de segurança obrigatória, consistente em tratamento médico, com ou sem internação, a critério do juiz.

e) O viciado semi-imputável deve ser submetido a medida de segurança, com ou sem internação. Poderá o juiz, determinando a medida de segurança, abster-se de aplicar qualquer pena (se o fato for punível). Em caso de aplicar-se pena, deve ela ser atenuada.

f) O viciado imputável deve ser submetido a medida de segurança obrigatória, com ou sem internamento, a critério do juiz, além da pena (se o fato for punível).

g) O traficante-viciado em drogas que provocam dependência física deve ser tratado como viciado.

h) O traficante-viciado em maconha deve ser tratado como traficante.

i) Nenhum rito especial deve ser estabelecido para o processo. Não existe estrutura judiciária para um rito sumário especial ou sumaríssimo, que prejudica inutilmente a defesa, e não se cumpre. Nos crimes inafiançáveis, o procedimento vigente é bastante severo.

j) Deve ser mantida a abolição do recurso de ofício (que constitui aberração jurídica) nas sentenças absolutórias e arquivamento de processos.

A pesquisa será proximamente publicada em livro.

VI CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Durante a VI Conferência Nacional dos Advogados, realizada de 17 a 23 de outubro de 1976, em Salvador, foram examinados e discutidos, por mais de 3.000 convencionais, temas da maior relevância, nas áreas de interesse científico de RDP.

A natureza da profissão do advogado, voltada para o aprimoramento da ordem jurídica, faz com que seus anseios sejam de grande significado para a comunidade, e o papel do Advogado na sociedade, colocando-se como representante do cidadão que reclama direitos, é sempre impulsionado de reivindicações das liberdades democráticas. A limitação destas liberdades e a ausência do estado de direito atormentam diretamente a profissão. A preocupação dos advogados com tais temas não são meros posicionamentos políticos, mas uma defesa da própria essência do exercício profissional.

Assim, não poderia ser diverso o fato de que os advogados reunidos em conferência canalizassem todas as suas expectativas para a discussão de aspecto primordial do momento nacional, ou seja, a revogação de todos os atos de exceção e a vigência plena da Constituição.

O grande número de teses apresentadas teve como denominador comum o debate de direitos civis, aliás sempre o maior tema destas reuniões.

Na abertura da conferência, no Teatro Castro Alves, sem a presença do Governador do Estado, o Presidente da ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, proferiu um vigoroso discurso estabelecendo a posição dos Advogados em relação à realidade nacional. O discurso do Presidente foi o momento alto da Conferência, o qual deixou inequívoco ser o estado de direito a meta primordial da classe, pois fora dele a advocacia não encontra o seu campo natural, onde os conflitos sociais são resolvidos perante normas constitucionais invioláveis, independência da magistratura e segurança do profissional para o exercício de seu "munus" público. Também a subordinação da O.A.B. à entidade governamental preocupa os advogados, e, era de se esperar, a Conferência traduziu tal inquietação, com a concentração, em diversas teses, de temas em torno do reclamo da independência do advogado.

A configuração de profissão liberal independente e desvinculada de qualquer possibilidade de cerceamento institucional exige do advogado uma permanente vigília para a sua liberdade de trabalho.

Encontrando-se o advogado, no presente momento, ameaçado em sua própria capacidade de insurgir-se contra o Estado, na defesa individual de seus clientes a Conferência declarou o seu repúdio ao esvaziamento dessa missão social.

A tese do Professor J. J. CALMON DOS PASSOS está inserida nesta perspectiva, e é, sem qualquer dúvida, um trabalho magnífico, onde o ilustre mestre entendeu que o tema Advocacia — o direito de recorrer à Justiça — "apresenta-se como desdobramento de um outro mais abrangente: independência e autonomia da ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL".

Discorrendo sobre a existência do direito como fruto da convivência humana, demonstrou o lúcido jurista a dinâmica em que o grupo politicamente organizado, após o período histórico da defesa privada, institucionalizou nas mãos do Estado o poder coercitivo normalizador. Com esta delegação nasceu o poder do indivíduo de exigir instrumentos eficazes para opor-se contra o próprio Estado.

O acesso aos Tribunais jurisdicionais através do processo legal é garantia constitucional no nosso ordenamento jurídico, e nesse direito fundamental assenta a razão de ser do advogado e o seu direito fundamental de requerer em juízo.

A tese, escrita numa pujança e força raras em nossa literatura jurídica, abordou e expressou todo o espírito da Conferência, afirmando: "Cerpear o advogado é cerpear o cidadão. Limitar as prerrogativas do advogado é limitar as prerrogativas do cidadão. Constrangê-lo é constranger aquele. Nada é mais gratificante para o advogado que perceber esta solidariedade ineliminável entre seus *status* profissional e o do indivíduo na sociedade política. Quando o indivíduo se aniquila, e desce à condição de servo ou de súdito, também os juristas, e preponderantemente os advogados, se colocam na escala dos dispensáveis. Para a servidão bastam o beleguim e o verdugo, togados ou não.

Quando porém o indivíduo se faz cidadão, quando sua dignidade pessoal é reconhecida em face dos que empolgaram o poder político e os instrumentos eficazes de coerção social, quando o indivíduo é preservado em sua condição humana de ser racional e livre, também o jurista, e principalmente o advogado, se faz a voz eloquente do direito desse cidadão. Porque onde há cidadãos há juízes e onde juízes existem os advogados se fazem imprescindíveis.

Essa nota tão peculiar da profissão do advogado impõe, como consequência inalienável, a da independência de seu órgão de classe, do órgão em que os profissionais do patrocínio jurídico se arregimentam para se autodisciplinarem, mas por igual se autopreservam, como garantia do papel que lhes cumpre desempenhar na sociedade".

A consagrada cultura do digno professor colocou na devida proporção a importância do advogado no regime democrático.

É interessante ressaltar que todas as reivindicações dos advogados nunca espelham uma busca de melhoria imediata para a classe, como a primeira vista pode parecer. No incessante e eterno choque dos direitos individuais com a onipotência estatal proliferam quase todos os conceitos da organicidade social. A Constituição e toda a legislação são produtos deste permanente movimento que através dos tempos tem oscilado dos Estados fascistas aos mais liberais.

A Advocacia é em todos os casos o exercício da democracia.

O Professor Calmon dos Passos entusiasmou a Conferência com um verdadeiro proclamo democrático onde dentre outras afirmações de significado cívico, também enfatizou:

"No momento em que o advogado, mesmo indiretamente, seja alguém passível de disciplina e punição, em termos profissionais, por iniciativa de membros do Governo, deixará ele de ser advogado, para ser mero agente administrativo da onipotência estatal, mascarada sob a aparência de uma legalidade meramente formal, que é o modo substituído de formular o direito.

"No momento em que a ORDEM DOS ADVOGADOS for atingida em sua independência e submetida ao controle e à vinculação de um órgão do Executivo, ela deixará de ser um colégio de advogados para se tornar colegiado administrativo, mero executor das decisões governamentais.

"Independência dos juízes e independência dos advogados são duas sólidas rochas sobre as quais se pode construir, com segurança, a liberdade dos indivíduos.

"Sem tribunais e sem advogados, não há homens livres. E não há tribunais onde os juízes são carrascos, nem advogados onde o acesso aos tribunais, em condições de segurança e de igualdade, não é assegurado aos cidadãos".

A classe dos advogados e a democracia brasileira fica devendo ao Professor Calmon dos Passos mais esta distinta contribuição, espelho de sua enorme cultura, edificada numa formação filosófica e jurídica vasta, que estimula as gerações mais novas ao estudo do direito.

Em 1974, na cidade do Rio de Janeiro, a V Conferência, abordando o tema central Direitos Humanos, pôde refletir a preocupação dos advogados com a estrutura social do país, e a maioria das teses se deteve nesta perspectiva.

Em Salvador, tal episódio não se repetiu, talvez pela necessidade permanente de resguardar a profissão do advogado, ameaçada de subordinação ao Ministério do Trabalho, obrigando os conferencistas a deixarem para um segundo plano debates sobre outros aspectos nacionais, como seria o desnivelamento das camadas populacionais, com a inevitável defasagem na administração da Justiça.

Não obstante a preocupação maior da Conferência em subordinar o exercício pleno da advocacia ao estado de direito, a tese do Prof. Heleno Cláudio Fragoso — Advocacia: Igualdade de Desigualdade da Administração da Justiça — tratou de outros aspectos, como a incapacidade de administração da justiça a todas as classes sociais.

Historiando de forma objetiva e brilhante as discriminações sociais de todas as legislações, desde o direito antigo até nossos dias, pode o Professor Heleno Fragoso reunir uma argumentação histórico-social que desmistifica a idéia da igualdade de todos perante a lei.

Detendo-se na filosofia do século no iluminismo, concluiu pela impossibilidade do contrato proporcionar uma igualdade humana: É fácil, porém, compreender que o princípio da autonomia da vontade é puramente ilusório se o contrato se celebra entre o forte e o fraco. O contrato se transforma virtualmente num sistema de poder tornando-se a expressão da lei do mais forte".

Através de um estudo da evolução das legislações sobre o trabalho, a tese impressiona pela segura demonstração do uso do direito de reprimir qualquer rebeldia contra as desumanas formas de trabalho que marcaram o século passado, principalmente na Inglaterra, quando do início da revolução industrial.

No histórico da greve pacífica, nas legislações está sempre presente a idéia de crime.

No nosso direito, com exceções raras, de curtos prazos, a greve pacífica tem sido vista como crime, culminando com a recente Lei n.º 4.830, de 1964, que a pune severamente, mesmo quando tenha por objeto reivindicações legítimas, desde que sejam desobedecidos os prazos que prescreve (art. 29, I).

Como disse o Professor HELENO FRAGOSO: "A lenta, perigosa e, por vezes sangrenta, evolução do direito de greve, que está longe de ter-se completado, ilustra bem os esforços dos trabalhadores para vencer a desigualdade em que se situam na economia liberal, em face dos patrões. A greve é admitida porque há consciência universal de tal desigualdade, e as medidas repressivas, no plano criminal, mesmo nas hipóteses de violência, são raramente aplicadas".

Em matéria criminal, a administração da justiça "constitui o aspecto mais dramático da desigualdade da justiça, sendo aqui puramente formal e totalmente ilusório o princípio da igualdade perante a lei".

A tese combate, com muita propriedade, a idéia generalizada de que a pobreza é fator criminógeno e "é importante ter presente que a criminalidade não é atributo das pessoas que fazem parte de grupos marginalizados ou que como tal são considerados. A identificação do criminoso com o marginal decorre do fato de atingir a justiça sobretudo os pobres e desfavorecidos, que enchem as prisões e que constituem a clientela do sistema. Eles constituem apenas a criminalidade aparente, incomparavelmente menor do que a criminalidade oculta, em conjunto com a conhecida, mas não denunciada, e com a denunciada, mas não objeto de perseguição."

Citando o instituto da vadiagem como preceito inconstitucional, o trabalho adverte que "somente os pobres são presos por vadiagem, contravenção que não pode ser praticada pelos ricos... vagabundo rico, pode; vagabundo pobre, não pode".

Oportuno observar ter sido o institutoto da vadiagem "inventado" na Inglaterra, por ocasião da revolução industrial como forma de conseguir canalizar mão-de-obra para as fábricas. Hoje persiste a vadiagem, porém contra aqueles que, como excedentes de mão-de-obra, não conseguem ingressar nas fábricas.

Raramente uma tese em conferência de advogados foi aprovada com tanta identificação de espírito dos presentes, certamente porque as idéias expostas preencheram e satisfizeram as expectativas dos que profissionalmente se dedicam e se expõem à luta diária de clamar por igualdade e justiça.

Uma das teses mais polêmicas foi a do advogado SERRANO NEVES, intitulada "IMUNIDADES PROFISSIONAIS E DEFESA DE DIREITOS".

Circunscrevendo a atividade do advogado no processo como representante de interesses alheios e analisando todos os aspectos jurídicos da questão da imunidade profissional do advogado, o advogado SERRANO NEVES, mestre da matéria, trouxe importante contribuição à Conferência.

Advogou ele a mais absoluta exigência de liberdade de ação do advogado e concluiu sua exposição com o ressaltado dos seguintes aspectos:

- I (a) — Imunidade penal é causa de exclusão de crime e não de isenção de pena.
- (b) — O adjetivo "punível", de que tem feito uso, através dos tempos, o legislador brasileiro, ao tratar da imunidade, deve ser excluído do texto, por impertinente.
- II — As palavras e expressões "JUÍZO", "NA DISCUSSÃO DA CAUSA", "CAUSA" e "PARTE" não figuram na lei no seu sentido estrito, mas, coerente e necessariamente, no seu sentido lato, já humana e extensivamente marcado pela doutrina.
- III — Qualquer pessoa, ainda que estranha ao litígio, desde que com este guarde alguma relação, pode ser alvo de ofensas por *utilitas causae*, até mesmo o próprio Juiz, notadamente em tema de exceção de suspeição.

- IV (a) — Segredo profissional é matéria de ordem pública, que constitui dever-direito, pelo que, mesmo liberado pelo cliente, não deve sobre ele depor o advogado.
- (b) — Só a justa causa (estados de necessidade) pode liberar o segredo do advogado.
- (c) — Não deve o advogado iniciar o depoimento, para, a partir de determinada pergunta, passar a recusá-lo, pois, assim marcando a área de reserva, já estaria começando a revelar o proibido.
- (d) — A busca, quando admissível, só deverá ser levada a efeito na presença do presidente ou Subseção da Ordem, ou de seu representante legal.
- V — As multas previstas nas codificações processuais constituem indisfarçáveis penas disciplinares, e só poderão ser aplicadas pelos órgãos disciplinadores da classe.
- VI (a) — Palavras e alusões, encontráveis em escritos forenses, em sede de ofensas entre partes, (art. 121 do Estatuto) não poderão ser canceladas, se protegidas pelo instituto da imunidade, pois, se o fosse, tal ato importaria violação do princípio constitucional da ampla defesa.
- (b) — O Juiz da causa (art. 121, § 1.º) e os membros dos tribunais não podem cancelar ofensas a eles dirigidas, mas, sim, na primeira hipótese, a instância superior, e, na segunda, o corpo coletivo.
- VII (a) — Defesa de Direitos é matéria componente da própria definição de advocacia, pelo que seu exercício é lícito em todas as horas e por todos os meios legais, ainda que não vinculado a patrocínio de partes.
- (b) — Cabe aos advogados, em suas horas feridas, o exercício da defesa de direitos, ainda que estes não estejam ameaçados.
- VIII — A autodefesa, na jurisdição criminal, deve ser evitada, pois coloca o advogado em situações incompatíveis com a respeitabilidade de seu ministério; sacrifica o princípio da hierarquia equivalente; e deixa em posições desnecessariamente embaraçosas a Ordem dos Advogados, quanto ao cumprimento do indeclinável dever de defesa dos direitos, das prerrogativas e das imunidades da profissão.

Não obstante a amplitude e o vigor das idéias defendidas, a tese tornou-se objeto do mais acirrado debate na Conferência, quando o Conselheiro da OAB/RJ, Prof. TÁCIO LINS E SILVA, insurgiu-se contra a exclusão da calúnia como imunidade profissional garantida em lei, muito embora reconhecesse e aplaudisse a tese, destacando a importância de que as ocorrências de fundo ético devam ser submetidas ao julgamento privativo do órgão da classe.

Quanto à defesa da inclusão da calúnia como imunidade judiciária, citemos o advogado TÁCIO LINS E SILVA, para que não se quebre a argumentação de tema tão importante, que diretamente nos importa:

"A imunidade judiciária consagra a exclusão do crime de *injúria* e *difamação*, quando a ofensa for irrogada em Juízo, etc.. Excluída está a *calúnia*, afirmando o ilustre Relator que isto sucede "em face do maior teor de reprovabilidade desse crime, quer por ser ele alarmantemente incompatível com a delicadeza e com a credibilidade da advocacia."

"Não perdeu tempo em aprofundar a matéria, tratando-a como regra já consagrada.

"Todavia, o debate é da essência do advogado e, por isso mesmo, já que foi o *único* ponto da tese que, *data venia*, permite debate, assim o faço para traçar uma linha sistemática de discussão.

"Na indicação que o signatário teve a honra de submeter ao Conselho na Sessão de 27.08.75, foi aprovado, ainda que por maioria, a sugestão para que fosse incluída a *calúnia* dentre aquelas imunidades do vigente art. 142 do Código Penal (art. 148 do Código Penal de 1969).

"A oportunidade da discussão da matéria ao nível de Conferência Nacional, justifica voltar o tema nesta apreciação que me foi determinado fazer.

"Já no Direito Romano a imunidade judiciária era acolhida — CODEX II, 6, 6 § 1.º — passando ao direito intermédio e chegando aos nossos dias como uma salutar imunidade penal por presunção *juris et de jure* de ausência de dolo, atendendo a motivos de ordem política, como reclamo da necessidade de amplitude da defesa de direitos em juízo.

"Para a proteção de valores que o próprio Direito reconhece, a lei deve consagrar tais motivos não de forma tímida e limitativa, com o que a defesa estaria cerceada pelo temor no agente de incidir na prática de um crime. Não obstante pareça alargarem-se as causas de exclusão da ilicitude já previstas na Parte Geral como a legítima defesa e o estado de necessidade, aqui, o que sempre houve e o que se quer manter, é uma especialização daquelas causas para a salvaguarda de interesses legítimos tutelados pela própria lei, como o sagrado e constitucional direito à ampla defesa.

"A matéria está consagrada em todos os importantes Códigos Penais do mundo e todos os autores, nacionais e estrangeiros, observam a necessidade da imunidade judiciária. Não há novidade nisto.

"Aliás, já há mais de 30 anos passados, em 10.02.1944, o próprio Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, então Seção do Distrito Federal, quando se procurava compreender o alcance do recente e revolucionário Código Penal de 1940, discutia o mesmo tema. Nesta ocasião, por unanimidade de votos entendeu o Conselho que a imunidade abrangia até mesmo as duras e ofensivas expressões dirigidas aos Juízes. Tal decisão mereceu, à época, acendrado artigo de NELSON HUNGRIA publicado na Revista de Direito, Vol. 148, 1944.

"Vê-se, pois, que a O.A.B. sempre se portou em defesa das prerrogativas da ampla defesa. E uma vez mais, quando o tema surge retocado, justifica-se a sua mobilização para efetivamente contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas.

"Pelas razões expostas, entendendo justificado que o direito de defesa, sob o ponto de vista constitucional, deve ser assegurado em sua amplitude ilimitada, parece-nos que a redação primitiva do Código Penal vigente (de 1940) é a que

mais se aproxima da forma ideal. Demonstra, ainda, a experiência de sua trintenária existência, que nenhum argumento pode justificar a ausência da *calúnia*, dentre as hipóteses de exclusão de crime. A ofensa de uma maneira geral, proferida no ardor natural da defesa e acusação, pode nascer da veemência com que se argumenta, surgindo alusão à honra de outrem. Não há porque a limitação, por tudo o que já se disse.

"Em resumo, vê-se que a lei consagra a exclusão da *injúria* e da *difamação*, descuidando da *calúnia* que é a *difamação* agravada.

"*Injuriar* é a ofensa com a imputação de *vícios* ou *defeitos morais*; *difamar* é a ofensa com a imputação de um *fato* ofensivo à reputação; *caluniar*, é também a imputação de *fato* ofensivo, com o detalhe de que o *fato* deve ser um *crime*, isto é, conduta que a lei penal define como crime.

"Na *difamação* pouco importa que o *fato* ofensivo seja verdadeiro ou falso; na *calúnia* ele tem de ser falso, já que a veracidade da imputação, em regra, torna a ação legítima.

"Não será *calúnia*, ensina HELENO FRAGOSO em sua recente edição das LIÇÕES, dizer que "Tício é ladrão"; mas será se for dito, falsamente, que ele se apoderou da herança de seus irmãos, mesmo sem dar maiores detalhes.

"Se o *fato* for contravenção não constitui *calúnia*, mas sim *difamação* e, como tal, abrangido pela imunidade.

"Por exemplo: se na discussão da causa o advogado disser que a testemunha é um conhecido *bicheiro*, mesmo que não o seja, não pratica crime; se disser que ela costuma anotar apostas do "jogo do bicho", também não; mas se disser que ela mentiu quando prestou depoimento (crime do art. 342 do C.P.) estará o advogado sujeito ao processo criminal.

"Se disser, no auge dos debates, que o perito calou a verdade (art. 342 do C.P.) está sujeito ao processo; se disser que o perito é ladrão, merece a imunidade.

"Há uma imensa injustiça na exclusão da *calúnia*, ou, pelo menos, um preconceito arraigado que já pode ser enfrentado.

"Dir-se-á que a *calúnia* é a imputação falsa, isto é, com a consciência de que o *fato* é falso, ativamente dolosa. Responderemos: mas onde se aprecia o elemento subjetivo, a consciência da ilicitude, o saber ou não saber o *fato* falso? No processo criminal! Ora, basta que a hipótese se configure, em tese, como *calúnia*, para que os advogados estejam sempre e miseravelmente sujeitos ao processo criminal, numa incomparável limitação e ameaça à sua independência, à sua liberdade de dizer, enfim, impedidos de agir sem "nenhum receio de desagradar a Juiz ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade" para o "cumprimento das suas tarefas e deveres". — Art. 88, da Lei n.º 4.215, de 27.04.1963.

"Admitem os doutos que "a *injúria* ou a *difamação* feitas na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador, são levadas à conta de normal e razoável exaltação de ânimos dos litigantes na defesa de seus direitos" (FRAGOSO, *op. cit.* p. 222).

"EDMOND PICARD como que lembrando que nem aos Santos se exige tal comportamento, registrou irreverentemente: "*Il faut qu'il ait la bosse de la comba-*

tivité. Les idées de calme et d'impartialité inalterables sont ici hors de saison. Ce sont les eunuques de la profession qui ont par fois tenté de les mettre à la mode".

"Basta um argumento final. Se o advogado analisando a prova de um processo disser, enfaticamente, que as testemunhas são "pessoas repugnantes cujos depoimentos devem ser desprezados", estará coberto pela imunidade; se disser em tom coloquial, cordial e sorridente, que as mesmas testemunhas não disseram tudo o que sabiam, dificultando a descoberta da verdade, aí não, levantar-se-á a voz da moralidade judiciária para processar quem o disse.

"Será absolvido se provado que não sabia que a afirmação era falsa, ou condenado, se verificado que o argumento foi obra de sua criação defensiva ou mero recurso de oratória. Mas será processado".

Em torno da calúnia os debates estenderam-se por toda a manhã e parte da tarde.

Os que defendem a exclusão da calúnia das imunidades judiciárias vêem o problema sob o aspecto da necessidade de se ter uma coação penal contra o advogado que dolosamente se insurge contra as partes, de forma agressiva e caluniosa.

Preocupam-se mais com o aspecto que lhes parece mais importante, ou seja, a manutenção dos debates judiciários em níveis educados e corteses.

Temem que com a exclusão da calúnia o advogado possa impunemente aproveitar-se da imunidade para atingir a honra alheia.

A teoria mais moderna, a da inclusão da calúnia, está assentada na desproteção do advogado perante o poder público, quando, na defesa da causa, necessita trazer à discussão fatos que nem sempre pode provar, assim como submissão de juízes a interesses outros, imparcialidade ou inverdades de laudos técnicos, etc, enfim, matéria que lhe parece necessária para a defesa de seu cliente, embora não exista qualquer ânimo calunioso.

A inclusão da calúnia entre as imunidades judiciárias foi aprovada, por pequena maioria, mas quando da sessão plenária, a delegação da OAB do Rio de Janeiro requereu o adiamento da apreciação da hipótese para a próxima Conferência, em Curitiba.

O júri foi defendido unanimemente pelos advogados do país, destacando-se as observações das teses de CLÓVIS RAMALHETE, RAUL CHAVES e ARIOSVALDO CAMPOS PIRES de que o júri constitui garantia constitucional.

A reforma do Poder Judiciário não foi discutida na amplitude que merece pelo desconhecimento dos advogados dos trabalhos desenvolvidos secretamente pelo governo.

RESENHA BIBLIOGRÁFICA

LUIZ SIMÕES MARTINHO, *Cheque sem Fundos e Prática Penal*, São Paulo, 1975, ed. May Love, 391 pp.

Este livro, em cuja capa se estampa o título "Cheque sem Fundos", custa Cr\$ 120,00.

Nas orelhas, o leitor fica sabendo que o A. "presta muita dedicação à ciência penal, na qual se debruça, no tempo de folga, noturno, com sacrifício do convívio familiar". E fica sabendo mais que tal debruçar noturno sobre a ciência penal parte de um Advogado Sub-Chefe ("ele não gosta que diga o posto, por entender que ou se é ou não se é Chefe") de conceituado estabelecimento bancário; e ainda que o Advogado Sub-Chefe "acaba de ser eleito Orador Oficial da Academia Duquecaxiense de Letras e Artes", e por fim que, apesar de ser "ainda jovem", é nada menos que "membro permanente do Instituto dos Centenários". Esta preciosa conjugação de títulos estimula o leitor a esperar uma dissertação quicá um pouco sonolenta, mas de qualquer forma tonificada pela experiência da advocacia, versada no mais castigo vernáculo, ressudando a sabedoria dos séculos, tudo sobre cheque sem fundos.

O leitor examina a "Apresentação", do editor. "A obra não é necessariamente um tratado doutrinário dos assuntos que aborda" (p. VII). Isto significará que a capa mente, ou seja, que há outros assuntos além de cheque sem fundos? Não há a menor dúvida; mas fique o leitor tranquilo quanto aos seus Cr\$ 120,00, porquanto o editor assegura que no "capítulo" destinado a cheque sem fundos foi que "o Autor colocou toda a sua verve de inovador" (p. VII), vaticinando que o livro "está fadado a se tornar uma obra bem aplaudida, muito criticada, mas acima de tudo utilíssima" (p. VII). E o Sr. May Love não resiste a também ele debruçar-se sobre a ciência penal, definindo o panorama brasileiro numa "escola positiva" e num "neo-tecnicismo jurídico, que tem no Prof. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO um dos seus grandes pontífices" (p. VIII). É provável que o pontífice, por acaso diretor da Revista à qual se destina esta nota bibliográfica, não se agaste com o rótulo, porquanto uma das características da publicação é a agressividade crítica.

Que pensará, por exemplo, o Prof. ROBERTO LYRA FILHO quando souber que, segundo o A., ele preconizou "a união dos criminólogos-sociólogos com os criminólogos clínicos (...) " na excepcional obra *Criminologia Dialética*? E o A. assegura que "é no setor dialético que devemos incluir nas escolas uma campanha de apresentação aos jovens de todas as grandes filosofias, pensamentos, prosa, verso, acerca da negatividade dos vícios" (p. 16). Hungria, o notável

Hungria do verbo generoso e brilhante, é chamado de “magistral Mestre” (p. 46). E o Min. Cunha Peixoto tem um trabalho seu transcrito integralmente, com ligeiros comentários do A.; um desses comentários está assim redigido: “Que é isso Doutor Fulgêncio? É a Lei do Cão”? (p. 98)

O leitor vê uma “Breve Introdução” (p. IX), que principia pela seguinte frase: “É no escritório do Advogado criminalista que se apura a criminologia clínica”. E, ao recordar-se de que adquiriu um livro sobre cheque sem fundos, e até agora só se informou a respeito de um absolutamente incognoscível “setor dialético”, de campanhas em prosa e verso, e de criminologias clínicas, busca o índice da publicação.

Pois buscará em vão: um dos pontos altos da “verve de inovador” a que se referia o Sr. May Love, na “Apresentação”, reside exatamente em que o livro não tem índice. E se não tem índice, o remédio é ir, página por página, buscando aquilo em troca do que se pagou a importância de Cr\$ 120,00, uma semana de trabalho de um operário.

Da p. 1 à p. 7, sob o título “O Cheque, a Duplicata e o Novo Código Penal”, encontram-se considerações curiosíssimas. Para o A., “a remoção de alguns fatos antes considerados contravenções para o rol dos crimes, por exemplo, é uma das conquistas sócio-jurídicas do Código Penal que vigorará” (p. 1). Para o A., a classificação do crime de emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos no capítulo da falsidade documental, como foi originalmente proposto pelo legislador de 1969, teria o efeito que assim resume: “não mais seria crime de dano” (p. 2). Segundo o A., nenhuma falsidade ocorre em tal situação, “pois inexistente é lastro (fundos) do cheque” (p. 2). É impressionante a desinformação do trabalho acerca da larga polêmica travada entre os que viam nesse delito um crime material, e aqueles que viam nele um crime formal, bem como as consequências referidas a momento consumativo, etc. O A. nada menciona a respeito, e propõe uma solução legislativa que transformaria o delito em crime permanente: “Emitir cheque e mantê-lo sem suficiente provisão (...)” (p. 3). Sobre duplicata simulada, a grande contribuição virá em nota de rodapé (p. 7), quando o leitor aprenderá que “comerciantes desonestos convivem na expedição de duplicatas frias”. A contribuição, bem se vê, é de ordem léxica, e consiste na criação do verbo “conivir”.

Novo título, na p. 8: “Sigilo Bancário e Cheque sem Fundos”. Vai da p. 8 à p. 14, porém da p. 9 à p. 12 temos a integral transcrição de um Parecer do Dr. ADROALDO MESQUITA DA COSTA, que é o melhor momento do capítulo.

Na p. 14, o leitor encontra novo título: “Dialética e Prática no Combate a Toxicomania”. Denuncia o A. os inescrupulosos que “aí estão colocando no mercado do crime os seus produtos e tentando dentro de uma teoria conceitual se ramificarem cada vez mais” (p. 14). Lamenta que tenha “escapado à censura uma série numerosa de filmes, peças teatrais, teleteatros e espetáculos congêneres nos quais a vitória nunca é da virtude e sim do vício” (p. 15), muito embora, paradoxalmente, afirme que a proibição de tais filmes não “seria a solução”. Em seguida, temos um informe de natureza turística sobre a cidade de Rio Grande (RS), onde tudo indica tenha passado o A. as festas do entrudo: “posso garantir que o número de flagrantos em estado de estupefaciência durante o carnaval (na praia do Cassino) é assustador” (p. 16). E conclui com

um esclarecimento técnico: “não falo em número de flagrantos, digo o número de flagrantos, pois nem sempre o número de flagrantos é o mesmo de flagrantos, por uma dessas aberrações da má temática policial” (p. 16). Seria “matemática” policial, ou é mesmo “má temática”? Apenas o vício (de linguagem, claro está), ou o trocadilho de mau gosto? O A., melancolicamente, aduz que, enquanto a polícia se encarregava dos “flagrantos” da praia do Cassino, ele assistia a dois filmes “exibidos livremente”, cujos títulos declina: “Skidoo se faz a Dois” (?) e “Vítimas da Corrupção”, filmes estes que não cumpriam com o dever, a seguir declinado, de apresentar ao jovens “os matizes sublimes de uma vida bem encaaminhada” (p. 16).

O leitor, a esta altura, desespera. Na página seguinte, novo título: “Direito Penal Financeiro” (p. 18), observações perfunctórias sobre a precaríssima legislação brasileira no terreno.

“Ainda sobre Cheques sem Fundos” — anuncia-se, na p. 24, porém o leitor já não se reanima. É que este capítulo é uma adição ao que o A. escrevera anteriormente sobre o tema, após participar de uma reunião do Sindicato dos Bancos sobre o ante-projeto de lei do Cheque (um linotipista freudiano grafou “Lei do Chefe” — p. 24).

Na p. 33, “Desobediência: quando um Gerente de Banco comete este Crime”. Pensará o leitor: quando houver a integração típica, culpavelmente. E estará certo. Só que, antes, convém ler a edificante missiva que o A. dirigiu a um Promotor Público que teve a desgraça de requerer a indicição de um gerente do Banco do qual o A. é Advogado Sub-Chefe (p. 35 ss).

Na p. 48, encontrará o leitor, sob o título “O Futuro Código Penal e Algumas das Alterações Propostas”, observações sem qualquer valia a respeito das alterações introduzidas na versão original do legislador de 1969. O curioso é que, ao tratar de “Parte Especial”, o A. aborda o problema da execução penal. E, para deleite do leitor, transcreve integralmente um trabalho de seus saudosos tempos de estudante, com o qual se laureou em concurso. Eis como se inicia o trabalho: “O Brasil, malgrado o derroísmo de meia dúzia de alienígenas mentais, é celeiro de erudição e saber” (p. 53). O Conde Afonso Celso não faria melhor. No trabalho, que consome dez páginas, já estavam, embrionariamente, as mesmas qualidades que desabrocharam vigorosamente no livro ora em exame.

O leitor alcança a p. 73, e, num misto de alegria e tristeza, verifica que o livro acabou. Sim, das quase quatrocentas páginas, apenas setenta e três são da lavra do A., e destas setenta e três, teríamos que deduzir numerosas transcrições.

Segue-se (p. 77 a 95) uma coletânea de decisões, indisciplinadamente recolhidas e aglutinadas. Segue-se o trabalho do Min. CUNHA PEIXOTO (Consolidação das Leis do Instituto do Cheque), da p. 96 à p. 125, com nótulas do A.

O leitor encontrará, caso já não conhecesse, a mensagem do Executivo que deu origem à lei 6.016, de 31/dez/73, alterando o texto do DL 1.004. E sua satisfação aumentará ao perceber que, em seguida, terá a sua disposição o próprio DL 1.004, de 21/out/69 — primitiva forma do futuro Código Penal —, a título de “Legislação Citada”. E também o projeto de Lei de Contravenções Penais. E o projeto de Lei que altera dispositivos do Código Penal, oriundo do Executivo (636/75). E alguns outros decretos a respeito de cheques.

E o leitor se enganará, ao recordar-se dos Cr\$ 120,00, se supuser que nada lhe acrescentou o livro adquirido. Porque, de uma forma meio concretista, ficou sabendo para o resto da vida o que vem a ser a essência de um cheque sem fundos.

G.A.P.

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal — Parte Especial I*, São Paulo, 1976, ed. J. Bushatsky, 362 pp.

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal — Parte Geral*, São Paulo, 1976, ed. J. Bushatsky, 344 pp.

A personalidade científica de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO dispensa apresentações e referências. Descendente direto de GALDINO, COSTA E SILVA, HUNGRIA e ANÍBAL BRUNO, contribuiu ele decisivamente para que o afazer dogmático jurídico-penal se difundisse, entre nós, com um nível de seriedade e aplicação que não se alcançara anteriormente; seu nome se ligou às idéias de rigor metodológico e técnica, e ainda de premência em que se desenvolvesse e se refinasse a ciência penal brasileira; toda uma geração de professores e profissionais se forjou à inspiração de seu pensamento.

Todavia, aquele a quem couber estudar-lhe a obra deverá distinguir o jovem HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, autor das primeiras duas edições das *Lições* (S. Paulo, 1958 e 1962); de *Conduta Punível* (S. Paulo, 1961); de trabalhos como *O Problema da Pena* (RF 161), *Concurso de Agentes na Qualificação do Furto* (RF 173), *Objeto do Crime* (RF 189), e tantos outros, do — não direi velho e sim novo — HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, autor dos livros em epígrafe, de trabalhos como *Social Marginality and Justice* (Caracas, 1976), *A Cominação das Penas no Novo Código Penal* (RDP 17-18), *Os Direitos do Homem e sua Tutela Jurídica* (Rio, 1974), *Ilegalidade e Abuso de Poder na Denúncia e na Prisão Preventiva* (Rio, 1966), *O Novo Direito Penal Tributário e Econômico* (Rio, 1966), do Relatório da pesquisa sobre a vigente legislação a respeito de drogas, realizado pelo Instituto de Ciências Penais (Rio, 1976), etc. Entre os dois polos, *et pour cause*, uma obra de transição: *Jurisprudência Criminal* (Rio, 1968 e — 2.^a ed. — 1973).

O primeiro HELENO CLÁUDIO FRAGOSO se distingue nitidamente do segundo, seja em termos estritamente dogmáticos, seja em termos de uma visão geral das coisas do direito penal.

O professor dos anos 50 opera com uma teoria do delito baseada numa ação causal, embora não naturalística e sim conciliada com a relevância social da causação; conhece e discute WELZEL (*Conduta Punível*, pp. 17 ss), reconhecendo no finalismo “uma vigorosa corrente da doutrina penal moderna, que oferece solução sedutora para muitos árdios problemas” (op. cit., p. 25), porém, a exemplo do que ele mesmo notícia (loc. cit.) sobre BETTIOL, não ousa “atravessar o Rubicon”. A par da mais imponente formação dogmática, aurida nas fontes germânicas, em matéria de pena o professor dos anos 50 é estritamente retributivista (e, assim, admitirá teoricamente a licitude da pena de morte, e sugerirá

que a pena privativa de liberdade tenha que executar-se afritivamente, ressalvando, no primeiro caso, sua opinião contrária à pena capital, e, no segundo, que não sobrevenha degradação à pessoa humana do condenado) e é, naturalmente, duplobinarista, endossando a opinião de BATTAGLINI sobre as excelências desse critério (*O Problema da Pena*).

O segundo HELENO FRAGOSO opera com uma teoria do delito que incorpora de forma meditada e conseqüente as profundas alterações propostas pelo finalismo, sem se afastar da abertura de visão que o fizera evitar o causalismo naturalista, atrelando a ação ao conteúdo de relevância social que dela faz, a um só tempo, fato e valor. O segundo HELENO FRAGOSO é um retributivista temperado, que ainda consigna ser a pena essencialmente medida retributiva, esgotando-se, todavia, tal caráter “*en el hecho de ser, por naturaleza, la pérdida de bienes*”, e cuja aplicação há de subordinar-se a “*críterios de utilidade social*” (*Pena y Culpabilidad*, Revista de Ciencias Penales, Santiago, 1973, n.º 1, t. XXXII, p. 37). Reconhece, no mesmo trabalho, que a execução da pena privativa de liberdade está despojada, em nosso tempo, “*de todo aspecto aflictivo*”, e que a própria unificação das penas dessa espécie representa o abandono da inspiração retributivista, nessa área. Sobre o sistema do duplo-binário, diz ser forçoso reconhecer sua completa falência (op. cit., p. 34). Sobre a pena de morte, basta mencionar-se sua contribuição ao colóquio comemorativo de Coimbra, publicada na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 17/41 ss.

O itinerário intelectual de HELENO FRAGOSO é, assim, marcado por uma capacidade de repensar e reelaborar as próprias construções verdadeiramente incomum, especialmente entre juristas; a par dessa irrequietude criadora, é absolutamente certo que o contato permanente com aquilo que CARRARA afirmava ser a clínica do direito penal — o foro — contribuiu para a evolução que vimos de analisar. A respeito desse aspecto, temos confissão, no prefácio do volume de Parte Especial: “a obra é resultado da larga experiência universitária no ensino do Direito Penal temperada por intensa e permanente atividade profissional”. Por isso, consideramos adequado ter sua *Jurisprudência Criminal* como obra de transição: o professor de rígida formação dogmática, que poderia conviver com a simetria do sistema na universidade, se devota à crítica da experiência judiciária, e assume o caráter instrumental de seu ofício; a história permeia a teoria.

* * *

A reedição do primeiro volume de Parte Especial é oportuna, porque a obra se havia esgotado há longos anos, e era muito procurada por estudantes e profissionais, pelas suas indiscutíveis qualidades de clareza, objetividade e precisão.

Não estamos diante de uma cópia da edição anterior: estamos diante de uma crítica.

O volume se inicia por aquilo que se costuma chamar de parte geral da parte especial, considerações que giram em torno da classificação dos tipos (e, pois, da idéia de bem jurídico), e dos elementos dos tipos. Tal exame não estava presente na edição anterior, na qual a introdução ocupava 9 páginas (agora, ocupa 36).

No exame das espécies, o critério da edição anterior (que se valia da dicotomia clássica "elemento material — elemento subjetivo") foi substituído por critério fulcrado numa teoria do delito moderna: examinam-se os tipos subjetivos, e o "dolo específico" — que já sobrevivia na edição anterior como um obséquo terminológico do A. (veja-se a ressalva na edição 1962, p. 24) merecidamente desaparece do texto.

As alterações são inúmeras, fruto de reflexão aprofundada sobre as matérias examinadas. Assim, por exemplo, a distinção entre honra subjetiva e honra objetiva — básica para o exame dos crimes contra a honra, na segunda edição (p. 143) — é vista agora como uma "distinção esquemática", que "não existe" (p. 201), com as conseqüências sistemáticas da colocação (por exemplo, sobre o momento consumativo de tais delitos). Ainda nessa área, o tipo subjetivo dos crimes contra a honra, que, na edição anterior, excluía qualquer elemento diverso do dolo, é agora integrado pelo propósito de ofender (p. 206).

Muitas outras alterações, com a mesma radicalidade, poderiam ser observadas. Entre elas, e ainda *ad exemplum*, a opinião sobre a "promessa de recompensa" que qualifica o homicídio: na edição de 1962, "a recompensa pode ser de qualquer natureza"; na edição que comentamos, somente se considera a recompensa "que tenha valor econômico" (p. 63).

Todas as matérias introduzidas pelo CP 1969 são examinadas (por exemplo, o genocídio — pp. 89-101). As referências constantes à jurisprudência recente e adequada enriquecem o teor informativo do volume. Novos aspectos, a respeito dos quais se omitira a edição anterior, são examinados (por exemplo, concurso de crimes e crime continuado no roubo — p. 322).

Em suma, esta obra de maturidade oferece a oportunidade rara de ler-se HELENO FRAGOSO criticado, reescrito e ampliado por HELENO FRAGOSO.

* * *

Em 1961, a relação de trabalhos jurídicos do autor apresentada em *Conduta Punível* anunciava, "em preparo", uma Teoria Geral do Delito, assim como uma Parte Geral das *Lições de Direito Penal*.

Tais textos estavam efetivamente preparados, há quinze anos, e chegaram a circular em publicações universitárias internas, mas o A. não se decidiu a publicá-los até recentemente. E, para publicá-los, submeteu-os a rigorosa reapreciação crítica, tendo em vista as modificações sofridas por suas próprias concepções, em tema de teoria do delito.

Os admiráveis trabalhos de JOÃO MESTIERI foram efetivamente pioneiros em operar, entre nós, com a teoria final da ação, seguindo-se logo outras contribuições (JUAREZ TAVARES, REALE JÚNIOR, etc.). Todavia, da *Teoria Elementar do Direito Criminal*, de MESTIERI, só foi publicado o primeiro volume, que não contém toda a teoria do delito. Dessa forma, a Parte Geral das *Lições de Direito Penal*, de FRAGOSO, é o primeiro compêndio brasileiro a expor toda a teoria do delito dentro de uma concepção finalista-social de ação, com todas as conseqüências metodológicas e sistemáticas impostas por essa opção.

O volume se inicia por aquelas colocações preliminares que se convencionou chamarem propedêuticas, onde se estuda o conceito de direito penal (p. 5), rela-

ções do direito penal com outros ramos (pp. 6 ss), e se examina o que possa ser uma ciência de direito penal (p. 13), seu método (p. 14), e ainda as chamadas ciências auxiliares do direito penal e outras ciências que têm o crime por objeto.

A segunda parte do livro é constituída por exposição histórica que arranca do direito penal romano (p. 26) até os nossos dias. Tal exposição é magnífico resultado de necessária síntese imposta pela natureza do trabalho, aliada a rigoroso critério na seleção dos dados historiográficos. Naturalmente, esta parte se encerra com uma informação histórica sobre direito penal brasileiro.

A teoria da lei penal forma a terceira parte do volume, e poderemos aqui encontrar a melhor página escrita em português sobre o princípio da reserva legal (pp. 99-108). Com precisão e clareza, são versados os problemas de aplicação da lei penal no tempo (pp. 109-123), no espaço (pp. 125-140) e os casos pessoais de limites na aplicação (pp. 140 ss).

Por último, encontramos a teoria do delito (pp. 155 s). Após a aproximação conceitual do crime, e a advertência de que seus chamados "elementos" não supõem uma visão "sucessivista" (p. 160), temos o exame geral da ação, definida como "atividade humana conscientemente dirigida a um fim" (p. 163), definição que vinculará toda a elaboração subsequente ao modelo teórico proposto pelo finalismo.

A uma apreciação geral da idéia de tipo, seguir-se-á o estudo distinto de sua estrutura nos crimes comissivos dolosos (pp. 177 ss), nos crimes culposos (p. 237) e nos crimes omissivos (pp. 247 ss). Obviamente, o dolo está inserido no tipo subjetivo dos injustos dolosos (p. 186); e o erro de tipo, que é o seu reverso, obedece à mesma catalogação sistemática (p. 193). Filiando-se à teoria da culpabilidade, o A. insere a consciência da ilicitude não no dolo, e sim na culpabilidade (p. 187). São preciosas as observações sobre o crime culposos, especialmente sobre sua tipicidade, matéria tão desconhecida e desprezada entre nós (p. 239).

A antijuridicidade (p. 197) e a culpabilidade, absolutamente isenta de todo o psicológico (pp. 211 ss), bem como suas causas de exclusão, são igualmente objeto de análise atenta e criteriosa (veja-se, como exemplo, a dissecação empreendida sobre a obediência hierárquica, pp. 229 ss).

Muito se poderia escrever sobre essa edição histórica, fugindo, por abundância, aos limites de uma nota informativa. No panorama de autêntica caatinga da literatura jurídico-penal brasileira, temos uma frondosa árvore, carregada de pacientes frutos. Os pósteros ficarão surpresos e felizes.

G.A.P.

WLADIMIR WALLER, *Os crimes contra o Patrimônio à luz da Jurisprudência*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1976, 515 págs.

Excelente coletânea de jurisprudência sobre os crimes contra o patrimônio, apresentada para cada um dos delitos e suas formas qualificadas, bem como quanto a questões debatidas de concurso de crimes.

Não há comentários ou anotações doutrinárias, mas a mera apresentação das ementas, com indicação de onde se encontra publicada a decisão na íntegra.

Obra utilíssima para os profissionais, sendo de lamentar que praticamente se limite aos tribunais de São Paulo.

H.C.F.

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO *Processo Penal*, Ed. Jalovi, São Paulo, 2.^a edição, 1975, 4 vols.; *Prática de Processo Penal*, Ed. Jalovi, São Paulo, 4.^a edição, 1975, 409 págs.

Brindou-nos o eminente Professor FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO com a 2.^a edição, revista e ampliada, de sua obra "Processo Penal", e com a 4.^a edição do livro "Prática de Processo Penal".

A situação de abandono da ciência do processo penal não escapou ao sensível CARNELUTTI, conforme se verifica nesta sua espirituosa passagem: "Había una vez tres hermanas que tenían en común, por lo menos, uno de sus progenitores: se llamaban la ciencia del derecho penal, la ciencia del proceso penal y la ciencia del proceso civil. Y ocurrió que la segunda, en comparación con las otras dos, que eran más bellas y prósperas, había tenido una infancia y una adolescencia desdichadas..." (Cf. *Questiones sobre el proceso penal*, ed. EJEIA, 1961, p. 15.)

No Brasil, tem-se a impressão de que o processo penal ainda vive aquela infância "desdichada" a que aludiu o mestre CARNELUTTI. Poucos são os que se dedicam com seriedade ao estudo desse ramo da ciência do Direito; e, ainda, aqueles que se animam a estudar as profundezas do processo penal, se sentem na obrigação de render seu preito de admiração à sua irmã "mas bella y próspera", ou seja, a ciência do processo civil...

O "Processo Penal" de FERNANDO TOURINHO já havia sido festivamente recepcionado, ao ensejo de sua 1.^a edição, por todos quantos se interessam pelo processo penal e principalmente pelos estudantes, aos quais se tornaram inacessíveis, porque esgotadas, as principais obras que se ocupam autorizadamente da matéria, como, por exemplo, os preciosos "Elementos de Direito Processual Penal", do Professor FREDERICO MARQUES.

Inicialmente lançada em dois volumes, a obra agora recebe o acréscimo de dois outros. Além dos assuntos examinados na 1.^a edição, os quais são do conhecimento geral, o autor, nos dois volumes com que enriqueceu seu trabalho, discorre sobre as matérias seguintes: restituição de coisas apreendidas, medidas assecuratórias, incidentes de falsidade e insanidade, prisão e liberdade provisória, formas procedimentais, sentença, coisa julgada, recursos, *habeas-corpus* e revisão criminal.

O ponto alto da obra, a nosso ver, é o excelente capítulo acerca da teoria da ação e da ação penal. Com linguagem clara, se bem que não muito castiça, o autor estuda, com rara felicidade, as principais teorias em torno do direito de ação e, logo a seguir, tece magníficas considerações sobre a ação penal, nas suas múltiplas facetas.

Muito bom também o capítulo dedicado à competência. Dotado de larga experiência, mercê de longo exercício no Ministério Público do Estado de São Paulo, FERNANDO TOURINHO enriquece sua obra com significativos exemplos, capazes de elucidar intrincadas matérias, como, v.g., a referente à competência penal.

Permitimo-nos, todavia, discordar do ilustre processualista de São Paulo, nas considerações que tece a respeito da assistência no processo penal. Entende o autor que o interesse do assistente, na relação processual penal, se resume em buscar um título executivo judicial, para posterior ação de execução no juízo civil. O âmbito restrito deste comentário não permite, à evidência, a crítica à posição que se defende no livro, o que se fará oportunamente. Lembre-se apenas a lição precisa de HUNGRIA: "Admitir-se a assistência como um correlativo do direito à reparação do dano é baralhar coisas heterogêneas, pela só preocupação de imitar o direito italo-franco." (Cf. *Novas Questões Jurídico-Penais*, p. 277.)

Acrescente-se que, em termos editoriais, esta 2.^a edição é um sem-número de vezes superior à primeira, onde se notavam incontáveis erros de revisão, os quais, vez por outra, se ostentavam como verdadeiros atentados aos vernáculos.

Não se pode, ainda, deixar de sugerir que a 3.^a edição da obra — que certamente se seguirá à ora lançada — contenha um índice alfabético-remissivo, que muito facilitaria sua consulta, assim como a menção sistematizada da bibliografia utilizada pelo autor. É comum observar-se, nos volumes que compõem a obra, trechos entre aspas, sem que o autor indique a paternidade dos escólios transcritos.

Em resumo, é trabalho que se recomenda — e com entusiasmo — a todos os estudiosos do processo penal. Fica o Professor FERNANDO TOURINHO a dever-nos a complementação de seu expressivo trabalho, com a publicação de um quinto volume, dedicado ao exame dos temas ainda não versados, como, por exemplo, os referentes às nulidades e à execução penal.

No que concerne à *Prática de Processo Penal*, mister é reconhecer que se trata de um manual de indiscutível utilidade.

Ao contrário de tantas publicações, que ostentam o título de "prática" e que se limitam a transcrever modelos de petições, em geral mal feitas, este livro do Professor FERNANDO TOURINHO é, antes de mais nada, um trabalho sério. A obra obedece a um sistema particularmente interessante: ao iniciar um capítulo, o autor tece breves comentários de ordem doutrinária sobre a matéria abordada; ao depois, seguem-se os modelos de petições e de diversos atos processuais; finalmente aparecem várias e interessantes notas, todas de cunho prático, debaixo da rubrica "observações". Dentro dessa ordem, o livro dedica seus capítulos às seguintes matérias: Inquérito Policial, Ação Penal, Defesa Prévia, Assistência, Incidente de Insanidade Mental do Réu, Formas Procedimentais, Alegações Finais, *Habeas-Corpus* e Revisão Criminal.

Note-se, ainda, que, em alguns dos modelos de petições transcritos no livro, o autor aborda palpitantes problemas de direito e processo penal. Assim, por exemplo, nas pp. 323/327 está discutida a questão acerca da unidade, ou não, do prazo decadencial para o oferecimento de queixa e de representação. Como se sabe, a matéria está longe de ser pacífica. Entendem alguns que, decaído o ofendido do direito de oferecer queixa ou representação, decai também o seu representante legal, ao passo que outros sustentam que o sistema do Código de

Processo Penal permite a autonomia de tal direito, acarretando, em consequência, que o prazo decadencial deva fluir *separadamente* para o ofendido e para quem legalmente o represente. Já na p. 355, em modelo de petição de *Habeas Corpus*, discorre o autor sobre interessante hipótese de prescrição pela pena concretizada na sentença, nos termos da Súmula n.º 146 do STF. De resto, grande número das petições transcritas na obra são enriquecidas com citações doutrinárias e com ementas de acórdãos dos nossos tribunais.

Enfim, é um livro que honra seu autor e que, afinal, já está consagrado pelo público leitor, tanto que já se encontra na 4.ª edição, cerca de quatro anos após seu lançamento.

A esta altura já se pode dizer — sem medo de errar — que o Professor FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO inscreveu seu nome na minguada lista de processualistas penais brasileiros.

LUIZ FERNANDO DE FREITAS SANTOS

AUGUSTO F. G. THOMPSON, *A Questão Penitenciária*, Petrópolis, Vozes, 1976, 162 págs.

Finalmente aparece, em português, uma obra séria e importante sobre o problema das prisões, escrita por quem conhece profundamente o assunto, na teoria e na prática. Depois de larga e vitoriosa experiência na advocacia criminal, que abandonou quando nomeado procurador do Estado, em 1963, o A. desempenha hoje as funções de diretor geral do Departamento do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, voltando às árduas tarefas que em 1965 já desempenhara.

Realiza-se neste pequeno livro lúcida análise do problema da prisão, invocando-se, quando oportuno, bibliografia recente da melhor qualidade, que bem revela estar o A. em dia com o que de melhor se tem escrito sobre o tema:

A primeira parte da obra ("Irrecuperação penitenciária") constitui apreciação do sistema prisional em seus vários aspectos, destacando-se aqui o excelente capítulo sobre o sistema social da prisão. Ele se situa na linha dos estudos sobre a sociologia e a psicologia da instituição total, que está ligada aos nomes de DONALD CLEMMER, CLARENCE SCHRAG, GRESHAM SYKES e ERWIN GOFFMAN, cujas obras famosas são bem conhecidas.

A segunda parte ("Sugestões para uma reforma penal") constitui análise específica de uma série de questões e problemas relativos ao funcionamento do sistema penal, entre os quais estão o da superlotação e o falido sistema progressivo, concluindo-se por uma escala de prioridades quanto à aplicação dos recursos disponíveis em relação aos vários tipos de estabelecimentos penais.

A obra de Augusto Thompson constitui o trabalho mais criador e mais expressivo publicado entre nós sobre o problema da prisão. Destaca-se do que tem sido feito até agora porque abandona o esquema conformista da apreciação teórica de instituições que nada têm a ver com a realidade carcerária, partindo, ao contrário, para um questionamento do sistema e dos critérios fixados pelos que o manipulam, para mostrar que estão falidos e que são irrecuperáveis.

Estamos certos que esta obra, honesta e bem feita, está fadada a grande sucesso.

H.C.F.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1976, 205 págs.

O A. é catedrático de Direito Penal da Universidade de Salamanca, sendo, sem dúvida, um dos mais brilhantes penalistas espanhóis da atualidade. Pertence ao grupo que realizou estudos de pós graduação na Alemanha e que, como poucos, domina os segredos da intrincada moderna teoria do delito.

Este pequeno volume reúne vários de seus trabalhos menores, alguns dos quais já divulgados nesta parte do mundo. Assim, o seu interessante estudo "Tiene un futuro la dogmática juridico-penal?", publicada no volume em homenagem a Jimenez de Asúa (1970), e os trabalhos sobre dolo eventual e induzimento ou auxílio ao suicídio, divulgados por *Nuevo Pensamiento Penal* (Argentina) e *Revista de Ciencias Penales* (Chile), respectivamente.

Inicia-se a obra com um belo necrológio de Jimenez de Asúa e algumas entrevistas e artigos de pequena dimensão, publicados na Espanha, destacando-se o que se refere ao odioso projeto de lei sobre ordem pública, posteriormente aprovado.

Todos os estudos que se seguem, inclusive os que já mencionamos, constituem exaustiva e profunda análise das questões jurídicas a que se referem, na qual o A. revela o seu grande talento e mestria. Destacamos particularmente os que se intitulam *El Estado de necesidad: un problema de antijuricidad* e *El sistema de Derecho Penal en la actualidad*.

Saudamos com simpatia o livro de GIMBERNAT ORDEIG, recomendando-o sem restrições ao leitor brasileiro.

H.C.F.

MARCELO ALBERTO SANCINETTI, *Casos de Derecho Penal*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975, 222 págs.

O estudo de casos, que tem caracterizado o ensino do direito nos países da *common law* ("case system"), constitui valioso método de trabalho docente, infelizmente pouco empregado nos países de cultura jurídica continental. Nestes têm vigorado as aulas discursivas, fazendo-se o ensino através da repetição de conceitos e de definições, que os alunos procuram memorizar.

De longa data estão convencidos os professores de direito da necessidade de uma reformulação metodológica, que não se realiza em boa parte porque falta a tais professores formação pedagógica, e também porque os currículos não estão organizados de modo a permitir um trabalho de treinamento na utilização das teorias. Por outro lado, faltam livros de texto capazes de suprir as limitações

das aulas teóricas, e, sobretudo, faltam os livros de casos, a serem utilizados nos trabalhos de aprendizagem.

Com exceção da bibliografia alemã, onde encontramos, desde o famoso opúsculo de VON LISZT, numerosos livros de casos preparados por grandes professores, a nossa literatura é de grande pobreza. Nela se destaca a iniciativa pioneira de D. LUÍS JIMENEZ DE ASÚA, *Casos de Derecho Penal, para uso de los estudiantes*, cuja primeira edição é de 1923. Em castelhano, temos a tradução do livro de EDUARD KERN, *Casos practicos de Derecho Penal, Parte General*, traduzido por CONRADO FINZI.

MARCELO ALBERTO SANCINETTI é antigo discípulo e auxiliar de ensino do Prof. ENRIQUE BACIGALUPO, fato que por si só o recomenda. Seu livro contém 233 casos e hipóteses, cobrindo toda a teoria do delito que, como se sabe, constitui a *espinha dorsal* do curso. Vários casos estão acompanhados das respectivas soluções, com indicação de bibliografia, constituindo, por certo, excelente instrumento de trabalho para alunos e professores.

H. C. F.

TERESA MIRALLES, *As atitudes dos Juizes das Varas Criminais da Guanabara perante a Organização e Funcionamento destas*, PUC, Rio de Janeiro, ed. mimeografada, 1975.

A solução da crise da administração da justiça requer urgência e, neste sentido, qualquer estudo que possa contribuir naquela direção reveste-se de grande importância.

O valor desta pesquisa realizada por Teresa Miralles (Ph. D. em Criminologia na Universidade de Montreal e ex-professora do Departamento de Ciências Jurídicas na PUC) provém principalmente de seu caráter inédito no campo brasileiro e da fundamentação científica que a caracteriza.

Sua contribuição relaciona-se com o maior conhecimento de certos aspectos da instituição judiciária, fundamental quando se trata de implementar reforma profunda na administração da justiça.

Este estudo versa sobre o funcionamento das Varas Criminais e as atitudes dos juizes perante o processo penal. Um de seus objetivos consiste em examinar até que ponto o juiz, investido de seu papel legal e social, distancia-se do "elemento humano ajustiçado". Outro interesse é verificar o padrão de consistência (ou inconsistência) das sentenças proferidas pelos juizes.

A autora traça inicialmente um quadro da estrutura da justiça criminal, em particular das Varas Criminais, segundo o modelo estabelecido pela nossa legislação. Aborda em seguida o processo penal e os diferentes ritos processuais através dos quais se administra a justiça. Apresenta também alguns comentários a propósito da literatura estrangeira referente a essa temática. A terceira parte de seu trabalho é dedicada à pesquisa propriamente dita.

O estudo empírico visa analisar as atitudes dos juizes das Varas Criminais face ao processo penal. Examina qual a conduta que geralmente os caracteriza com relação à eficácia do processo, à defesa, à atuação policial (valor do inquê-

rito, por exemplo); seu comportamento perante as normas legais, a jurisprudência (sua função numa sentença) e ainda a elaboração de uma auto-imagem.

Dois aspectos condicionam as atitudes dos magistrados: a representação que possuem da justiça e sua experiência diária no tribunal (vivência profissional). Como fatos reveladores dessas atitudes, a autora utiliza três conceitos: o formalismo ou informalismo, a satisfação ou insatisfação e o poder discricionário dos juizes. O primeiro conceito revela que a atitude do magistrado será tanto mais formal quanto maior for o respeito com que acatar a lei. Contrariamente, predominará o informalismo se for menor a influência da lei sobre ele. A satisfação traduz maior aceitação do *status quo* judiciário, enquanto que a insatisfação demonstra frustração frente à realidade do mundo da justiça. O terceiro conceito exprime a atitude dos juizes com referência a seu poder de atuação ou decisão de maneira independente da lei, ou seja, o poder discricionário que exercem no processo criminal.

A pesquisadora procura também avaliar a influência de determinados fatores pessoais (tais como a idade, o histórico profissional e prática religiosa, o exercício da magistratura fora da Guanabara e a motivação na escolha da profissão) sobre as atitudes dos juizes.

A pesquisa contou com a participação de 28 juizes das Varas Criminais da primeira instância da Guanabara e usou duas categorias: o titular e o substituto.

As condutas são apresentadas de forma detalhada (o que às vezes prejudica uma visão mais global dos resultados) e algumas são especialmente relevantes. Surpreende, por exemplo, a predominância do informalismo dos juizes em vários aspectos do processo penal; em outras palavras, parece existir certa crença de que em muitos casos "a lei deveria ser diferente" e, em consequência, procura-se não aplicá-la rigidamente. A necessidade, revelada pelos magistrados, de maior individualização com respeito à pena corrobora o pensamento penal moderno. A análise dos dados mostra que as atitudes dos juizes denotam certa ambivalência, indicando inconsistência dentro do formalismo. Significa esta informação que os juizes não possuem uma posição muito definida quanto ao processo, embora sua tendência seja observar as normas legais. Isto poderia explicar certa diversificação de sentenças proferidas por um mesmo juiz. A insatisfação desses funcionários da justiça refere-se principalmente à inobservância dos prazos e ao acúmulo de funções. Com relação ao fator idade, os juizes mais idosos são mais consistentes e mais formais que os de menor idade.

A auto-imagem feita pelos próprios entrevistados os descreve como pessoas cuja conduta social deve servir de exemplo moral aos demais, observando um padrão de comportamento conformista, conservador e comedido que situa o juiz a grande distância da população.

Segundo a autora, o papel conservador e legalista do juiz, resultante do tipo de formação que recebe, centrada na tecnicidade da lei, é um dos aspectos críticos do sistema judiciário. Em suas conclusões, enfatiza a importância de maior preparo por parte dos juizes na área das ciências criminais, dimensão ausente na formação do magistrado.

Este estudo interessa, a nosso ver, a todos aqueles que trabalham com a justiça criminal, pois permite uma compreensão maior do que se passa no mundo

da magistratura e de sua influência no processo penal. Infelizmente a publicação ainda não é disponível no mercado dos livros.

YOLANDA CATÃO

MICHEL FOUCAULT, *Surveiller et Punir-Naissance de la Prison*, Ed. Gallimard, Paris, 1975, 318 pgs.

Grande filósofo de nosso tempo, MICHEL FOUCAULT publicou recentemente mais um de seus fascinantes estudos sobre o micropoder. Neste último, retrata o significado da instituição penitenciária como elemento máximo de controle e vigilância no mundo contemporâneo e vincula o sistema penal moderno ao surgimento da sociedade disciplinar.

A partir do final do séc. XVIII, as prisões substituem os suplícios como forma de punição sistemática e institucionalizada. O direito punitivo se apresenta com nova justificação político-moral. O desaparecimento dos suplícios está relacionado com a definição do caráter essencialmente corretivo da pena. É a certeza de ser punido e não mais o terror causado pelos suplícios que deverá afastar o indivíduo da conduta delituosa. A atenuação da severidade penal denota principalmente uma mudança de objetivo da política repressiva. O objeto da punição não seria mais o corpo (a dor física em si), mas a "alma" do criminoso. O encarceramento do delinqüente visa reeducar sua "alma".

Esta transformação do sistema de justiça penal deve-se ao surgimento da sociedade disciplinar, tese central do livro. Constatase, nos sécs. XVIII-XIX, a multiplicação das instituições disciplinares (casas de correção, escolas, hospitais, prisões...). A disciplina, tal como é definida por FOUCAULT, constitui nova tecnologia do poder. Trata-se de identificar, vigiar e controlar os indivíduos; enquadrar seus gestos e regulamentar suas atividades a fim de obter maior eficácia. Propõe-se reeducar, adaptar, ou seja, submeter. A prisão é a representação mais acabada de uma instituição disciplinar e onde essa tecnologia se exerce de forma mais completa.

O "panopticon" de Bentham é o símbolo da sociedade disciplinar. Através do panoptismo se automatizou e despersonalizou o poder. O conjunto de mecanismos que assegura o controle permanente das pessoas torna-se assim mais importante que a pessoa que o exerce. Surge a "penalidade da Norma". O "normal" se estabelece como princípio de coerção nas diferentes esferas sociais: na educação padronizada, nas normas prescritas pelos hospitais, na produção em cadeia. A pessoa é enquadrada seja como normal ou anormal, louco ou não louco, inofensivo ou perigoso. Esta divisão binária permite categorizar a pessoa e obter a homogeneidade. Aquele que foge ao padrão deve ser reeducado ou ressocializado. A questão básica no que se refere à "tecnologia punitiva" na sociedade disciplinar não reside no erro ou no dano ao interesse comum; situa-se no desvio da norma, na anomalia ou na disciplina. Juntamente com a vigilância, a normalização institucionaliza-se como um dos grandes instrumentos de poder do séc. XIX, perpetuando-se ainda hoje.

Analisando a relação entre este novo tipo de poder e a constituição de um novo saber (v.g., psiquiatria, criminologia), FOUCAULT mostra que, com a transformação do sistema penal, os crimes e seus autores tornam-se objetos suscetíveis de um conhecimento científico. O interesse principal do novo saber não está no ato praticado mas na pessoa do infrator, na sua vida ou no que poderá vir a ser. Define-se um conhecimento "positivo" dos delinqüentes, distinto da qualificação jurídica dos delitos e suas circunstâncias.

Uma das constatações mais surpreendentes deste trabalho é o fato de que os projetos de reforma e as críticas feitas às prisões e ao sistema penitenciário são exatamente as mesmas apresentadas há cento e cinquenta anos atrás. É de se admirar, sublinha o autor, que as prisões tenham se mantido até hoje, apesar de seu fracasso ter sido proclamado há mais de século. Deve-se no entanto acrescentar que a instituição penitenciária adquiriu outros significados além de instrumento de privação da liberdade. Ao lado do princípio de isolamento e ressocialização do indivíduo, a nova função carcerária consiste em modular as penas. A graduação da pena passou a ser feita de acordo com o comportamento do preso durante o período de encarceramento. Aos poucos, as instâncias judiciárias perderam sua autoridade imediata. Em minuciosa análise, FOUCAULT mostra que a individualização e as diferentes aplicações das penas tornam indispensável grande autonomia das pessoas encarregadas do sistema penitenciário, o que possibilita o desenvolvimento de grande arbitrariedade a este nível. O caráter arbitrário do poder judiciário que os códigos modernos haviam suprimido retorna progressivamente ao poder penitenciário (ou seja, aquele que controla a execução da punição). Sem dúvida, as constantes violências (desnecessárias) praticadas pelos funcionários penitenciários revelam o grau da autonomia e arbitrariedade desta instituição penal.

A consequência mais importante do sistema penitenciário e de sua extensão, mostra-nos FOUCAULT, é que ele "torna natural e legítimo o poder de punir", amplia a tolerância com respeito à penalidade. O que existe de excesso ou abuso no exercício da punição esconde-se sob a aparência da legalidade e legitimidade. Corrobora esta afirmação a realidade de nossas prisões.

FOUCAULT disserta ainda sobre a dissimetria de classe presente no sistema judiciário, que faz com que este "tolere" certas transgressões praticadas por membros de grupos dominantes. Esta resenha talvez propicie ao leitor uma imagem da riqueza e relevância desta publicação. O enorme valor deste estudo se afirma não só pela extrema originalidade das teses defendidas como também pelo número considerável de documentos históricos e arquivos utilizados. O talento de FOUCAULT aliado ao seu espírito de combatividade o conduziram a uma interpretação da realidade penal moderna. Seu grande trunfo está no combate aos enfoques tradicionais e mistificadores, predominantes na literatura jurídica.

O conhecimento da nova análise foucaultiana é indispensável tanto para especialistas quanto leigos estudiosos, visto que a polêmica que desperta esta obra pode contribuir para a conscientização dos verdadeiros e profundos problemas da estrutura do sistema penal. A tradução deverá ser publicada brevemente.

YOLANDA CATÃO

Serve de tema à presente monografia uma das mais interessantes questões da Parte Especial do Direito Criminal, constituindo, como observa o próprio autor, a *essência típica* do crime de denúnciação caluniosa.

O trabalho conta com a apresentação do insigne Ministro EVANDRO LINS E SILVA, sendo a matéria dividida nos seguintes capítulos:

(1) "Introdução Geral" ao tema, onde o autor faz segura anamnese histórica do instituto, demonstrando ser antiquíssima a punição do delito — presente já, explicitamente, no Código de Hamurabi —; evidencia qual seja o objeto jurídico, entendendo tratar-se de delito pluriofensivo ("de um lado, temos o interesse na reta administração da Justiça, e de outro o interesse particular do denunciado, no aspecto de sua honra objetiva", p. 14.) Segue a Introdução informando o leitor sobre a diversidade de classificações que tal tipo mereceu na legislação comparada, não só por contar com objeto jurídico plural, mas também pela proximidade com vários outros tipos, como aqueles do *falsum*, com o falso testemunho, com a ofensa à honra, etc. Afinal, observa o autor que, apesar da diversidade reinante no que tange à integração da matéria nos vários códigos, são apenas dois os problemas que a espécie oferece: (a) conceituação do que seja falsa acusação e (b) determinação do tipo subjetivo, sendo esta última questão "o grande problema do crime de denúnciação caluniosa" (p. 16), a justificar, portanto, o tratamento monográfico do tema.

(2) "Espontaneidade da Ação de Denunciar Falsamente" — demonstra nesse capítulo segundo, o autor, a procedência da doutrina encontrando despicenda a exigência da *espontaneidade*. Embora não o sugira o título, este capítulo é ainda enriquecido por colocações de valor sobre os sujeitos do delito.

(3) O capítulo terceiro tendo por título "Motivos e Fins do Agente" enfrenta questão visceral na matéria: exige, o tipo subjetivo, o dolo específico? É mister para o tipo o agir animado de uma *especial* finalidade, de *prejudicar* o sujeito passivo, de ferir sua reputação ou de fazer instaurar procedimento contra o denunciado? Aqui, o autor prefere a teoria do dolo genérico, reconhecendo típica até mesmo a denúnciação caluniosa *favorecendo* o acusado.

(4) "Consciência da Falsidade da Imputação" — é a matéria desse capítulo quarto. Ainda que o tipo de denúnciação caluniosa seja de *congruência plena*, em que a finalidade do agente se relaciona com os elementos do tipo objetivo, sem ultrapassá-los, é imperativo para a suficiência típica que o tipo subjetivo presida por completo a realização objetiva: consciência de que do comportamento de denunciar resulte procedimento criminal, e consciência da improcedência da imputação. A lei brasileira é expressa, no art. 339: "... *imputando-lhe crime de que o sabe inocente*". E trata-se de exigência sempre presente nos sistemas jurídicos (pg. 33).

(5) O capítulo quinto recebeu por título "Problemas Especiais", onde são expostas e solucionadas questões várias sobre o delito de denúnciação caluniosa, interessando o tipo subjetivo. Assim, hipóteses de erro, insuficiências do tipo objetivo, tentativa, e autoria imediata.

(6) No capítulo sexto trata, o autor, de questão delicada: "Colocação Sistemática do Elemento Subjetivo", problema antes apenas timidamente referido na nota 14, pg. 17. É capítulo justificando o tratamento dispensado ao *elemento subjetivo*, no correr da obra, considerado, este, característica do tipo. O autor, em síntese admirável, e utilizando-se do tipo de denúnciação caluniosa apenas como exemplo, porque "se presta maravilhosamente à demonstração do acerto de tais colocações", enaltece as modernas tendências da dogmática criminal moderna, construção dos finalistas, e de não-finalistas de *raciocínio ponderado*.

Na parte sétima, alinha, o autor, sinteticamente, as principais conclusões de seu trabalho, pela ordem em que aparecem no texto, permitindo ao leitor visão global de suas posições.

O presente trabalho com o qual o Professor Nilo Batista enriquece a literatura jurídica brasileira, demais de ser estudo minudente e seguro do delito de denúnciação caluniosa, incorpora, harmonicamente, princípios atuais da teoria do delito, somando, desse modo, mais esse valor, de contribuir para o desenvolvimento da doutrina brasileira, tão carente de produções científicas atualizadas, no que respeita a teoria do delito.

J. MESTIER

JOHANNES WESSELS, *DIREITO PENAL, parte geral* (1976), tradução do original alemão por JUAREZ TAVARES.

A tradução do *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, do Prof. Dr. JOHANNES WESSELS, da Universidade de Münster (Vestefália), realizada pelo Prof. JUAREZ TAVARES, da Universidade Estadual de Londrina, é um dos mais significativos acontecimentos editoriais, no setor das ciências penais, no país. A forma de sistematização da matéria, a densidade científica da exposição e a influência que a obra está destinada a exercer na doutrina e jurisprudência brasileiras exigem a mais completa e objetiva informação de seu conteúdo, numa tentativa de redução esquemática dos aspectos fundamentais e eventuais controvérsias das posições científicas do autor.

A proteção dos valores sociais fundamentais e a garantia da paz jurídica constituem a tarefa do Direito Penal: a determinação legal da punibilidade (princípio da legalidade, abrangente da proibição do costume e da analogia, exceto para extinguir, excluir ou atenuar a pena) e a proporcionalidade entre culpabilidade e pena (princípio da culpabilidade), são os pressupostos políticos dessa tarefa.

O homem (sujeito de direito) é o centro do acontecimento jurídico (cujo fundamento material é a conduta humana): a relação necessária entre fato e autor vincula em um conceito unitário os elementos objetivos e subjetivos da conduta. O fato punível compreende (a) o injusto (composto de ação, tipicidade e antijuridicidade) e (b) a culpabilidade (capacidade de culpa e censurabilidade).

A conduta humana aparece como conceito geral abrangente da ação e omissão, e são expostos criticamente os conceitos causal (movimento corpóreo voluntário sem conteúdo de sentido, produtor de um resultado exterior), finalista, como exercício de atividade final: o conteúdo da vontade é o fator de direção final da

causalidade (conclui que a crítica não discute o caráter finalista da ação, mas a tese da vinculação do legislador à estrutura ontológica necessariamente final do agir) e social, em que a conduta aparece como complexo de elementos pessoais, finais, causais e normativos socialmente relevante, isto é, como comportamento humano dirigido pela vontade que afeta social e valorativamente as relações do agente com seu meio (adere à teoria sob o fundamento de que "permite compreender o conteúdo de sentido da conduta relevante para o Direito Penal" já na esfera da ação). A capacidade de ação se restringe à pessoa natural, independente da idade ou sanidade mental. Como ausência de ação compreende os movimentos reflexos, as reações de medo instintivas e a coação absoluta.

O bem jurídico aparece como fundamento da formação do tipo, em que a especificidade da tarefa protetiva pode determinar, ao lado do tipo fundamental, variações qualificadoras e privilegiantes, ou, ainda, autônomas, em relação gradativa, crescente ou decrescente, de gravidade.

A caracterização de um fato como injusto pressupõe duas relações de valor: 1) relação de tipicidade (valoração com auxílio do tipo) e 2) relação de antijuridicidade (valoração com auxílio da ordem jurídica geral).

A teoria do tipo é aberta com o tipo em sentido amplo: totalidade dos pressupostos da punibilidade (tipo, antijuridicidade, culpabilidade e condições objetivas de punibilidade) que fundamentam a função de garantia da lei penal (tipo de garantia). A significação política e as conseqüências dogmáticas da conceituação do tipo de garantia como totalidade dos pressupostos da punibilidade são imensas: a consciência da antijuridicidade (quer integre a culpabilidade, como elemento especial (teoria da culpabilidade), ou como componente do dolo (teoria do dolo), quer o tipo subjetivo de injusto (teoria dos elementos negativos do tipo), constitui pressuposto essencial da punibilidade: a punição em desconhecimento da ilicitude contraria o princípio da culpabilidade (significação dogmática) e violenta o princípio da legalidade (significação política), porque exclui o elemento mais característico da rebeldia contra o valor jurídico.

O tipo de injusto (sentido estrito), como descrição dos elementos que caracterizam o conteúdo de injusto da conduta proibida, realiza funções de (a) motivação da conduta (determinação dos limites sociais de liberdade pessoal), de (b) fundamentação do fato punível e (c) de seleção da relevância jurídico-penal da conduta. Entre o tipo em sentido amplo e o em sentido estrito situa o conceito de tipo total de injusto, elaborado pela teoria dos elementos negativos do tipo: a conduta proibida apresenta-se como unidade constituída de elementos positivos (formadores do tipo de injusto) e negativos (ausência de causas de justificação).

O tipo de injusto compõe-se de elementos descritivos (perceptíveis pelos sentidos), normativos (exigem valoração), objetivos (estrutura exterior do fato que, nos delitos dolosos deve, necessariamente, ser abrangida pelo dolo, sob pena de exclusão) e subjetivos (dolo e intenções especiais). A inclusão do dolo no tipo subjetivo resulta de que: a) é essencial à caracterização da tentativa, como elemento direcionador da vontade objetivamente frustrada (e essa posição não pode variar se sobrevém a consumação); b) as normas jurídico-penais supõem a capacidade subjetiva de vinculação finalística da conduta concreta aos seus comandos e proibições; c) a maioria dos tipos descreve uma ação dirigida finalisticamente. A novidade mais notável da teoria social da ação é a atribuição de

dupla função ao dolo, no setor do tipo (como elemento geral do tipo subjetivo, portador do "sentido jurídico-social da ação") e no setor da culpabilidade (como forma de culpabilidade, ao lado da negligência, em que se manifesta o desvalor do ânimo, isto é, a posição defeituosa do autor em face da ordem jurídica).

Como anexos do tipo de injusto (excluídos do objeto do dolo) compreende as condições objetivas de punibilidade (circunstâncias fundamentadoras de pena, cuja ausência conduz à absolvição) e de perseguibilidade (de natureza processual, cuja ausência determina o arquivamento do processo).

No setor da causalidade, distingue entre causação do resultado e imputação do resultado: a causação do resultado é o fundamento de sua imputação, mas nem toda causação implica a imputação jurídica do resultado. A teoria da condição (causa é a condição cuja eliminação exclui o resultado concreto) é, por um lado, excessiva, e, por outro, insuficiente nas hipóteses de dupla causalidade (eliminação cumulativa — e não alternativa — de condições múltiplas capazes de produzir, isoladamente, o resultado). A teoria da adequação (causa é a condição mais adequada à produção do resultado, segundo um juízo de previsibilidade objetiva) confunde causação e imputação. A teoria da relevância distingue-se pelo momento posterior da imputação objetiva do resultado (no setor da causação, não diverge das anteriores): a relação de causa e efeito entre ação e resultado (causação do resultado) deve ser completada pela imputação ao autor como "obra sua". A imputação objetiva é excluída em resultados (a) totalmente anormais (b) produzidos em cursos causais fora de toda experiência ou (c) do âmbito de proteção da norma. Reconhece a cautela da jurisprudência na aplicação da teoria, e admite que, nos delitos dolosos, a imputação do resultado se decide no âmbito do dolo (erro sobre o curso causal da ação), embora seja inegável a utilidade da distinção entre causação do resultado e imputação objetiva do resultado como etapas sucessivas da determinação da causalidade material e delimitação da imputação pessoal objetiva do resultado.

O dolo de tipo (consciência e vontade de realização do tipo) determina a direção e o fim do atuar nos delitos dolosos: é o elemento geral do tipo de injusto subjetivo, associado, às vezes, a elementos subjetivos especiais do tipo (as intenções e tendências especiais) que especializam o conteúdo de desvalor social da conduta.

O dolo de tipo aparece sob as formas de (a) intenção (vontade dirigida finalisticamente à realização do tipo: é indiferente que a realização do tipo seja representada como certa ou como possível, ou que seja lastimada ou deplorada, desde que o autor influa sobre o acontecer real), (b) dolo direto, em relação às conseqüências da ação representadas como certas ou necessárias, e (c) dolo eventual, em relação às conseqüências representadas como efeito possível da conduta, com cuja produção o autor se conforma; a negligência consciente (em que o resultado lesivo é, também, representado como possível) delimita-se do dolo eventual pela confiante posição subjetiva do autor na evitação do resultado típico.

O conhecimento (elemento intelectual) do dolo tem por objeto as circunstâncias fundamentadoras ou agravadoras do tipo penal, cujo significado deve ser apreendido pelos sentidos (elementos descritivos) ou segundo uma valoração comum (elementos normativos).

O erro de tipo (erro sobre circunstâncias do fato constitutivas do tipo) exclui o dolo. O erro sobre o objeto da ação (confusão no objeto) é irrelevante em situações de equivalência típica entre o objeto representado e o efetivamente agredido, sendo relevante na situação contrária. No erro na execução ("aberratio ictus" ou desvio na ação) a equivalência típica entre o "objeto da agressão" (o que se pretendeu atingir) e o "objeto da lesão" (o que foi, efetivamente, atingido) é sempre irrelevante, caracterizando-se tentativa em relação ao objeto visado (mas não atingido) e lesão negligente do objeto atingido (e não visado). Note-se que importante setor da doutrina resolve identicamente erro de execução e erro sobre o objeto da ação, divergindo do autor. Finalmente, o erro sobre o processo causal (componente não explícito do tipo de injusto) só excluirá o dolo se a variação entre o curso da ação representado e o realizado for de natureza essencial, isto é, quando esteja "fora dos limites do previsível, segundo a experiência geral da vida" (juízo de adequação).

A antijuridicidade da ação (definida pela ausência de causas de justificação) pode ser excluída pela presença de tipos permissivos que autorizam a conduta típica. Os tipos de conduta permitida (como os de conduta proibida) são constituídos de elementos objetivos (pressupostos objetivos de justificação) e subjetivos (conhecimento da situação de fato justificante e vontade correspondente à justificação referida).

A ponderação de valor e de interesses, que fundamenta a justificação de agressão a bens jurídicos alheios gera um dever de tolerância do que é atingido pela ação justificada.

Entre as causas de justificação, o estado de necessidade (a) de direito civil (perigo derivado de animais e objetos inanimados) e (b) justificante geral (demais hipóteses), que exige, objetivamente, perigo atual ao bem jurídico preponderante (relação de categoria dos interesses colidentes) só evitável mediante lesão de outro bem jurídico (cujo sacrifício é ético-socialmente adequado) e, subjetivamente, vontade de salvamento (implícita a consciência do perigo); a legítima defesa, supondo (objetivamente) agressão atual e injusta a bem jurídico e (subjetivamente) vontade de defesa (implícita a consciência da agressão): a ação em defesa é limitada, concretamente, pela necessidade e, normativamente, pela "imposição", (permissibilidade do uso dos meios); o consentimento do ofendido, como excludente do tipo (se o tipo protege, exclusivamente, a vontade do ofendido, capaz de vontade natural e manifestada no começo da ação) ou como justificante (se a vontade do ofendido não é o objeto exclusivo de proteção no tipo, observando-se, ainda, requisitos complementares, como titularidade única e disponibilidade do bem jurídico, capacidade e regularidade de consentimento, expressamente declarado e conforme aos costumes, além de ser conhecido do autor e o motivo da ação (se não ocorreu, de fato, mas é, juridicamente, admissível dá-se o consentimento presumido: cirurgias urgentes em vítimas inconscientes de acidentes de trânsito); o direito correcional, limitado às correções corporais dos pais em relação aos filhos, subordina-se, subjetivamente, à finalidade educativa e, objetivamente, à necessidade de adequação em relação à falta e à idade do ofendido.

A culpabilidade (censurabilidade da formação e manifestação da vontade) se fundamenta na capacidade de decisão livre e correta: objeto da censura é a

posição defeituosa do autor em face das exigências da ordem jurídica (desvalor do ânimo) concretizada na realização antijurídica do tipo. A insuficiência da teoria psicológica (reduzida à relação de fato psíquico sob a forma de dolo ou negligência) é suprida pela teoria normativa que valora o processo de formação da vontade, cujo conceito complexo é assim compreendido: a) capacidade de culpa; b) elementos especiais da culpabilidade (em certos casos, somente); c) forma da culpabilidade (dolo ou negligência); e d) ausência de causas de exculpação (requisito negativo).

A capacidade de culpa reduz-se à de compreensão do injusto e de atuação conforme; a intencional ou negligente perda da capacidade de culpa (auto transformação em instrumento de realização da conduta proibida) é punível segundo as regras da *actio libera in causa*.

Os elementos especiais da culpabilidade (situados no tipo de injusto) especializam o conteúdo de censurabilidade do fato, caracterizando com mais detalhes, e com exclusividade, o desvalor do ânimo (motivo torpe, má-fé, etc.).

Forma de culpabilidade: a natureza dolosa ou negligente do tipo de injusto determina a forma de culpabilidade correspondente; o dolo e a negligência realizam, no setor da culpabilidade, a função complementar de indiciarem (assim como o tipo indicia a antijuridicidade) o juízo de censura, suprimido nas situações de erro de proibição ou de exculpação (como as causas de justificação na relação tipo/antijuridicidade). Essa forma de ver não é isenta de crítica, por obscurecer a natureza das relações entre o tipo de injusto (objeto de censura) e a culpabilidade (juízo de censura sobre o objeto) e conferir conteúdos semelhantes (dolo e negligência) a categorias sistemáticas distintas (tipo subjetivo e culpabilidade).

A consciência do injusto aparece como elemento autônomo da culpabilidade, caracterizado pelo conhecimento (real ou potencial) da antijuridicidade concreta do fato, e excluído nas situações de erro inevitável de proibição.

Entre as causas de exculpação, inclui: a) estado de necessidade exculpante (a mesma situação do justificante, limitado o perigo à vida, corpo ou liberdade do autor ou pessoa afetivamente próxima, e proporcionado o dano causado (igual ou moderadamente maior) à gravidade do perigo); e) estado necessário de coação (situações de coação irresistível, física ou moral, criadoras de perigo para a vida, corpo ou liberdade do autor ou pessoa afetivamente próxima); c) excesso intensivo (consciente ou não) da legítima defesa, motivado por "confusão, temor ou susto"; d) atuação em cumprimento a ordem antijurídica facultativa tomada como obrigatória (detentores de cargo oficial e soldados).

A inexigibilidade de conduta adequada à norma não é compreendida como causa de exculpação, pela indeterminação de seus pressupostos e limites: é uma idéia geral que informa as situações de exculpação, nas quais se concretiza, dentro de limites definidos.

As conseqüências do erro de proibição subordinam-se à posição sistemática da consciência da antijuridicidade: a) se integra o dolo (constituente normativo), o erro sobre a antijuridicidade o exclui (teoria do dolo); b) se integra a culpabilidade (elemento fundamentador), distingue: 1. teoria extrema da culpabilidade: o erro inevitável exclui e o evitável atenua a culpabilidade, em qualquer hipótese de erro de proibição; 2. teoria limitada da culpabilidade: o

erro de proibição evitável sobre o tipo permissivo (pressupostos típicos de causa de justificação) conduz à punição por negligência (como no erro de tipo) se exista o respectivo tipo, e, em todas as demais hipóteses de erro de proibição (sobre a norma (desconhecimento, validade ou interpretação) e sobre a permissão (limites jurídicos de reconhecida e a existência de não-reconhecida causa de justificação), a inevitabilidade do erro exclui e a inevitabilidade atenua a culpabilidade dolosa. O erro sobre a existência dos pressupostos de causa de exculpação reconhecida segue (para ambas as teorias) as regras normais: inevitável exclui e evitável atenua a culpabilidade dolosa (sobre os limites jurídicos ou a existência de não-reconhecida causa de exculpação, é irrelevante).

Exceções pessoais de punibilidade: a) causas de exclusão de pena (existem no momento do fato), como a indenidade parlamentar ou a relação de parentesco, no favorecimento pessoal; b) causas de extinção de pena (ocorrem depois do fato), como a desistência da tentativa e da participação tentada e o arrependimento ativo

A autoria (direta, mediata, co-autoria e colateral) e a participação (instigação e cumplicidade) compreendem todas as formas de contribuição ao fato: o fundamento dessas distinções é o tipo legal (sua relevância se limita aos tipos dolosos).

A limitação legal da autoria nos delitos de dever, e a necessidade de execução corporal nos de mão-própria, situa a controvérsia doutrinária no âmbito dos delitos gerais: a) teoria formal-objetiva (o autor realiza diretamente a ação do tipo, e o partícipe, ação de preparação ou auxílio), não compreende a autoria mediata e a funcional; b) teoria subjetiva (autor age com ânimo de autor, e o partícipe, com ânimo de partícipe) se reduz a uma fórmula vazia; c) teoria do domínio do fato (o autor domina (controla) a realização do tipo, e o partícipe, não), abrange todas as formas de aparecimento da conduta proibida (fundamentada pelas teorias objetivas-material e final do autor): a) autoria direta (domínio da ação): realização pessoal do tipo; b) co-autoria (domínio funcional do fato): realização conjunta (objetiva e subjetivamente) do tipo (resolução comum e realização comum do tipo: princípio da divisão do trabalho); c) autoria mediata (domínio da vontade): realização do tipo através de outrem (instrumento), que atua (1) sem tipicidade (matar-se sob a influência de outrem), (2) sem dolo ou intenção especial (situações de erro), (3) conforme ao direito (fraude processual), ou (4) sem capacidade de culpa (erro de proibição inevitável ou estado necessário de coação); d) autoria colateral: atuação independente no mesmo fato, de várias pessoas.

Instigação e cumplicidade são formas de participação no fato de outrem: a natureza acessória da participação pressupõe fato principal antijurídico (acessoriedade limitada), independente da culpabilidade (exigida a acessoriedade extrema, abandonada), consumado ou tentado. A instigação (determinação dolosa a fato doloso determinado) pressupõe (a) autor individuado (b) não decidido ao fato (c) conforme ao dolo do instigador (o excesso e o erro do autor não prejudicam o instigador, ao contrário da doutrina dominante em que, se é irrelevante para o autor, é irrelevante para o instigador). A cumplicidade (auxílio doloso a fato doloso determinado) é possível desde a preparação até a consumação material do fato (obtenção da intenção delitiva) basta o "fomento" (jurisprudência)

e não a causalidade (doutrina) em relação ao fato principal, para a sua caracterização.

O fundamento da punibilidade da tentativa é o abalo da consciência jurídica e a perturbação da paz social. Objeto da teoria da tentativa é determinar, no processo unitário de realização da vontade, o momento da relevância penal: a) teoria objetiva formal: início da ação do tipo (tentativa de homicídio no ato de acionar o gatilho); b) teoria objetiva material: atividade que integra a ação do tipo, pela sua estrutura natural, ou produtora de perigo direto ao bem jurídico (tentativa de homicídio já na ação de apontar ou mirar contra a vítima); c) teoria subjetiva: representação do autor; d) teoria objetiva-subjetiva: atividade direta para a realização do tipo, segundo a representação do autor (plano delitivo); a imediação para a realização do tipo só é determinável no contexto do plano (representação) de realização da vontade delitosa (combinação de critérios objetivos e subjetivos): tentativa de homicídio já na ação de apontar ou mirar contra a vítima se essa é a forma representada (uso de arma de fogo) para produzir-lhe a morte. O tipo subjetivo aparece integral (dolo e, se houver, elementos subjetivos especiais) e o tipo objetivo, defeituoso (ausência do resultado).

A tentativa inidônea (punível, no Direito Penal alemão) configura erro de tipo ao contrário (qualidade do sujeito, eficácia do meio e idoneidade do objeto): considera existente elemento do tipo não-existente. O delito putativo (erro de proibição ao contrário) é impunível: o autor crê que a conduta atípica é criminosa.

O fundamento da impunidade da desistência voluntária e do arrependimento ativo é controvertido: 1) razão de política criminal (a punição do fato desistido desencorajaria a desistência; 2) teoria da graça (recompensa ao mérito da desistência: o retorno à licitude compensa o desvalor social da ação tentada; 3) teoria dos fins da pena: punição injustificada como prevenção geral e como prevenção especial.

A sistematização da matéria é realizada pela distinção entre tentativa acabada e inacabada, segundo a representação do autor: 1) o realizado é representado como insuficiente para a consumação (tentativa inacabada): a desistência definitiva e voluntária do autor extingue a pena; 2) o realizado é representado como suficiente para a consumação (tentativa acabada): só é possível o arrependimento ativo (neutralização dos efeitos da ação). A voluntariedade (arrependimento, vergonha, medo da pena) só é excluída em causas impeditivas independentes da vontade do autor (resistência da vítima, etc.). Subsiste a punibilidade pelos fatos consumados (já não podem ser desistidos, nem evitados). No concurso de agentes, a desistência ou arrependimento voluntário é insuficiente: o partícipe deve impedir o resultado ou se esforçar, seriamente, em evitá-lo.

A conduta negligente é caracterizada como lesão do cuidado exigido no âmbito de relação: a inconsciência (ausência de representação do perigo objetivo) e a consciência (representação do perigo, que confia evitar) só relevam para a medida da pena.

O tipo de injusto negligente pressupõe: a) desvalor do resultado (objetivamente previsível); b) desvalor da conduta: a previsibilidade objetiva (representabilidade do perigo) determina a natureza e extensão do cuidado exigido para

evitar a lesão (o comportamento do homem prudente é o parâmetro social da conduta cuidadosa). O princípio da confiança (expectativa de conduta alheia regular) no tráfego e em trabalhos cooperativos delimita o âmbito do dever de cuidado (objetivo) e permite situar a conduta nos limites do risco social permitido: conduta lesiva do cuidado (exorbitante do risco permitido) causadora do resultado de lesão, realiza o tipo de conduta negligente. A inevitabilidade do resultado (ocorreria ainda em ação conforme ao cuidado) exclui a imputação à conduta (ainda que defeituosa): a infração ao cuidado "não se realiza no resultado", que não é o seu produto necessário (expõe, detalhadamente, a controvérsia).

A antijuridicidade (excluída em causas de justificação) e a culpabilidade (capacidade concreta de reconhecimento e de atendimento do cuidado) são fundamentadas como nos delitos dolosos (maior flexibilidade nas situações de inexigibilidade).

A conduta omissiva é compreendida em dois grupos: 1) omissão de ação, exigida em geral: o tipo exaure-se na omissão da ação mandada (omissão própria); 2) omissão de ação exigida em especial ao círculo de garantidores do bem jurídico ameaçado (omissão imprópria).

O tipo objetivo da omissão imprópria compreende: 1) ocorrência do resultado; 2) omissão da ação exigida para excluí-lo; 3) possibilidade material de sua realização; 4) causalidade do omitir (no sentido de que a inclusão mental da ação omitida excluiria o resultado) em sentido normativo e não em sentido naturalístico (na omissão de ação o que falta é, precisamente, a direção da causalidade adequada à proteção do valor jurídico); 5) posição de garantidor do omitente (fundamentada, materialmente, de duas formas: a) deveres de proteção de determinados bens jurídicos; b) responsabilidades por determinadas fontes de perigo).

O tipo subjetivo é o dolo (vontade de inatividade, com a consciência dos elementos objetivos do tipo). O erro sobre: a) elementos do tipo objetivo exclui o dolo; b) a posição de garantidor exclui o dever especial, mas deixa inalterado o geral.

A antijuridicidade (indiciada no tipo) é excluída pela colisão de deveres mutuamente exclusivos. O juízo de censura e o erro de proibição (no caso, de mandado) funcionam como nos delitos de comissão. A tentativa (excluída na omissão própria) é admitida (com a transposição dos princípios aplicáveis aos delitos comissivos): a lesão do dever principia (a) na perempção da primeira possibilidade de salvamento, (b) no abandono da última chance de salvamento (omissão da tentativa de salvamento), ou, como propõe (c), no perigo direto ao bem jurídico segundo a representação do garantidor (aproveitamento da primeira oportunidade adequada para impedir o resultado).

A teoria do concurso se fundamenta na distinção entre unidade e pluralidade de ações.

Caracteriza-se a unidade de ação em: 1) uma manifestação de vontade; 2) várias ações (a) integrantes de um tipo plurissubsistente ou complexo (b) integrantes de um tipo permanente, ou (c) omitidas, se somente cumpríveis em conjunto ou se o resultado se verificar somente uma vez; 3) unidade de resolução na realização sucessiva do mesmo tipo; 4) ações continuadas (identidade de

bem jurídico e modo de execução) com dolo unitário (extensivo aos atos posteriores, até o término do primeiro).

O concurso ideal (princípio da absorção limitada: pena mais grave) em: 1) uma ação, vários tipos, idênticos (homogêneo) ou distintos (heterogêneo); 2) ações independentes vinculadas idealmente a uma terceira, mais grave (princípio da ligação).

O concurso real (princípio da exasperação: agravação da pena mais grave; o princípio da acumulação, apenas se uma das penas for perpétua): vários fatos puníveis independentes.

Unidade de leis (concurso impróprio ou aparente) nas relações de: 1) especialidade (um tipo contém, conceitualmente, todos os elementos de outro); 2) subsidiariedade (aplicação do tipo subsidiário depende da inaplicação do tipo principal); 3) consunção (contenção regular (não necessária) de um tipo em outro).

Ante-fato (normalmente em relação de subsidiariedade com o fato principal) e pós-fato (em relação de consunção com o fato principal) são impuníveis (ou co-puníveis), porque integram o conteúdo de injusto do fato principal.

No encerramento da obra, um método de trabalho de casos, estruturado segundo a natureza do delito, de extrema utilidade didática e prática.

Em uma simplificação quase abusiva, esse o conteúdo do livro, apresentado em excelente composição material e impecável aspecto gráfico.

O rigor e a fidelidade na tradução — dificultados pelo nível de elaboração abstrata e precisão científica da dogmática alemã — seriam impossíveis sem o preparo teórico do cientista, ou sem a sensibilidade idiomática ou o domínio lingüístico do tradutor: a competência e o esmero do professor JUAREZ TAVARES, cristalizados em uma obra de consulta obrigatória e permanente para estudiosos e profissionais do Direito Penal, abrem uma perspectiva renovadora para o cultivo da ciência penal, entre nós.

As notas (em número de 25) do tradutor valorizam a tradução: situam alguns problemas fundamentais do Direito Penal em uma ótica realista, acrescentam e esclarecem pontos essenciais do texto e relacionam certos posicionamentos teóricos com a doutrina e jurisprudência nacionais.

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS

Desacato. Riso.

Os jornais noticiavam que, durante uma audiência judicial, no interior de São Paulo, ao lhe serem indeferidas perguntas pelo juiz, o advogado sorriu. E por causa deste riso, foi ele preso em flagrante pela prática do crime de desacato.

Sabia-se que certamente um requerimento de *habeas-corpus* tentaria trancar a ação penal que se seguiu. E no DJ de 17/set/76, p. 8051, temos a ementa da decisão do RHC 54.637, do qual foi Relator o ilustre Min. CORDEIRO GUERRA.

Transcrevêmo-la: "Desacato. Trancamento da ação penal. O riso pode encerrar escárnio, zombaria, mofa, capazes de desprestigiar, menosprezar ou humilhar a autoridade. A inexistência de dolo só pode ser reconhecida quando resultar evidente dos elementos do processo, sem necessidade de cuidadosa incursão no campo probatório. Recurso de *habeas-corpus* improvido".

A decisão merece algumas considerações.

Ninguém duvida de que o desacato possa ser praticado com *atos*, ao invés de *palavras*. O código italiano possui regra equiparando ao "*oltraggio*" quem pratica o fato "*con scritto o disegno*". Não sendo o desacato nada além de uma "*forma speciale di ingiuria*", como lembra ANTOLISEI (Manuale, P.S., Milão, 1972, II, 733), será perfeitamente admissível que os juristas

corram a falar de desacato real, indireto, oblíquo, simbólico, etc. HUNGRIA — sempre mais brilhante do que sistemático — mencionava "as palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos" (Comentários, IX, 424). Teoricamente, pois, qualquer ato pode constituir o elemento material do crime de desacato.

O riso inclusive? O riso não é tão simples, como não seria simples o choro, ou o vômito — e o eventual mau gosto do último exemplo se compensa pela autoridade de sua fonte, PAVLOV, que lhe chamou "reflexo extremamente complicado" (I.P. PAVLOV, Obras-Escolhidas, São Paulo, 1962, p. 41).

O riso (bem como o choro ou o vômito) não provocado, isto é, que não seja artificial, que não seja mero rictus, imitação de riso voluntariamente produzida, pode situar-se perfeitamente na noção cartesiana de reflexo, retomada e desenvolvida, em nível fisiológico, de forma insuperável por PAVLOV, e aproveitada com certa fecundidade por alguns "*behavioristas*". E isto, porque a ação de rir verdadeiramente "responde" a certos estímulos, que foram primorosamente estudados por BERGSON em seu famoso ensaio, em passagem do qual afirma que diante de certa situação (no caso, examinava ele o cômico do repetitivo) "tereí que rir, *contra a minha vontade*" (H. BERGSON, "O Riso — Ensaio sobre a

"Significação do Cômico", trad. H. BORBA FILHO, in Teoria e Prática do Teatro, S. Paulo, 1960, p. 136).

A doutrina corrente — e toma-se MEZGER como paradigma — sempre excluiu que houvesse ação em sentido jurídico-penal nos "*llamados movimientos reflejos, esto es, los movimientos corporales en los que la excitación de los nervios motores no está bajo un influjo anímico, sino que es desatada inmediatamente por um estímulo fisiológico-corporal, esto es, en los que un estímulo, subcorticalmente y sin intervención de la consciencia, pasa de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento*", por faltar o "ato concreto de vontade" que é sua essência (MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, trad. R. MUÑOZ, Madrid, 1946, v. I, p. 212). Por carência daquilo que BETTIOL chama de "coeficiente psíquico da ação", "são excluídos de seu âmbito os movimentos reflexos" (o exemplo com o qual trabalha é o espirro; cf. G. BETTIOL, *Direito Penal*, trad. COSTA JR., S. Paulo, 1966, v. I, p. 265). No mesmo sentido, MAURACH (*Tratado de Derecho Penal*, trad. C. RODA, Barcelona, 1962, v. I, p. 215).

Entre nós, ANÍBAL BRUNO, de forma lapidar, consignou que "falta a ação nos movimentos reflexos, de que a vontade do agente não participa e onde, por conseguinte, não há crime, qualquer que seja o seu resultado" (*Direito Penal*, Rio, 1959, v. I, p. 303).

É verdade que os autores são sempre tímidos e restritivos, a respeito, tratando logo de distinguir entre o ato reflexo e o ato automático — este, constituindo ação. Tal preocupação é antiga, alcançando mesmo autores que nem poderiam conhecer nada sobre atos reflexos, como, p. ex., CARMIGNANI, que cuidava de esclarecer que "*l'abitudine*" nem diminuía nem excluía a im-

putação, no tocante à vontade e à liberdade do agente, para usar termos de seu sistema ("*Elementi di Diritto Criminale*", trad. DINGLI, Milão, 1882, p. 86). Ora, é muito claro e elementar que o automático — incorporação consentida da vontade —, o instintivo, o habitual, bem como as chamadas "ações de curto-circuito" são situações bem diversas dos movimentos reflexos. Não é necessário, para distingui-los e decidí-los, amarrar-se eternamente ao espirro de BETTIOL, ou ao vômito de PAVLOV e MAURACH, ou — extremo dos extremos — à contração física diante de queimaduras, ou à "*Berührung einer elektrischen Leitung*" de JESCHECK (*Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1969, p. 154).

O riso espontaneamente produzido, como resposta incoercível a determinados estímulos sócio-culturais, não pode de forma alguma ser típico com respeito a qualquer delito, porque não constitui ação. Isso fica mais evidente se nos aproximamos de um conceito final de ação, pela ausência daquilo que WELZEL chama de primeira etapa da "*dirección final de una acción*", que se transcorre toda "*en la esfera del pensamiento*" (*Derecho Penal Aleman*, trad. BUSTOS — Y. PÉREZ, Santiago, 1970, p. 54). À mesma conclusão chegaríamos, se operássemos com um conceito social de ação, pois ao lado da relevância social está posto, como em WESSELS, que tal conduta seja "dominada ou dominável pela vontade humana" (*Direito Penal*, trad. JUAREZ TAVARES, P. Alegre, 1976, p. 22).

Se, diante de certas variáveis sócio-culturais, para retomar a expressão de BERGSON, "tereí que rir contra a minha vontade", da mesma forma que, fossem outras as circunstâncias, eu choraria, ou vomitaria — sempre contra a minha vontade — não há como ver aí, em

sentido jurídico-penal, ação, a menos que se ignore tudo quanto a ciência do direito penal produziu neste século, a respeito.

Por outro lado, não convence que seja mister "cuidadosa incursão no campo probatório" para discernir um riso natural de uma gargalhada artificial, acintosamente produzida, de cuja espécie tivemos exemplar muito comentado pela imprensa, na Câmara Federal, de parte de certo líder de bancada, há pouco tempo atrás. Não se tratava, aí, de pesquisar o dolo ("vontade consciente de praticar a ação ou proferir a palavra injuriosa com o propósito de ofender ou desrespeitar o funcionário ou autoridade a quem se dirige", como lembra decisão da 2.^a CC TARJ, Relator o eminente Juiz RAUL RIBEIRO, AC n.º 10.168, D.O. 2/jun/75, III, 5149), o que, em certa medida, seria a nosso ver possível. Tratava-se tão só de pesquisar a existência (ou não) de ação, num caso extremamente provocante, do ponto de vista científico.

Em verdade, a ligeireza com que, algumas vezes, certos tribunais, em *habeas-corpus*, se demitem do exame das questões propostas sob alegação de lhes ser defeso ingresso na prova — o que HUNGRIA chamou de "superstição" — faz lembrar aquele juiz de MARTINS PENA, que dizia: "Um meu amigo me aconselhou que, todas as vezes que eu não soubesse dar um despacho, que desse o seguinte: "Não tem lugar" (O Juiz de Paz da Roça, cena XXI). (Nota de NILO BATISTA).

Estrito cumprimento do dever legal. Policial que dispara arma de fogo contra preso em fuga.

A 2.^a C. Crim. do T.A. do Estado do Rio de Janeiro na AC 10.115, relator

o eminente Juiz ERASMO DO COUTO decidiu que "age no estrito cumprimento do dever legal o policial que desfecha tiros na direção de preso sob sua guarda que tente fugir".

O julgado coloca, de início, uma indagação fundamental, a dos limites de reação permitida para obstar a fuga pacífica, gerando em consequência certas questões: foram usados outros meios de intimidação? Seria possível de outra forma impedir-se a fuga? A circunstância de perigo para terceiros foi avaliada?

Na hipótese tratava-se de fuga não violenta do preso conduzido ao II Tribunal do Juri, por volta das 18 horas, em local movimentadíssimo, havendo o policial acionado sua arma e por *aberratio* atingido terceiro que veio a sofrer lesões corporais.

Apesar de figurar no corpo do acórdão a afirmação de que age no "*exercício regular de direito* o guarda, militar, o policial, o carcereiro que, para manter a segurança de sua vigilância, para recapturar um preso que tenta fugir, usa a sua arma..." fundamentou-se a decisão no estrito cumprimento do dever legal. (A respeito da distinção entre exercício de direito e cumprimento do dever legal, cf. a monografia de CAVALLO, *L'esercizio del Diritto nella Teoria Generale del Reato*, Naples, 1939, pág. 125 e seg.)

O cumprimento do dever legal somente é estrito quando não excede o limite racionalmente indispensável a sua realização, quer nos modos como nos meios empregados. A ação só será ajustada ao direito quando for observado o "arbitrio adequado ao dever", como ensina MAURACH. Imprescindibilidade absoluta no uso dos meios e proporção, eis os precisos limites da excludente.

A questão traz também a debate *"l'uso legittimo delle armi"*, justificativa autônoma, desconhecida do nosso ordenamento jurídico, diversamente do que ocorre no Direito Penal Italiano, inovação do Código Rocco (se bem que lá o Dec. 1.876 de 20.08.1923 facultasse aos guardas de alfândega o emprego de armas contra contrabandistas e o regulamento n.º 1643 de 06.11.1930 também o autorizasse desde que para impedir a entrada abusiva nas fronteiras do Estado).

No Brasil, no regime do Código Penal de 1890, não conhecíamos sequer a excludente do cumprimento do dever legal, mas o Código, na parte especial era taxativo ao estabelecer que "o mal causado pelo executor na repulsa da força empregada pelos resistentes não lhe será imputado, salvo excesso de justa defesa" (art. 125). O Código de Proc. Penal em vigor somente permite o emprego da força quando "indispensável", nas hipóteses de resistência ou tentativa de fuga (art. 284), para defender-se ou para vencer resistência a prisão (art. 292), obviamente prisão legal pois caso contrário a resistência se legitima (cf. a propósito Fragoso, *Lições*, LV/1144).

A Relação Ministerial do Projeto Italiano adverte que a excludente do art. 53 está ditada pela necessidade de eliminar-se a controvérsia a respeito de qual a discriminante que se aplicaria ao uso de armas, se exercício de um direito, cumprimento de um dever legal ou a legítima defesa. No mesmo sentido a lição da doutrina. Segundo MAGGIORE, na vigência do Cód. Zanardelli tinha-se que deduzir a situação mediante uma difícil interpretação sistemática da lei. Para justificá-la os autores se referiam desde a legítima defesa, estado de necessidade até ao cumprimento do dever legal. Daí afir-

mar, também BETTIOL que para "terminar com esta situação de incerteza, o legislador preferiu prever o uso legítimo de armas como causa de justificação autônoma" sem que isto venha a impedir seu caráter subsidiário. Da mesma forma PANNAIN e BATAGLINI.

ANTOLISEI salienta que o uso legítimo de armas é a hipótese mais importante da atividade justificada por uma norma jurídica, deixando claro, também, que não se trata de legítima defesa mas de um poder bem mais amplo que encontra fundamento na necessidade de garantir a autoridade e o prestígio dos que exercem função pública.

Poderia parecer desnecessária a distinção, mas tanto existia a dúvida que LA MEDICA, em sua preciosa monografia, afirmava se tratar a hipótese de "forma especial de legítima defesa" e FLORIAN de, "classe *sui generis* de legítima defesa".

O mencionado art. 53 do Código Penal Italiano apenas permite o uso de armas quando o agente "é costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'Autorità".

Além da finalidade perseguida, isto é, o cumprimento de um dever de ofício (onde mesmo os que negam a existência de elementos subjetivos nas causas de justificação afirmam a necessidade de um momento de caráter subjetivo) a doutrina italiana exige que o uso de armas contra as pessoas deve sempre considerar-se um "expediente extremo" (MANZINI). Para BATAGLINI, inexistindo "uma relação de proporção entre a violência ou a resistência alheias e o uso de arma ou de outro modo de coação física por parte do funcionário público — porquanto a violência ou a resistência poderiam ser vencidas por outros meios — o funcionário público que usou das armas po-

derá beneficiar-se somente do art 55 que se refere ao excesso culposo. BETTIOL, a seu turno, afirma ser fundamental a necessidade de repelir a violência ou vencer resistência, ponderando que o uso legítimo de armas deve apresentar-se como "extremo remédio" usando-se sempre que possível o "caminho menos custoso". Apenas, continua BETTIOL, quando o "sacrifício de um bem individual se apresenta como absolutamente necessário para salvar um de importância maior "deve-se recorrer ao uso de armas".

Com relação ao elemento violência, segundo MAGGIORE, vale a mesma argumentação feita quanto ao instituto da legítima defesa. A simples desobediência, como a fuga, exemplifica o autor, não basta.

BATAGLINI adverte: funcionário que fora dos casos excepcionais recorresse ao uso de armas — contra pessoa que está sendo presa e não obedeça a ordem de parar — agiria de forma arbitrária. Segundo ANTOLISEI a *indispensabilidade* do uso de armas para rechaçar uma violência é o que legitima a ação da autoridade, da mesma forma ensinando PANNAIN que qualifica a excludente de "natura *eccezzionalissima*". A respeito dos limites da mesma deixa expresso PANNAIN em seu Manuale: "*Quest' uso non è rimesso però, all'arbitrio dei soggetti cui è consentito, ma è circoscritto in limiti rigorosi*". A fuga ou a resistência pacífica não basta para justificar o uso de armas, "*mezzo estremo di coazione*" no qual se requer a "*proporzione col pericolo, che si deve fronteggiare*". Leciona, ainda o mestre da Universidade de Camerino, quanto ao requisito proporção: "*Ma, per verità, l'art. 53 non parla nè di 'proporzione' nè di 'pericolo', per cui occorre riferirsi all'art. 55, ove si parla di*

eccedere i limiti stabiliti dalla necessità".

Adotando o ensinamento da melhor doutrina, parece-nos, data venia, que a matéria exige a máxima prudência, não encontrando apoio legal o uso de armas por parte de autoridade que venha voluntariamente a ocasionar lesões graves ou morte do fugitivo, salvo a hipótese de excesso escusável, mesmo que ausente outra forma de lograr a captura, por evidente uso abusivo do poder. Os meios devem ser graduados chegando-se ao perigo letal somente em *ultima ratio*. Orgulho, amor próprio ferido de policial que por dever de ofício está obrigado a defender e zelar pela segurança do povo não justificam atos violentos e desnecessários (perigos até para terceiros como na hipótese em tela). A tanto não poderíamos elastecer o requisito "força indispensável" a que se refere o Código de Proc. Penal, nem os da "proporção e necessidade" exigidos para que ocorra a excludente do uso de armas, espécie do estrito cumprimento do dever legal, que por ser estrito não admite interpretação extensiva.

Ampliar o âmbito da excludente e permitir o Estado que seu funcionário "mate o preso que foge, só porque foge, equivaleria a condená-los à morte pelo fato da fuga o que seria monstruoso" (Pedro Vergara, *Delito de Homicídio*, pág. 445/6), quanto mais quando se trata de ação penalmente atípica. Típica, ao contrário, é a evasão mediante violência contra pessoa, o motim de presos, a promoção ou facilitação da fuga de presos; a resistência e a desobediência. Devemos ter, outrossim, em mente que o abuso ou excesso de poder é também incriminado pelo Código. Lembremo-nos afinal do ensinamento sempre preciso de CARRARA, a justificar a fuga pacífica: "*il*

reo che per pigliare il largo usa arti-fizi o profitta della negligenza dei suoi custodi, obbedisce ad una legge di natura, ed è scusato" (Programma § 2813).

Aliás, e a nosso ver acertadamente, foi decidido pela 1.^a instância "que não é dever legal atirar nos presos que fogem". (Nota de HEITOR COSTA JÚNIOR)

Difamação e injúria. Divulgação. Prescrição. Não se computa o acréscimo provindo de continuação delituosa.

No julgamento do RC 804, ocupou-se a 1.^a CC TARJ, tendo por Relator o eminente Juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO, de duas questões interessantes.

Em primeiro lugar, afirmou-se que "a divulgação de difamação e injúria contidas em documento feita por meio de publicação em jornais constitui, respectivamente, os crimes previstos pelos arts. 21 e 22 da Lei de Imprensa, não podendo de modo algum configurar a qualificativa do art. 141, III, do Código Penal". Com efeito, o "meio que facilite a divulgação" da ofensa pode ser de qualquer natureza, menos — por razões que acertadamente assinala o Relator serem óbvias — a imprensa.

Em segundo lugar, na linha sempre mantida pelos tribunais brasileiros, afirmou-se que o acréscimo provindo de continuação delituosa não interfere no prazo prescricional, o que seria realmente um absurdo. Argumenta, com toda a procedência, o acórdão: "Se o réu, respondendo por infrações autônomas, em concurso material, a prescrição se regula pela pena mais grave, sem qualquer majoração (art. 118), como piorar a sua situação, no crime continuado, quando é este uma *factio iuris* de crime único, destinada exclusivamente a minorar-lhe a imputação ou

a evitar a imposição de uma pena excessiva"?

Em ambas as questões, parece-nos que a orientação adotada é irreprochável. (Nota de NILO BATISTA)

Recebimento da denúncia. Crime Falimentar. Despacho fundamentado.

Duas recentes decisões dos STF, à unanimidade de votos e preferidas por cada uma de suas duas turmas, dão nova interpretação jurisprudencial à invocação de nulidade pelo descumprimento do disposto no art. 109, § 2.^o da Lei de Falências. Prevê a lei no citado artigo que o juiz fundamentará o despacho com que recebe a denúncia ou a queixa, remetendo os autos ao juízo criminal.

Entendeu o STF, nestes recursos, RHC 52.750 e HC 52.973, que não aproveita a invocação da nulidade quando já existe sentença acolhendo a pretensão acusatória.

Diz o acórdão da 1.^a Turma, no RHC 52.750, relator e eminente Min. RODRIGUES ALCKMIN: "Se já existe juízo fundamentado sobre a procedência da acusação, incabível é anular o processo com a alegação de que não foi fundamentado o prévio juízo sobre a admissibilidade da imputação". Em seu voto, afirma o ilustre relator: "O fundamento que tem como nulo o processo pela falta de motivação do despacho que recebe a denúncia em crime falimentar está em que, após a defesa no inquérito judicial, esse despacho corresponderia a uma pronúncia". E prossegue: "Ora, se já existe decisão condenatória, em procedimento a que não se negou plena oportunidade de defesa ao réu, não me parece acertado anular o processo porque não fundamentado o juízo sobre a admissibilidade da acusação. É que aqui, após as oportu-

nidades processuais regularmente outorgadas à defesa, já se chegou ao juízo sobre a procedência da acusação, fundamentadamente. Como considerar nulo o processo com apoio em que não foi fundamentado juízo anterior na ordem procedimental, sobre a mera admissibilidade da imputação cuja procedência se reconheceu? A lei processual repele essa nulidade" (RTJ 71/406).

Na outra decisão, da 2.^a Turma, no HC 52.973, relator o eminente Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, igualmente à unanimidade, considerou o Tribunal que "encerrado o processo criminal por decisão final condenatória, não tem cabimento anulá-lo sob a alegação de não haver sido fundamentado o despacho de recebimento da denúncia".

Tais acórdãos, ao que parece, encerram séria divergência entre nossos tribunais, inclusive no próprio STF, que estavam divididos em duas correntes distintas e opostas.

A primeira corrente entendia que o despacho não precisa ser motivado, argumentando que o recebimento da denúncia não constitui sentença e que não cabe recurso do despacho que recebe a denúncia, mas tão somente daquele que deixa de recebê-la, e este deve ser fundamentado. Nesse sentido, cf. HC 31.537, STF, rl. Min. OROZIMBO NONATO (RF 137/182) e HC 24.928 da 3.^a C. Crim. do antigo TJGB (RT 413/377).

A segunda corrente dá pleno vigor ao mandamento legal, entendendo que tal despacho é o termo do inquérito judicial, que é contraditório e, nesse sentido, o despacho corresponde a sentença de pronúncia, além de trazer a grave consequência de impedir a admissão da concordata suspensiva. O STF, no julgamento do RHC 50.927, relator o eminente Min. THOMPSON

FLORES, entendeu que é nulo o despacho despido de qualquer fundamentação (RTJ 67/77). Do voto do relator, destaca-se: "E vã não é a exigência em questão, dado que, como acentuei ao votar no RHC 45.295-RS (RTJ 59/406), este despacho se equipara a verdadeira sentença de pronúncia, como dispunha a primitiva Lei de Quebras, D. 5746/29, art. 175, proferido após o inquérito judicial, procedimento de obrigatoria contrariedade, como assinalam autores e julgados, e no qual o recebimento da peça acusatória acarreta os graves efeitos aos quais se refere o art. 111 do citado diploma" (lei de Falências). Conclui seu voto afirmando que a exigência da motivação se equipara, ainda, sob o ponto de vista da validade do ato, àquela relativa ao despacho que decreta a prisão preventiva. No mesmo sentido, cf. outras decisões do STF, publicadas na RTJ 48/673, 37/212, 54/571, 62/593 e 70/331.

O novo entendimento do STF parece-nos o mais aceitável e correto, pois dando à lei perfeita interpretação restringe o reconhecimento da nulidade pela não observância pelo juiz apenas enquanto não está encerrada a ação penal. De fato, a alegação de nulidades superveniente à sentença condenatória não deve ser acolhida, tendo-se em conta ainda o disposto nos art 563 e 566 do CPP (nota de FERNANDO FRAGOSO).

Ministério Público. Legitimidade e Interesse em recorrer de Sentença Condenatória.

As C. Crim. Reunidas do TJ do Estado do Rio de Janeiro, pela unanimidade de seus membros, no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade na AC 62.142 decidiu que: "Ao

representante do Ministério Público não é dado apelar da sentença condenatória”.

Na hipótese, o Promotor Público de 1.º grau em alegações finais, após examinar a matéria probatória, pediu a absolvição do acusado por entender que ele não praticara o delito previsto no artigo 171, VI CP e requereu a extração de peças do processo a fim de serem remetidas ao Sr. Procurador Geral da Justiça, pois constataria a prática do delito do artigo 160 CP pelo então lesado no processo. O juiz de 1.º grau proferiu sentença condenatória. Inconformado recorreu o órgão do Ministério Público, pleiteando a absolvição do condenado A eg. 1.ª C. Crim. do TJ, pela maioria de seus membros, não conheceu do recurso interposto. A Defensoria Pública em exercício perante os Tribunais interpôs Embargos Infringentes e de Nulidade, que não tiveram êxito.

O acórdão das C. Crim. Reunidas, sendo relator o eminente Des. NEWTON QUINTELA, entendeu que o Ministério Público não tem qualidade nem interesse para pugnar pela parte adversa.

Não nos parece acertada a decisão. Com efeito, o argumento da falta de legitimidade (qualidade) do Ministério Público para recorrer encontra óbice na própria lei processual, artigo 577 *caput* CPP. Por outro lado, legitimidade para recorrer as partes sempre têm, pelo simples e óbvio fato de serem partes na relação jurídica processual. O que podem não ter, dependendo do caso, é interesse na reforma da sentença. Entretanto, legitimidade e interesse não se confundem.

Com relação ao fundamento da falta de interesse, primeiramente é necessário definir quais as funções do Ministério Público no processo criminal. A resposta a esta indagação está na pró-

pria lei: “O Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei” (art. 257 CPP). *Esta a sua função.*

Para que o promotor público possa bem exercê-la é necessário que tenha elementos efetivos para tornar possível a determinação legal. Assim é que não se pode negar a possibilidade de o mesmo recorrer para a exata aplicação da lei, em benefício do interesse público, que pode ser tanto a ABSOLVIÇÃO DE UM CONDENADO INOCENTE, como A CONDENAÇÃO DE UM ABSOLVIDO CULPADO.

CHIOVENDA (*Principii Di Diritto Processuale Civile*, 1965, 457) diz o seguinte a respeito da função do Ministério Público: “*è ufficio attivo che ha per compito fondamentale di promuovere el esercizio della funzione giurisdizionale, nell'interesse pubblico, e concludere sul modo del suo esercizio*”. O grande CARNELUTTI (*Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Sentis Melendo, II, 51/52) entende que a garantia do interesse público “*en lugar de un derecho, es para el Ministerio Público objeto de un deber*”, continua, depois “*puesto que, al igual que el juez, el Ministerio Público no tiene en el proceso un derecho que ejercitar, sino un deber que cumplir*”. No mesmo sentido: ZAMORA Y CASTILLO e RICARDO LEVENE, HIJO (*Derecho Procesal Penal*, I, 379) e VELES MARICONDE (*Derecho Procesal Penal*, I, 2.ª ed., Buenos Aires).

A doutrina processual, preocupada em explicar o interesse do Ministério Público em recorrer quando condenatória a sentença, começou a construir um conceito especial de “parte” para o Ministério Público: parte imparcial, parte somente no sentido formal, parte substancial (a este propósito veja-se com detalhes a excelente obra de CARLO

TAORMINA (*L'essenzialità del procedimento penale*, 1974, Pubblicazioni di Diritto Penale dell'Università di Roma, 480/488) e FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (*Processo Penal*, 2, 2.ª ed., 203/206). Ora, não é parcialidade ou a imparcialidade que caracteriza o conceito de “parte”, mas o fato de alguém figurar em nome próprio, no lado ativo ou passivo, na relação jurídica de direito processual com direitos e deveres (*v.g.*, no cível, o autor de uma ação não perde a qualidade de “parte” por ter renunciado ao direito ou por ter desistido da ação, nem, tampouco, o réu por ter reconhecido o pedido).

A preocupação em formular um conceito de parte especial para o Ministério Público tem origem no fato de que grande parte dos doutrinadores vinculam o interesse em recorrer à sucumbência ou prejuízo, quando o enfoque correto a ser dado ao interesse deveria partir sempre do binômio: necessidade mais utilidade (veja-se a este propósito, com detalhes, a excelente crítica do mestre JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 1.ª ed., 236/237; 2.ª ed., 277/284 e *O Juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*, 1968, 71 s.).

Na hipótese em estudo, o interesse do Ministério Público em recorrer era evidente, pois a absolvição do acusado era condição necessária para que a ação penal pelo delito de extorsão pudesse ser promovida em face do pseudo lesado, conforme o pedido formulado pelo promotor público de 1.º grau. Com a prolação da sentença condenatória de 1.º grau ficou caracterizado, pelo menos para o mundo jurídico, que o cheque teria sido emitido em fraude de pagamento e não como garantia de dívida. Evidente a necessidade da utilização de recurso pelo Ministério Público, única via para alcan-

çar o resultado prático de possibilitar a futura ação penal contra a pseudo vítima pelo delito de extorsão e, também, para que a lei fosse corretamente aplicada (utilidade).

Ressalte-se, que o CPP permite que o órgão do Ministério Público impetire *Habeas Corpus* (art. 654, *caput, in fine*); o código do Ministério Público do antigo Estado da Guanabara, lei 3434/58, ainda em vigência, permite que o Procurador Geral da Justiça promova ação de revisão criminal (art. 16, VII); o regimento interno do STF permite, igualmente, que o Procurador Geral da República promova revisão criminal.

Ora, se o Ministério Público pode antes da sentença condenatória interpor *habeas corpus*, pedir absolvição em alegações finais e depois de transitada em julgado a sentença condenatória, requerer revisão criminal, porque no curso do processo, isto é, após a sentença de 1.º grau, não pode recorrer para a exata e correta aplicação da lei, que nada mais é que um dever do órgão?

O grande processualista EUGENIO FLORIAN (*Elementos de Derecho Procesal Penal*, 1934, trad. de L. Prieto Castro) já se manifestou sobre o problema, “*verbis*”: “*El interés en el recurso es presupuesto indispensable de la interposición del mismo. El interés del M. Público es más amplio en este punto: 1) en cuanto parte, hace valer los intereses de la acusación y ejercita la acción penal en el juicio correspondiente; 2) — en cuanto órgano de los intereses generales y superiores de la justicia, puede obrar interponiendo el recurso aunque con el fin de ayudar al procesado* (pág. 425).

Outra não é a lição de JORGE A. CLARITÁ OLMEDO (*Tratado de Derecho Procesal Penal*, V, 1966, Buenos Aires),

La facultad impugnativa del Ministerio fiscal presenta características especiales si se tiene en cuenta que con el ejercicio de la acción penal pretende hacer prevalecer en el proceso el interés público de justicia. Aquí es donde se advierte más pronunciadamente el carácter imparcial de su actuación. La posición y expectativa del Ministerio Fiscal supre un perjuicio cuando la resolución no responde al interés de justicia que él pretende hacer prevalecer aunque sea a favor del imputado (págs. 457/458).

Neste mesmo sentido: ESPÍNOLA FILHO, VI, 43/44; NILO BATISTA, RDP, 9/10, 105/106; ROUX (Cours de Droit Criminel Français, II, 467); LAURO NELSON FERNARI THOMÉ (Justitia, 80, 9/13); CARNELUTTI (*Principios Del Proceso Penal*, trad. 1960, Buenos Aires, 292).

O TJ do Distrito Federal, na AC 30, sendo relator o Des. MÁRIO GUERRERA, proferiu a seguinte decisão: "*Furto Simples — Recurso do M.P. em favor do réu. Graça. Indulto*".

O M.P. tem legítimo interesse em recorrer de decisão, embora condenatória, se opinou pela absolvição do réu e, assim, viu rejeitado ponto de vista que sustentou no processo" (D.J. 20/8/70, 3634 ou *Boletim de Jurisprudencia Adcoas*, 1971, verbete n.º 1605).

Neste mesmo sentido, as seguintes decisões: TA do Rio Grande do Sul, AC 3.823 de Bagé — 19/5/43, decisão por maioria, RT 155, 761/762; TJ de São Paulo, 1.ª Câmara, RC 110.192, Comarca de Santos, 30/8/71, decisão unânime, RT 432, 325/327; TJ do Rio Grande do Sul, Carta Testemunhável 1.139, Alegrette, decisão por maioria, 3.ª C. Crim., 1967, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, 8, 2/5; TJ de São Paulo, RC 56.531, Santa Branca, deci-

são unânime, 3.ª C. Crim., 3/3/58, RT 275, 151/152; TJ de São Paulo, AC 58.911, decisão unânime, 3.ª C. Crim., RT 178, 550 e TJ do antigo Estado do Rio de Janeiro, RC 19.759, decisão unânime, 1.ª C. Crim., D.J. 22/6/73, 4.

Concluindo, entendemos que o Ministério Público tenha legitimidade e interesse para recorrer, em benefício do réu, de uma sentença penal condenatória ilegal ou injusta. (Nota de PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO).

Testemunhas. Violação do contraditório. Irrelevância.

Por ocasião do julgamento do RHC 52.823 (RTJ 72/38), a 2.ª Turma do STF decidiu que "o princípio do contraditório deve ser observado, como determina a constituição; mas a sua inobservância na inquirição de uma testemunha cujo depoimento não foi sequer mencionado na sentença condenatória, que se baseou noutras provas, não anula a condenação do réu, como expressam os arts. 563 e 566".

A orientação adotada pela turma está perfeitamente delineada no seguinte trecho do voto do eminente Ministro ANTONIO NEDER, relator do feito: "Quanto à inobservância do princípio do contraditório, é de se reconhecer que, na verdade, o juiz processante da instrução criminal inquiriu a testemunha Miguel Rocha (fls. 30) sem cumprir o referido mandamento constitucional. Sucede, todavia, que a sentença impugnada não se baseou no depoimento de Miguel Rocha para condenar o paciente Sérgio, ao qual nem se referiu ela em seu texto. Consequentemente, a discutida falta não prejudicou o réu, não influiu na verificação do feito, nem na decisão".

Ao que tudo indica, o v. acórdão não resolveu desprezar a conhecida di-

ferença entre nulidades relativas e nulidades absolutas ou, pelo menos, entender que a violação de preceito constitucional no processo penal pertenceria à primeira categoria. Isto porque, segundo a lição da doutrina mais autorizada, a nulidade absoluta deve ser proclamada de ofício, independentemente da indagação de efetivo prejuízo para a parte. FREDERICO MARQUES, II, 436, por exemplo, ensina que, em se tratando de omissão de formalidade essencial de ato do processo, "o prejuízo a que alude o art. 563 está implícito na inobservância ou omissão".

Não nos parece razoável que a inobservância em desfavor do acusado de preceito imposto pela lei das leis, no capítulo referente aos "Direitos e Garantias Individuais", possa ser considerada como nulidade relativa a encontrar sanatória nos arts. 563 e 566 do estatuto processual penal. Seria conclusão a não encontrar apoio nem na lei, nem no bom senso. O sistema do contraditório é uma árdua conquista do Estado de Direito, cuja obediência não ficou subordinada à vontade nem do legislador ordinário, nem muito menos do juiz. De outra forma, não se entenderia o disposto no § 16 do art. 153 CF.

Por outro lado, ainda assim não fosse — admita-se para argumentar —, palpável é o efetivo prejuízo para o acusado da omissão da formalidade aqui em foco. Com efeito, parece que a mais alta Corte do País não atentou para o fato de que, com o contraditório regularmente estabelecido, na inquirição da testemunha, poderiam surgir dados fundamentais para a descoberta da verdade real e, possivelmente, para a absolvição do acusado. O fato de o depoimento da testemunha não ter sido sequer mencionado na

sentença talvez tenha decorrido exatamente da violação do princípio contraditório.

Todos quantos militam no foro criminal sabem da decisiva influência, na instrução criminal, da regular presença da defesa técnica e da autodefesa. E ao juiz cumpre, sob pena de nulidade absoluta, fazer respeitar em sua plenitude o mandamento constitucional do § 16 do art. 153 CF, inquirindo minudentemente a testemunha e facultando a palavra às partes para perguntas.

Não se pode deixar de lamentar que o Pretório Excelso reconheça e proclame a violação de um preceito constitucional e que, não obstante, chancele tal comportamento. (Nota de LUIZ FERNANDO DE FREITAS SANTOS).

Comutação de penas a sentenciado com duas condenações, embora não reincidente.

O STF tem decidido reiteradamente que, para fins de comutação de penas ou de indulto, sentenciado primário não é o que não praticou crime após sofrer condenação definitiva, ou seja, o reincidente, mas sim o que não tenha sofrido outra condenação. Nesse sentido: RTJ 51/93; 53/485; HC 48.359, DJ 18/12/70; RHC 48.504, DJ 2/4/71; RE 77.789, DJ 17/5/74.

Esse entendimento foi reafirmado no RE 80.265, pela 1.ª Turma, relator o eminente Min. DJACI FALCÃO, por unanimidade: "Sentenciado primário não é aquele que escapa ao rol dos reincidentes, mas o que não tenha sofrido outra condenação" (RTJ 75/576).

O sistema de aplicação dos favores concedidos pelos decretos de indulto e comutação de penas torna logicamente inconcebível a sua extensão a quem te-

nha sido condenado mais de uma vez. (H.C.F.)

Ofensa a magistrado. Crime comum.

Para que a ofensa a magistrado constitua crime contra a segurança nacional é necessário que apresente as características fundamentais da ofensa subversiva, ou seja, deve ser praticada com o propósito de atingir a segurança do Estado, comprometendo o Poder Judiciário como instituição, e deve, do ponto de vista objetivo, ter a potencialidade causal de afetar a segurança nacional. Nesse sentido são numerosos os pronunciamentos da Justiça Militar e do STF.

Decidindo o CJ 5996, o STF (pleno), relator o eminente Min. CORDEIRO GUERRA, afirmou: "Não pratica crime contra a segurança nacional o advogado que, no curso de um julgamento, atribui, específica e exclusivamente, a um certo e determinado Juiz e tão-somente a este, a prática de fato que, se verdadeiro, configuraria crime de prevaricação. Com efeito, não há como vislumbrar, em tal comportamento, qualquer implicação de natureza político-social que tenha posto em risco, ainda que de modo remoto, a segurança nacional. Conhecido e julgado precedente para reconhecer a competência da justiça comum, para apreciar a ação penal" (DJ 20/2/76, 1.803). Decisão unânime, corretíssima. (H.C.F.)

Caixa Econômica Federal. Competência.

Compete à Justiça Federal o julgamento dos acusados por crime praticado contra a Caixa Econômica Federal. Nesse sentido pronunciou-se o TFR no RC 327, por sua 2.^a Turma, relator o eminente Min. DÉCIO MIRANDA:

"Acusação contra funcionário ou empregado da Caixa Econômica Federal, de crimes de usura e de destruição de cheque de sua própria emissão e lista de compensação, a que, no exercício de suas funções, devia dar encaminhamento. Cabe à Justiça Federal processar e julgar a ação penal." (DJ 4/3/76, 1.389.) (H.C.F.)

Crime continuado. Coisa julgada.

No julgamento da AC 95/74, o TA do Paraná, por sua Câmara Criminal, deu exatíssima decisão ao debatido problema da coisa julgada em crime continuado, orientando-se no sentido que temos repetidamente sustentado: "Crime continuado. Coisa julgada. Nos casos de crime continuado, todas as ações reiteradas devem ser havidas como constitutivas de um delito único, e como se diante de um mesmo fato, urge seja situado o processo respectivo. Necessário, em hipóteses tais, que após a sentença condenatória o acusado pratique novas ações, para cogitar-se, então, de outro e diverso procedimento. Recurso provido para anular a sentença, por esbarrar ela com a coisa julgada" (Acórdão n.º 2.001 CR). Relator o ilustre Juiz ABRAÃO MIGUEL.

Veja-se, a respeito, FRAGOSO, *Jur. Crim.* n.º 110; RDP 1/108. (H.C.F.)

Decadência. "Dies ad quem".

Decidiu o STF, por sua 1.^a Turma, relator o eminente Min. RODRIGUES ALCKMIN, que o prazo previsto no art. 38 CPP conta-se até o ingresso da petição de queixa em juízo, e não até a data do despacho que a recebe: "Queixa-crime. Decadência não ocorrida. É até o ingresso da vestibular acusatória que deve ser contado o prazo do art. 38 do Código de Processo Pe-

nal, e não até a data do despacho que a recebe" (DJ 20/2/76, 1.084). Decisão unânime. (H.C.F.)

Usura. Legislação superada pela inflação.

Orientando-se no bom sentido, o TA Criminal de São Paulo, por sua 3.^a Câmara, decidiu, na AC 100.147, que a incriminação da usura pecuniária, constante da L. 1.521, não mais subsiste, tendo em vista a desvalorização da moeda causada pela inflação. "Muito embora o adjetivo *galopante* tenha sido desligado do substantivo *inflação*, a realidade indissimulável é que ainda existe o processo inflacionário a corroer a economia popular. Tanto assim que, atendendo a essa realidade, o legislador nacional criou o instituto da correção monetária, que, em diversos campos, funciona como instrumento para neutralizar os efeitos da desvalorização da moeda." Foi relator o juiz GENTIL LEITE. O julgamento realizou-se em 20 de março de 1975.

Inconcebível seria punir alguém por usura, se os juros cobrados se aproximam dos que foram fixados pelo próprio governo para os empréstimos bancários pessoais. No início do ano de 1973 essa taxa foi *reduzida* pelo Banco Central para 2,3 a 2,5 ao mês. (*Jornal do Brasil*, 17/1/73). (H.C.F.)

Prescrição pela pena em concreto. Período entre o fato e a denúncia.

Após ter dado à teoria da prescrição pela pena em concreto ampla validade, de acordo, aliás, com os princípios que a inspiram, o STF deu à *Súmula* n.º 146 interpretação restrita, para abranger, exclusivamente, o lapso de tempo entre a denúncia e a sentença.

Voltando sobre seus passos, o eg. Tribunal voltou a mudar de orientação, passando a admitir que há também prescrição se *entre o fato e a denúncia* houver transcorrido lapso de tempo bastante, pressuposta sempre a ausência de recurso da acusação.

A decisão foi tomada no HC 53.779, da 2.^a Turma, relator para o acórdão o ilustre Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE: "A prescrição pela pena concretizada, de que trata a Súmula 146, retroage, tanto ao período regressivamente contado da sentença condenatória ao despacho de recebimento da denúncia quanto àquele compreendido entre este e o fato criminoso. Restabelecimento da orientação do Supremo Tribunal anterior a 1972, que dava interpretação compreensiva à referida *Súmula* e dela extraía todas as consequências lógicas" (DJ 26/12/75, 9.638).

Merece aplausos a orientação da eg. Corte. Por mais fundadas que sejam as críticas feitas à teoria da prescrição pela pena em concreto, é incompreensível limitá-la arbitrariamente ao lapso de tempo decorrido entre a denúncia e a sentença. Segundo essa teoria a pena que, desde o início, deveria regular a prescrição é aquela imposta na sentença de que só haja recurso da defesa. Não há porque excluir de consideração, por irrelevante, o lapso de tempo entre o fato e a denúncia. (H.C.F.)

Estelionato, Loteria Esportiva.

No julgamento do HC 3.650, relator o eminente Min. DÉCIO MIRANDA, a 2.^a Turma do TFR decidiu por unanimidade que a fraude praticada em cartão de loteria esportiva não constitui estelionato, mas, sim, *crime impos-*

sível, por absoluta impropriedade do meio, tendo-se em vista o sistema de apuração: "Loteria Esportiva Federal. Falsificação de cartão de loteria, praticada pela filha do apostador, mediante retirada dos fragmentos de papel picotados de uns pontos e sua colagem em outros. Dada a modalidade de apuração dos resultados, trata-se de tentativa de estelionato impossível, como tal, impunível (Cód. Penal, art. 14). Também não se ajusta o fato ao crime de falsificação de bilhetes de loteria, previsto no artigo 54 do Decreto-lei n.º 6.259, de 10-2-44, visto que a

Loteria Esportiva Federal não é modalidade das loterias de que cuidou aquele decreto-lei. Para diferenciá-las, basta assinalar que naquelas o bilhete é ao portador e pode ser pago pelos agentes, enquanto na Loteria Esportiva Federal o cartão de aposta é nominal e só é pago depois de conformidade com um cartão-matriz (D.J. 5/11/75, 6.148.)"

A falsificação do cartão poderia ser meio idôneo para estelionato, se o agente negociasse com alguém o prêmio que falsamente afirmasse ter ganhado. (H.C.F.)

LEIS E PROJETOS

REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DE PRESOS*

Conselho da Europa. Resolução (73) 5

O Comitê dos Ministros,

Considerando que é de interesse dos Estados membros do Conselho da Europa estabelecer princípios comuns em matéria penal;

Constatando que no contexto geral do tratamento dos delinquentes verifica-se a tendência em deslocar a ênfase do tratamento em ambiente fechado para o tratamento em ambiente aberto, substituindo, tanto quanto possível, as penas privativas de liberdade por outras medidas penais igualmente eficazes e que não apresentem os inconvenientes do encarceramento;

Considerando, no entanto, que a detenção em estabelecimento penitenciário continua a ser uma sanção penal indisponível em certos casos, que é ainda frequentemente empregada e que é oportuno, em consequência, prever regras comuns quanto à sua execução;

Considerando o interesse que reveste, no aspecto penitenciário, o conjunto de regras mínimas para o tratamento de presos adotado pelo primeiro congresso das Nações Unidas para a prevenção do crime e o tratamento dos delinquentes, em sua Resolução de 30 de agosto de 1955;

Consciente de que as mudanças supervenientes à adoção deste texto necessitam de uma adaptação às exigências da política penal atual;

Considerando ser oportuno favorecer a aplicação efetiva dessas regras no quadro europeu, sempre tendo presente que elas constituem, no conjunto, apenas condições mínimas;

Em consequência, achando desejável confrontar as normas estabelecidas com a evolução das idéias em matéria de tratamento dos presos e com as concepções mais avançadas, já consagradas pela legislação de certos Estados membros, e proceder, com esta finalidade, a uma reapreciação dessas regras numa perspectiva européia,

I — Recomenda aos governos dos Estados membros se inspirarem, para suas legislações e práticas internas, nos princípios adotados no texto do conjunto de regras mínimas para o tratamento dos presos, tal como ele figura em anexo na presente resolução, com vistas à sua aplicação progressiva;

* Tradução de YOLANDA CATÃO, revista por NILO BATISTA.

II — Convida os governos dos Estados membros a, de cinco em cinco anos, enviar relatórios ao Secretário Geral do Conselho da Europa, para informá-lo sobre as medidas que tenham tomado face à presente resolução.

ANEXO

Conjunto de Regras Mínimas Para o Tratamento dos Presos

Observações preliminares:

1. As regras seguintes não têm por objeto descrever detalhadamente um sistema penitenciário modelo. Elas visam apenas estabelecer, inspirando-se nas concepções geralmente admitidas hoje em dia e nos elementos essenciais dos sistemas contemporâneos mais adequados, princípios e regras de uma boa organização penitenciária e da prática do tratamento dos presos.
2. As regras mínimas devem estimular o esforço constante visando a transpor as dificuldades práticas que se opõem à sua aplicação.
3. As regras se referem a campos nos quais o pensamento está em evolução constante. Elas não pretendem excluir o recurso a métodos ou práticas novas, desde que estas estejam de acordo com os princípios de proteção à dignidade humana e com os objetivos que se extraíam do texto do conjunto de regras. Nesta perspectiva, será sempre justificável que a administração penitenciária central autorize exceções às regras.
- 4.1. A primeira parte do conjunto de regras trata das regras relativas à administração geral dos estabelecimentos penitenciários e se aplica a todos os presos, criminais ou civis, detidos ou condenados, aí compreendidos os presos submetidos a medida de segurança ou medida reeducativa.
- 4.2. A segunda parte contém regras que se aplicam apenas às categorias de presos visados por cada seção. Entretanto, as regras da seção A, que se aplicam aos presos condenados, se aplicarão igualmente às categorias de presos visados nas seções B, C e D, desde que não estejam em contradição com as regras específicas e que elas beneficiem estes presos.

PRIMEIRA PARTE

Regras de aplicação geral

Princípio fundamental:

- 5.1. As regras que se seguem devem ser aplicadas imparcialmente. Não deve haver discriminação quanto ao tratamento em virtude de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra situação.
- 5.2. Por outro lado, é necessário respeitar as crenças religiosas e os preceitos morais do grupo ao qual o preso pertence.
- 5.3. A privação de liberdade deve se verificar em condições materiais e morais que assegurem o respeito à dignidade humana.

A acolhida dos presos deve ser organizada de acordo com este princípio e deve ajudá-los a resolver seus problemas pessoais urgentes.

Registro:

- 6.1. Nenhuma pessoa pode ser admitida em um estabelecimento sem título de detenção válido. O seu conteúdo deve ser imediatamente consignado num registro *ad hoc*.
- 6.2. Em todos os lugares onde ficam detidas pessoas, é necessário ter em dia um registro numerado indicando com relação a cada preso:
 - a) sua identidade;
 - b) os motivos de sua detenção e a autoridade competente que a decidiu;
 - c) o dia e a hora da admissão e da saída.

Distribuição dos presos:

7. Na distribuição dos presos nos diferentes estabelecimentos, deve-se considerar principalmente sua situação judiciária e legal (detido ou condenado, condenado primário ou reincidente, pena curta ou longa), de seu estado físico (jovem, adulto, doente), estado mental (normal ou anormal), de seu sexo, idade, e, se se trata de condenados, das exigências particulares de seu tratamento.
 - a) Os homens e as mulheres devem ser, em princípio, presos separadamente; este princípio só não será seguido por motivo de aplicação de um programa de tratamento determinado;
 - b) Aqueles que estão sob prisão preventiva não devem ser colocados em contato com os presos condenados contra sua vontade;
 - c) Os presos jovens devem cumprir pena em condições que os protejam contra qualquer influência nefasta e devem ser beneficiados com um regime que leve em conta as necessidades particulares de sua idade.

Acomodações:

- 8.1. Salvo contra-indicação, os presos devem ser, em princípio, alojados durante a noite em celas individuais.
- 8.2. Quando forem utilizados dormitórios, eles devem ser ocupados por presos reconhecidamente aptos a serem acomodados desta forma. Durante a noite, deverão ser submetidos a uma vigilância adaptada ao tipo de estabelecimento considerado.
9. Os locais de detenção e, em particular, aqueles destinados a alojar os presos durante a noite, devem atender às exigências de higiene, levando em conta o clima, principalmente o metro cúbico de ar, a superfície mínima, a iluminação, o aquecimento e a ventilação.
10. Em todos os locais onde os presos vivem e trabalham,
 - a) as janelas devem ser suficientemente grandes para que o preso possa principalmente ler e trabalhar com luz natural; elas devem ser construídas de forma a permitir a entrada de ar fresco, independentemente de

existir ou não uma ventilação artificial; além disso, as janelas devem, atendidas as exigências referentes à segurança, apresentar, pelas suas dimensões, localização e construção, uma aparência tão normal quanto possível.

b) a luz artificial deve estar de acordo com as normas técnicas admitidas a este respeito.

11. As instalações sanitárias devem permitir ao preso satisfazer suas necessidades naturais no momento desejado, em condições de decência e limpeza.
12. As instalações de banho e chuveiros devem ser suficientes para que cada preso tenha possibilidade de requerer e tomar banho, em uma temperatura adequada ao clima, tão freqüentemente quanto necessário para a higiene de acordo com a estação e a região geográfica, mas pelo menos uma vez por semana em clima temperado.
13. Todos os locais utilizados pelos presos devem ser mantidos em perfeito estado de conservação e limpeza.

Higiene Pessoal:

14. Deve exigir-se dos presos limpeza pessoal; para esta finalidade, devem dispor de água e produtos de toilette necessários à sua saúde e limpeza.
15. A fim de permitir aos presos se apresentarem convenientemente e manter o respeito próprio, devem ser previstas facilidades para cuidados com o cabelo e a barba; os homens devem poder se barbear regularmente.

Roupas de uso pessoal e de cama:

- 16.1. Todo preso não autorizado a vestir suas roupas pessoais deve receber um enxoval que seja adequado ao clima e à manutenção de sua saúde. Estas roupas não devem ser de nenhuma forma degradantes ou humilhantes.
- 16.2. Todas as roupas devem ser limpas e conservadas em bom estado. As roupas de baixo devem ser mudadas e lavadas tão freqüentemente quanto for necessário para a higiene.
- 16.3. Quando um preso obtiver permissão para sair do estabelecimento, deve ser autorizado a usar suas roupas pessoais ou roupas que não chamem atenção.
17. Deve-se tomar certas medidas no momento da admissão ao estabelecimento para assegurar que as roupas se mantenham em bom estado.
18. Cada preso deve dispor, de acordo com os costumes locais ou nacionais, de uma cama individual e de roupas de cama adequadas, conservadas corretamente e renovadas de modo a assegurar a limpeza.

Alimentação:

- 19.1. De acordo com as normas estabelecidas nesta matéria pelas autoridades em saúde, a administração deve fornecer aos presos, nas horas usuais, uma alimentação convenientemente preparada e apresentada, que satisfaça do ponto de vista da qualidade e da quantidade às regras dietéticas e da higiene modernas, levando em conta sua idade, seu estado de saúde, a natu-

reza de seu trabalho e, na medida do possível, as exigências baseadas em certas convicções filosóficas e religiosas.

19.2. Todo preso deve de dispor de água potável.

Exercício físico:

- 20.1. Todo preso que não trabalhar ao ar livre deve ter o direito, se o tempo permitir, de caminhar ou praticar exercícios físicos apropriados, ao ar livre, e ao abrigo das intempéries ao menos uma hora por dia.
- 20.2. Deve ser organizada uma educação física e recreativa, durante o período reservado a exercícios, para os presos jovens e para outros presos cuja idade e condição física o permitam. Com este fim, devem ser colocados à disposição terreno, instalações e equipamento.

Serviços médicos:

- 21.1. Cada estabelecimento penitenciário deve dispor ao menos dos serviços de um médico clínico. Os serviços médicos devem ser organizados em estreita relação com a administração geral do serviço de saúde da comunidade ou do país. Eles devem abranger um serviço psiquiátrico para o diagnóstico e, se for necessário, o tratamento dos casos de anomalia mental.
- 21.2. Para os doentes que necessitam cuidados médicos, deve-se prever a transferência para estabelecimentos penitenciários especializados ou para hospitais civis. Quando houver possibilidade de tratamento hospitalar no estabelecimento, este deverá possuir material, instrumentos e produtos farmacêuticos que permitam socorrer e tratar convenientemente os presos doentes, e os funcionários devem possuir uma formação profissional adequada.
- 21.3. Todo preso deve poder dispor dos cuidados de um dentista diplomado.
22. Os presos não podem ser submetidos a experiências médicas ou científicas que possam atingir sua pessoa física ou moral.
- 23.1. As instituições devem possuir instalações especiais e funcionários para o tratamento das mulheres grávidas, para o parto e cuidados posteriores. No entanto, na medida do possível, devem ser adotadas medidas para que o parto seja feito em um hospital civil. Se a criança nascer na prisão, o registro de nascimento não deve fazer referência a isso.
- 23.2. Quando for permitido às mães presas conservar o bebê lactante, devem ser tomadas algumas medidas para organizar uma creche, possuindo pessoal qualificado, onde os bebês possam ser colocados durante os momentos que não estão aos cuidados da mãe.
24. O médico deve examinar cada preso imediatamente após sua admissão e, depois, tão freqüentemente quanto necessário, especialmente visando descobrir a possível existência de uma doença física ou mental, e para tomar todas as medidas necessárias; assegurar a separação dos presos suspeitos de doenças infecciosas e contagiosas; notar as deficiências físicas ou mentais que poderiam ser um obstáculo à reabilitação e determinar a capacidade física de trabalho para cada preso.
- 25.1. O médico deve ficar encarregado de inspecionar a saúde física e mental dos presos. Ele deve ver, nas condições e freqüência impostas pelas normas

- hospitalares, todos os presos doentes, todos os que se queixam de estarem doentes e todos aqueles que particularmente lhe chamarem a atenção.
- 25.2. O médico deve apresentar um relatório ao diretor sempre que considerar que a saúde física ou mental foi ou será afetada pelo prolongamento ou por uma modalidade qualquer de detenção.
- 26.1. O médico deve fazer inspeções regularmente e aconselhar o diretor no que concerne:
- a) à quantidade, qualidade, preparação e distribuição dos alimentos;
 - b) à higiene e limpeza do estabelecimento e dos presos;
 - c) às instalações sanitárias, aquecimento, iluminação e ventilação do estabelecimento;
 - d) à qualidade e limpeza das roupas de uso pessoal e de cama dos presos;
 - e) à observação dos regulamentos relativos à educação física e esportiva quando esta for organizada por pessoas não especializadas.
- 26.2. O diretor deve levar em consideração os relatórios e sugestões do médico de acordo com a regra 25, inciso 2, e 26 e, no caso de estar de acordo, tomar imediatamente as medidas necessárias para que estas recomendações sejam seguidas; no caso em que ele não concordar ou se a matéria não for de sua competência, ele deverá imediatamente transmitir o relatório médico e seus próprios comentários à autoridade superior.

Disciplina e punições:

- 27.1. A ordem e a disciplina devem ser mantidas, no interesse da segurança e de uma vida comunitária bem organizada.
- 27.2. As punições coletivas devem ser proibidas.
- 28.1. Nenhum preso poderá ter, nos serviços do estabelecimento penitenciário, uma função compreendendo poder disciplinar.
- 28.2. Este regulamento não deverá impedir o bom funcionamento dos sistemas à base do *self-government*. Estes sistemas implicam, na realidade, em que certas atividades ou responsabilidades de ordem social, educativa ou esportiva sejam confiadas, sob controle, a grupos de presos, visando seu tratamento.
29. Os seguintes pontos devem ser sempre determinados, seja pela lei, seja por um regulamento da autoridade administrativa competente:
- a) a conduta que constitui uma infração disciplinar;
 - b) o gênero e a duração das sanções disciplinares que podem ser aplicadas;
 - c) a autoridade competente para impor estas sanções.
- 30.1. O preso só pode ser punido de acordo com as disposições dessa lei ou desse regulamento, e nunca duas vezes pelo mesmo fato.
- 30.2. O relatório disciplinar deve ser encaminhado imediatamente às autoridades competentes, que deverão decidir a propósito com rapidez.
- 30.3. Nenhum preso pode ser punido sem ser informado sobre a infração que lhe é atribuída e sem que haja possibilidade de apresentar sua defesa.
- 30.4. Na medida em que for necessário e viável, deve-se permitir ao preso apresentar sua defesa por meio de um intérprete.
31. Os castigos corporais, a permanência numa cela escura, assim como toda san-

ção cruel, desumana ou degradante devem ser absolutamente proibidas como sanções disciplinares.

- 32.1. O castigo pelo isolamento disciplinar e qualquer outra medida punitiva que possa alterar a saúde física ou mental do preso não podem ser aplicadas sem que o médico o tenha examinado e certificado por escrito que ele é capaz de suportá-los. De qualquer modo, tais medidas não deverão nunca ser contrárias nem se afastar do princípio determinado pela regra 31.
- 32.2. O médico deve visitar todos os dias os presos que estão sob estas sanções disciplinares e deve fazer um relatório ao diretor caso considere necessário terminar ou modificar a sanção por razões de saúde física ou mental.

Meios de Coerção:

33. O emprego de correntes e ferros deve ser proibido. As algemas, camisas de força e dispositivos semelhantes não deverão nunca ser aplicados a título de sanção. Só poderão ser utilizados nos seguintes casos:
- a) por medida de precaução contra fuga e durante uma transferência, contanto que sejam tiradas quando do comparecimento do preso diante de uma autoridade judiciária ou administrativa;
 - b) por razões médicas a partir de uma indicação do médico;
 - c) por ordem do diretor, se falharam outros meios de controlar o preso, a fim de impedi-lo de causar ferimentos a si próprio ou a outra pessoa ou de causar prejuízos; neste caso, o diretor deve consultar imediatamente o médico e fazer um relatório à autoridade administrativa superior.
34. O modelo e o modo de usar os instrumentos de coerção autorizados no parágrafo precedente deverão ser determinados pela administração penitenciária central. Sua aplicação não deve ser prolongada além do tempo estritamente necessário.

Informações e direito de queixa dos presos:

- 35.1. Quando de sua admissão, cada preso deverá receber informações escritas a propósito do tratamento dos presos de sua categoria, das regras disciplinares do estabelecimento, dos meios autorizados para obter informações e formular queixas e sobre quaisquer outros pontos necessários para que lhe seja possível conhecer seus direitos e suas obrigações e adaptar-se à vida do estabelecimento.
- 35.2. Se o preso for analfabeto ou se por outras razões não puder tomar conhecimento dessas informações, todas as explicações devem ser-lhe fornecidas oralmente.
- 36.1. Todo preso deve ter oportunidade, nos dias de semana, de apresentar solicitação ou reclamação ao diretor da instituição ou ao funcionário autorizado a representá-lo.
- 36.2. Solicitações ou reclamações poderão ser apresentadas ao inspetor de prisões durante sua inspeção. O preso poderá falar com o inspetor ou qualquer outra autoridade legalmente habilitada a visitar o estabelecimento sem a presença do diretor ou de outros funcionários do estabelecimento.

- 36.3. Todo preso deverá ser autorizado a dirigir, em envelope fechado, uma solicitação ou reclamação à administração penitenciária central, à autoridade judiciária ou a outras autoridades competentes.
- 36.4. A menos que ela seja evidentemente temerária ou carente de fundamento, uma solicitação ou queixa dirigida ou transmitida à autoridade penitenciária deve ser estudada sem demora por esta autoridade, e respondida em tempo útil ao preso.

Contato com o mundo exterior:

37. Os presos devem ser autorizados a se comunicar com sua família e quaisquer pessoas ou representantes de organizações e a receber, em intervalos regulares, visitas dessas pessoas com a única reserva das restrições e vigilância necessárias no interesse de seu tratamento, da segurança e da ordem do estabelecimento.
- 38.1. Devem ser concedidas aos presos originários de outros países facilidades razoáveis para se comunicarem com seus representantes diplomáticos e consulares.
- 38.2. Com relação aos presos originários de países que não possuam representantes diplomáticos ou consulares no país e aos refugiados ou apátridas, devem ser concedidas as mesmas facilidades para se dirigirem ao representante diplomático do país encarregado de seus interesses ou a qualquer autoridade nacional ou internacional que tem como tarefa protegê-los.
39. Deve ser permitido aos presos estar regularmente a par dos acontecimentos, seja pela leitura dos jornais cotidianos, de periódicos ou publicações penitenciárias especiais, seja através de emissões radiofônicas ou televisionadas, conferências ou outro meio análogo, autorizados ou controlados pela administração.

Biblioteca:

40. Toda instituição deve possuir uma biblioteca para o uso de todas as categorias de preso, adequadamente suprida com livros recreativos e instrutivos, e os presos devem ser incentivados a utilizá-la.

Assistência religiosa e moral:

41. Na medida do possível, deve-se permitir a todo preso satisfazer às necessidades de sua vida religiosa, espiritual e moral, participando das cerimônias ou reuniões organizadas no estabelecimento e tendo consigo os livros necessários.
- 42.1. Se o estabelecimento contiver um número suficiente de presos pertencentes à mesma religião, deve ser nomeado ou agregado um representante qualificado desta religião. Quando o número de presos justificar e as circunstâncias permitirem, a assistência religiosa deverá ser prevista para tempo integral.
- 42.2. O representante qualificado, nomeado ou agregado de acordo com o inciso

1 deve ser autorizado periodicamente a organizar serviços religiosos e a realizar, sempre que for indicado, visitas pastorais privadas aos presos de sua religião.

- 43.3. O direito de entrar em contato com um representante qualificado de uma religião não deve nunca ser recusado a nenhum preso. Por outro lado, se um preso se opuser à visita de um representante de uma religião, deve-se respeitar completamente sua atitude.

Depósito dos objetos pertencentes aos presos:

- 43.1. Quando o regulamento não autorizar o preso a conservar em sua posse dinheiro, objetos de valor, roupas e outras coisas que lhe pertencem, estas devem ser colocadas em lugar seguro, no momento de sua admissão no estabelecimento. Deve ser realizado um inventário destes objetos e assinado pelo preso. Medidas devem ser tomadas para conservar estes objetos em bom estado. Se por medida de higiene for necessário destruir alguma peça do vestuário, este fato deve ser registrado.
- 43.2. Estes objetos e o dinheiro devem ser devolvidos no momento da liberação do preso, com exceção do dinheiro que foi regularmente retirado, dos objetos enviados para o exterior do estabelecimento ou das roupas que foram destruídas por medida de higiene. O preso deve assinar o recebimento dos objetos e dinheiro que lhe foram restituídos.
- 43.3. Os valores ou objetos enviados do exterior do estabelecimento ao preso estão submetidos aos mesmos regulamentos.
- 43.4. Se o preso for portador de medicamentos no momento de sua admissão, o médico deverá decidir que uso deverá ser feito deles.

Notificação de morte, doença, transferência, etc.:

- 44.1. Em caso de morte ou doença grave, de acidente grave ou remoção do preso para um estabelecimento para doentes mentais, o diretor deve informar imediatamente o cônjuge, se o preso for casado, ou o parente mais próximo, e em todo caso qualquer outra pessoa que o preso tenha solicitado informar.
- 44.2. Um preso deverá ser imediatamente informado da morte ou doença grave de um parente próximo. Nestes casos, e quando as circunstâncias o permitirem, o preso deverá ser autorizado a visitar este parente, seja com escolta, seja livremente.
- 44.3. Todo preso deve ter o direito de informar imediatamente sua família sobre sua detenção ou sobre sua transferência para outro estabelecimento.

Transferência dos presos:

- 45.1. Quando os presos forem removidos para uma instituição, eles devem ser expostos o menos possível à vista do público, e devem ser tomadas medidas para protegê-los dos insultos, da curiosidade do público e de toda espécie de publicidade.

- 45.2. O transporte dos presos em más condições de ventilação e luz, ou de qualquer modo que lhes imponha sofrimento físico, deve ser evitado.
- 45.3. O transporte dos presos deve ser feito às expensas da administração de acordo com as regras que ela estabelecer.

Pessoal penitenciário:

- 46.1. A administração penitenciária deve escolher com cuidado os funcionários de qualquer grau, pois de sua integridade, humanidade, aptidão pessoal e de suas capacidades profissionais depende a boa administração dos estabelecimentos penitenciários.
- 46.2. A administração penitenciária deve procurar constantemente despertar e manter no espírito dos funcionários e da opinião pública a convicção de que esta missão é um serviço social de grande importância, e para este fim todos os meios apropriados para o esclarecimento do público devem ser utilizados.
- 46.3. A fim de que os objetivos acima discriminados possam ser realizados, os funcionários devem ser empregados em tempo integral na qualidade de funcionários penitenciários de profissão; devem possuir o *status* de funcionários do Estado e, em consequência, estar assegurados de estabilidade de emprego, dependendo apenas de seu bom comportamento, da eficiência de seu trabalho e de sua aptidão física. A remuneração deve ser suficiente a fim de que se possa recrutar e manter em serviço homens e mulheres capazes; as vantagens da carreira e as condições de serviço devem ser determinadas levando em consideração a natureza penosa do trabalho.
- 47.1. Os funcionários devem possuir nível intelectual satisfatório.
- 47.2. Desde seu recrutamento, os funcionários devem frequentar um curso de formação geral e especial e ser aprovados em exames teóricos e práticos.
- 47.3. Durante sua carreira, os funcionários deverão manter e aperfeiçoar seus conhecimentos e sua capacidade profissional frequentando cursos de aperfeiçoamento organizados periodicamente pela administração.
48. Todos os funcionários devem em quaisquer circunstâncias se comportar e realizar suas tarefas de tal forma que seu exemplo exerça influência positiva sobre os presos e suscite seu respeito.
- 49.1. Na medida do possível, entre os funcionários deve ser incluído um número suficiente de especialistas tais como psiquiatras, psicólogos, assistentes sociais, professores e instrutores técnicos.
- 49.2. Os assistentes sociais, os professores e os instrutores técnicos devem trabalhar de forma permanente, mas isto não exclui os serviços de auxiliares em regime de tempo parcial, ou voluntários.
- 50.1. O diretor de um estabelecimento deve ser suficientemente qualificado para este trabalho pelo seu caráter, sua capacidade administrativa, uma formação apropriada e por sua experiência neste setor.
- 50.2. Deve ele dedicar todo o seu tempo à função oficial; esta não pode ser acessória.
- 50.3. Deve residir no estabelecimento ou nas proximidades.
- 50.4. Quando dois ou mais estabelecimentos estiverem sob a autoridade de um

único diretor, este deve visitá-los frequentemente. Cada um desses estabelecimentos deverá ter à sua frente um funcionário responsável.

51. A administração deve promover formas de organização que facilitem a comunicação entre as diversas categorias de funcionários do estabelecimento, a fim de assegurar uma boa coordenação dos serviços, especialmente no que concerne ao tratamento dos presos.
- 52.1. O diretor, seu adjunto e a maioria dos funcionários do estabelecimento devem falar a língua da maioria dos presos, ou uma língua que seja compreendida pela maioria deles.
- 52.2. Deve-se recorrer aos serviços de um intérprete sempre que for necessário e possível.
- 53.1. Nos estabelecimentos suficientemente grandes para exigir o serviço de um ou mais médicos em tempo integral, ao menos um deles deve residir nas suas imediações.
- 53.2. Nos outros estabelecimentos, o médico deve comparecer diariamente e residir suficientemente perto para atender sem demora aos casos urgentes.
54. Deve-se dar particularmente atenção à designação e ao controle dos funcionários masculinos ou femininos que trabalham nos estabelecimentos ou seções onde estão detidos presos de outro sexo.
- 55.1. Os funcionários do estabelecimento não devem usar a força, exceto nos casos de legítima defesa, de tentativa de evasão ou de resistência passiva ou ativa a uma ordem dada com base na lei ou nos regulamentos. Os funcionários que recorrerem à força devem limitar seu emprego à estrita necessidade, e relatar imediatamente o incidente ao diretor do estabelecimento.
- 55.2. Os funcionários penitenciários devem passar por um treinamento físico especial a fim de capacitá-los a dominar os presos violentos.
- 55.3. Salvo em circunstâncias especiais, os funcionários que realizarem tarefas em contato direto com os presos não devem estar armados. Por outro lado, não se deve jamais confiar uma arma a um funcionário sem que este tenha sido treinado no seu manejo.

Inspecção e Controle:

- 56.1. Inspetores qualificados e experimentados, nomeados por autoridade competente, devem realizar regularmente uma inspecção nos estabelecimentos e serviços penitenciários. Sua tarefa deve ser particularmente a de assegurar que esses estabelecimentos sejam administrados de acordo com as leis e os regulamentos em vigor a fim de que sejam realizados os objetivos dos serviços penitenciários.
- 56.2. O respeito aos direitos individuais dos presos, particularmente a legalidade da execução das penas, deve ser assegurado por um controle exercido de acordo com a regulamentação nacional por uma autoridade judiciária ou qualquer outra autoridade legalmente habilitada a visitar os presos, que não pertença à administração penitenciária.

SEGUNDA PARTE

Regras aplicáveis a categorias especiais

A) Presos condenados:

Princípios gerais:

57. Os princípios gerais que se seguem têm por finalidade definir o espírito segundo o qual os sistemas penitenciários devem ser administrados e os objetivos que devem visar, de acordo com a declaração feita na observação preliminar "I" do presente texto.
58. O encarceramento e outras medidas que tenham como consequência separar um delinqüente do mundo exterior são aflitivas pelo simples fato de o privarem de sua liberdade. Com exceção das medidas de segregação justificadas ou da manutenção da disciplina, o sistema penitenciário não deve agravar os sofrimentos inerentes a uma tal situação. O regime do estabelecimento deve procurar reduzir as diferenças entre a vida na prisão e a vida em liberdade, que tendem a diminuir o sentido de responsabilidade do preso ou o respeito à sua própria dignidade.
59. A finalidade e a justificação das penas e medidas privativas de liberdade são definitivamente a de proteger a sociedade contra o crime. Tal finalidade só poderia ser atingida se o período de privação da liberdade fosse usado para assegurar, na medida do possível, que o delinqüente, uma vez liberado, não apenas esteja disposto mas que também seja capaz de viver respeitando a lei e provendo seu próprio sustento.
- 60.1. Para este efeito, o regime penitenciário deve utilizar todos os meios terapêuticos, educativos, morais, espirituais e outros, e todas as formas de assistência disponíveis, procurando aplicá-los de acordo com as necessidades do tratamento individualizado dos delinqüentes.
- 60.2. As comunicações entre os presos e os funcionários devem ser facilitadas para impedir as tensões que possam aparecer e para assegurar a adesão dos presos ao programa de tratamento.
61. É desejável que sejam tomadas as medidas necessárias a fim de assegurar ao preso um retorno progressivo à vida em sociedade. Este objetivo poderá ser conseguido principalmente através de um regime preparatório à liberação, organizado no próprio estabelecimento ou em outro estabelecimento apropriado, ou por uma liberação a título de prova, sob um controle que compreenda uma assistência social eficaz.
62. O tratamento não deve enfatizar a exclusão dos presos da sociedade, mas pelo contrário acentuar o fato de que eles continuam a fazer parte dela. Com este fim, deve-se recorrer, na medida do possível, à cooperação de organizações da comunidade para ajudar os funcionários do estabelecimento na sua tarefa de recuperação social dos presos. Os assistentes sociais que colaboram com os estabelecimentos devem ter como tarefa manter e melhorar as relações do preso com sua família, com as pessoas e as organizações sociais que lhe possam ser úteis. Devem ser tomadas medidas com a finalidade de garantir, de modo compatível com a lei e a pena, os direitos relativos aos

interesses civis, os direitos de previdência social e outros direitos sociais dos presos.

63. Os serviços médicos do estabelecimento devem procurar descobrir e devem tratar todas as deficiências ou doenças físicas ou mentais que poderiam constituir um obstáculo para a recuperação social do preso. Qualquer tratamento médico, cirúrgico e psiquiátrico que se considere necessário deve ser aplicado com esta finalidade.
- 64.1. A realização desses princípios exige a individualização do tratamento e, com esta finalidade, um sistema flexível de classificação dos presos; é desejável então que os presos sejam colocados nos estabelecimentos ou em seções diferentes onde cada um possa receber o tratamento apropriado.
- 64.2. Os estabelecimentos ou seções devem ser de tipo diferente. Deve-se prever vários níveis de segurança de acordo com as necessidades. Os estabelecimentos abertos, pelo simples fato de não preverem medida de segurança física contra as evasões, contam com a auto-disciplina dos presos, e criam as mais favoráveis condições para a recuperação social de presos cuidadosamente escolhidos.
- 64.3. É desejável que o tipo, a dimensão, a organização e a capacidade das instituições ou seções sejam determinadas essencialmente em função do tratamento que se pretenda estabelecer.
65. O dever da sociedade não termina com a liberação do preso. Dever-se-ia portanto dispor de organismos governamentais e privados capazes de fornecer ao preso liberado uma ajuda pós-penitenciária eficaz, visando diminuir os preconceitos contra ele e lhe permitindo a reintegração na comunidade.

Tratamento:

66. O tratamento dos indivíduos condenados a uma pena ou medida privativa de liberdade deve ter como finalidade, tanto quanto permitir a duração da pena, criar neles a vontade e as aptidões que os habilitem, após a liberação, a viver respeitando a lei e provendo a seu próprio sustento. Esse tratamento deve ser de forma a estimular o respeito a si mesmo e a desenvolver o sentido de responsabilidade.
- 67.1. Para este fim, deve-se recorrer principalmente à assistência espiritual nos países onde isto for possível, à instrução, à orientação e à formação profissionais, aos métodos de assistência social individual, às atividades de grupo, à orientação vocacional, ao desenvolvimento físico e à educação de caráter moral, de acordo com as necessidades individuais de cada preso. Deve-se considerar o passado social e criminal do condenado, suas capacidades e aptidões físicas e mentais, suas disposições pessoais, duração da condenação e suas perspectivas de recuperação social.
- 67.2. Para cada preso condenado a uma pena ou medida de certa duração, o diretor do estabelecimento deve receber, o mais rápido possível depois da admissão daquele, relatórios completos sobre os diversos aspectos mencionados no parágrafo precedente. Estes relatórios devem sempre incluir relatório de um médico e se possível de um psiquiatra.
- 67.3. Estes relatórios e outras informações úteis devem ser reunidos em um

dossier individual. Este *dossier* deve ser mantido em dia e organizado de tal forma que possa ser consultado pelas pessoas responsáveis, sempre que for necessário.

- 67.4. Os programas de tratamento devem ser elaborados depois de consultada as diferentes categorias de funcionários. Os presos devem participar ativamente da elaboração do seu programa de tratamento individual. Deverá ser previsto um reexame periódico desses programas.

Distribuição dos presos e individualização do tratamento:

68. As finalidades da distribuição dos presos deve ser:

- a) separar os presos que, em razão de seus antecedentes ou de sua personalidade, exerceriam uma má influência sobre os demais;
- b) colocar os presos de modo a facilitar seu tratamento, considerando as exigências da segurança e as de sua readaptação social.

69. Deve-se dispor, na medida do possível, de estabelecimentos separados ou de seções diferentes dentro de um estabelecimento para a aplicação do tratamento dos diferentes tipos de presos.

70. Assim que for possível após a admissão e o estudo da personalidade de cada preso condenado a uma pena ou medida de certa duração, um programa de tratamento deve ser preparado para ele, com base nos dados disponíveis sobre suas necessidades individuais, suas capacidades e seu estado de espírito.

- 71.1. Deve-se oferecer aos presos diversas possibilidades principalmente pela participação em atividades do estabelecimento suscetíveis de desenvolver seu sentido de responsabilidade e estimular o interesse que devem ter com relação a seu próprio tratamento.

- 71.2. Devem ser desenvolvidos esforços para favorecer métodos de cooperação e participação dos presos no que concerne a seu próprio tratamento. Com esta finalidade, os presos devem ser incentivados a assumir, dentro dos limites previstos no artigo 28, responsabilidade em certos setores de atividade do estabelecimento.

Trabalho:

- 72.1. O trabalho penitenciário não deve possuir um caráter afluente. Não podem ser destinados aos presos trabalhos especialmente perigosos ou insalubres.
- 72.2. Os presos condenados podem ser submetidos à obrigatoriedade do trabalho, levando-se em conta sua aptidão física e mental, tal como será determinada pelo médico, e suas necessidades de educação a todos os níveis.
- 73.3. Deve-se destinar aos presos um trabalho produtivo suficiente para ocupá-los durante o período normal de um dia de trabalho.
- 72.4. Este trabalho deve ser, na medida do possível, de natureza a manter ou a aumentar sua capacidade de ganhar normalmente a vida depois de sua liberação.
- 72.5. Deve-se fornecer uma formação profissional útil aos presos que puderem aproveitá-la e particularmente aos jovens.

- 72.6. Nos limites compatíveis com uma seleção profissional racional e com as exigências da administração e da disciplina penitenciária, os presos devem poder escolher o tipo de trabalho que desejam realizar.

- 73.1. A organização e os métodos de trabalho penitenciário devem aproximar-se o máximo possível daqueles que regulamentam um trabalho análogo fora do estabelecimento, a fim de ajustar os presos às condições normais do trabalho livre.

- 73.2. No entanto, o interesse dos presos e de sua formação profissional não deve estar subordinado ao desejo de obter um benefício financeiro através do trabalho penitenciário.

- 74.1. O trabalho dos presos deve ser assegurado pela administração penitenciária nas suas próprias oficinas e atividades ou, se for o caso, com a colaboração de empresários privados.

- 74.2. Quando os presos trabalharem para empresários privados, devem ser sempre colocados sob o controle da administração penitenciária. As pessoas para as quais é fornecido este trabalho, devem pagar um salário normal exigível para este trabalho, considerando no entanto o rendimento dos presos.

- 75.1. A segurança e higiene do trabalho devem ser organizadas para os presos em condições semelhantes às dos trabalhadores livres.

- 75.2. Devem ser tomadas medidas para indenizar os presos pelos acidentes de trabalho e doenças profissionais, em condições iguais às aquelas que a lei concede aos trabalhadores livres.

- 76.1. O número máximo de horas de trabalho dos presos por dia e por semana deve ser fixado de acordo com a regulamentação ou costumes locais referentes ao emprego dos trabalhadores livres.

- 76.2. Os presos devem ter ao menos um dia de descanso por semana, e tempo suficiente para a instrução e outras atividades previstas para o tratamento e readaptação.

- 77.1. O trabalho dos presos deve ser remunerado de uma maneira equitativa.

- 77.2. O regulamento deve permitir aos presos utilizar ao menos uma parte de sua remuneração para a compra de objetos autorizados destinados ao seu uso pessoal e de dedicar outra parte para sua família ou para fins autorizados.

- 77.3. O regulamento deve prever igualmente que uma parte da remuneração seja reservada pela administração a fim de constituir um pecúlio que será entregue ao preso no momento de sua liberação.

Instrução e lazer:

- 78.1. Devem ser previstas medidas para desenvolver a instrução de todos os presos capazes de aproveitá-la, inclusive a instrução religiosa. A instrução dos analfabetos e dos jovens presos deverá merecer especial interesse da administração.

- 78.2. Na medida do possível, a instrução dos presos deve estar integrada com o sistema de instrução pública, a fim de que aqueles possam prosseguir sua formação sem dificuldade após a liberação.

79. Para o bem estar físico e mental dos presos, devem ser organizadas atividades recreativas e culturais em todos os estabelecimentos.
80. Desde o início da condenação, deve-se considerar o futuro do preso após sua liberação. Este deve ser estimulado a manter ou a estabelecer relações com os parentes, com pessoas ou organismos exteriores à instituição que possam favorecer seus interesses familiares como também sua própria readaptação social.
- 81.1. Devem criar-se serviços e organismos eficazes para ajudar os presos liberados a reencontrar um lugar na sociedade, principalmente no que concerne ao trabalho.
- 81.2. Devem ser proporcionados aos presos documentos e papéis de identidade, alojamento, trabalho, roupas convenientes e apropriadas ao clima e à estação, assim como os meios necessários para chegar ao seu destino e subsistir durante o período imediatamente subsequente a sua liberação.
- 81.3. Os representantes designados dos serviços e organismos mencionados no parágrafo 1.º, devem ter acesso ao estabelecimento e aos presos. Deve-se pedir a estes representantes, desde o início da condenação, sua opinião sobre projetos de recuperação social do preso.
- 81.4. Deve-se realizar uma boa coordenação entre os serviços e organismos relacionados com a readaptação social dos presos.

B) Presos alienados e doentes mentais:

- 82.1. Os doentes mentais não devem ficar detidos nas prisões e devem ser previstas medidas para transferi-los o mais rápido possível para estabelecimentos apropriados a doentes mentais.
- 82.2. Devem ser organizadas instituições ou seções especializadas, colocadas sob direção médica, para a observação e o tratamento dos presos apresentando outras doenças ou distúrbios mentais graves.
- 82.3. O serviço médico ou psiquiátrico dos estabelecimentos penitenciários deve assegurar o tratamento psiquiátrico a todos os presos que tiverem necessidade de tal tratamento.
83. Devem ser previstas disposições, de acordo com os organismos competentes, para que o tratamento psiquiátrico continue, se necessário, após a liberação e para que seja assegurada uma assistência social pós-penitenciária de caráter psiquiátrico.

C) Pessoas detidas ou sob prisão preventiva:

- 84.1. Todo indivíduo detido ou preso por uma infração à lei penal e que se encontra detido ou sob a custódia da polícia ou na prisão, mas que ainda não foi julgado, é qualificado de "preso provisoriamente" nas disposições que se seguem.
- 84.2. Sem prejuízo das disposições legais relativas à proteção da liberdade individual ou determinando o procedimento a seguir com relação aos presos provisoriamente, estes últimos, não são considerados inocentes até que

- seja estabelecida sua culpabilidade, deverão ser beneficiados com um tratamento sem outras restrições além daquelas impostas pelo processo penal e pela segurança.
- 85.1. Nenhum preso provisoriamente deve ser colocado em contato, contra sua vontade, com os presos condenados.
- 85.2. Os presos provisoriamente jovens devem ficar alojados em condições que os protejam contra qualquer influência nefasta e devem ser privilegiados com um regime que leve em conta as necessidades particulares de sua idade.
86. Os presos provisoriamente devem ter a possibilidade de dispor de celas individuais, salvo quando condições climáticas requerem o contrário.
87. A administração deve, de acordo com as normas estabelecidas nesta matéria pelas autoridades em saúde, fornecer ao preso provisoriamente, nos horários usuais, uma alimentação convenientemente preparada e apresentada, satisfazendo do ponto de vista da qualidade e da quantidade às regras da dietética e da higiene modernas e levando em conta sua idade, seu estado de saúde, a natureza de seu trabalho, e, na medida do possível, as exigências impostas por certas convicções filosóficas e religiosas.
- 88.1. Deve ser oferecida ao preso provisoriamente a possibilidade de usar suas roupas pessoais se estas forem limpas e adequadas.
- 88.2. Quando o preso provisoriamente não utilizar esta oportunidade, deve ser-lhe fornecida uma roupa apropriada.
- 88.3. Se o preso provisoriamente não possuir roupas próprias adequadas, deve ser colocado à sua disposição, para comparecer diante de autoridades judiciárias ou para saída autorizada, uma roupa em bom estado.
89. Deve ser sempre oferecida ao preso provisoriamente a possibilidade de trabalhar, mas ele não pode ser obrigado a fazê-lo. Se ele trabalhar, deve ser remunerado.
90. Todo preso provisoriamente deve ser autorizado a providenciar, às suas próprias expensas ou de terceiros, livros, jornais, material necessário para escrever, assim como outros meios de ocupação dentro dos limites compatíveis com o interesse da administração da justiça e com a segurança e a ordem do estabelecimento.
91. Deve ser oferecida ao preso provisoriamente a possibilidade de receber visita e os cuidados de seu médico particular ou de seu dentista, se o pedido estiver razoavelmente fundamentado e se ele for capaz de assegurar o pagamento.
92. O preso provisoriamente deve poder informar imediatamente sua família sobre sua detenção e devem ser-lhe dadas todas as facilidades razoáveis para poder se comunicar com aquela, com seus amigos e com as pessoas com as quais o preso tenha um interesse legítimo de entrar em contato, e receber, em condições plenamente satisfatórias do ponto de vista humano, as visitas dessas pessoas, sujeito apenas às restrições e à vigilância necessária no interesse da administração da justiça, da segurança e da ordem do estabelecimento.
93. O preso provisoriamente deverá, desde a sua prisão, poder escolher seu advogado ou ser autorizado a pedir a designação de um defensor público, quando estiver prevista esta assistência, e a receber visitas de seu advogado

com vistas à sua defesa. Ele deve poder preparar e enviar àquele instruções confidenciais, bem como recebê-las. Se ele requerer, devem ser-lhe concedidas todas as facilidades com este objetivo. Principalmente, deve poder ser assistido gratuitamente por um intérprete nos seus contatos essenciais com a administração e a defesa. As entrevistas entre o preso provisoriamente e seu advogado podem ser realizadas à vista dos agentes da autoridade, assegurado no entanto o sigilo da conversação.

D) Condenados por dívidas ou à prisão civil:

94. Nos países onde a legislação prevê a prisão por dívidas ou outras formas de privação da liberdade proferidas através de decisão judicial como consequência de um processo não penal, estes presos não devem ser submetidos a maiores restrições nem serem tratados com maior severidade que a que for necessária para garantir a segurança e manter a ordem. Seu tratamento não deve ser menos favorável que o dos presos provisoriamente, com a ressalva, no entanto, da obrigação eventual de trabalhar.

DECRETO N.º 76.550 DE 5 DE NOVEMBRO DE 1975

Concede indulto, comuta penas e dá outras providências

O Presidente da República,

no uso da faculdade que lhe confere o artigo 81, item XXII, da Constituição, Considerando o transcurso do Ano Santo de 1975, proclamado pelo Papa Paulo VI;

Considerando o apelo feito por Sua Santidade a todos os governantes no sentido de que as celebrações do ano Santo sejam marcadas por atos de clemência; e

Considerando que é da tradição brasileira a concessão de indulto, por ocasião do Natal, aos condenados que tenham revelado disposição e condições para integrar-se no convívio social,

DECRETA:

Art. 1.º É concedido indulto aos condenados a penas privativas da liberdade não superiores a quatro anos, que, até 25 de dezembro de 1975, tenham efetivamente cumprido, no mínimo, um terço da pena aplicada, se primário, ou dois terços, se reincidentes.

Art. 2.º São comutadas as penas privativas da liberdade aplicadas a condenados que, até a data mencionada no artigo anterior, tenham efetivamente cumprido, no mínimo, um terço da pena, se primários, ou dois terços, se reincidentes observada a seguinte proporção:

I — em um terço, se primários, ou em um quarto, se reincidentes, aos condenados a mais de quatro até seis anos;

II — em um quarto, se primários, ou em um quinto, se reincidentes, aos condenados a mais de seis até dez anos;

III — em um quinto, se primários, ou em um sexto, se reincidentes, aos condenados a mais de dez anos.

Art. 3.º As penas acessórias não são abrangidas pelo indulto nem pela comutação; as penas pecuniárias aplicadas cumulativamente, o são pelo indulto somente.

Art. 4.º Constituem, também, requisitos para a obtenção do indulto ou da comutação de penas de que trata o presente Decreto:

I — nunca ter sido beneficiado por graça, indulto ou comutação de pena;

II — ser isento de periculosidade, devendo verificar-se a sua cessação, caso tenha sido imposta medida de segurança;

III — ter boa conduta prisional, reveladora de disposições e condições pessoais para a reintegração no convívio social, se presentes os demais requisitos para indulto, ou de, pelo menos, sincero esforço para alcançá-las, se o caso for de comutação de penas.

Art. 5.º Este Decreto não beneficia os condenados:

I — por crime tipificado na Lei de Segurança Nacional (Decreto-lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969);

II — por crime tipificado no artigo 281 e seus parágrafos, do Código Penal, com a nova redação dada pelo artigo 23 da Lei n.º 5.726, de 29 de outubro de 1971, quando referida na sentença a condição de traficante.

Art. 6.º Caberá aos Conselhos Penitenciários, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, verificar quais os condenados portadores dos requisitos estabelecidos por este Decreto, emitindo desde logo parecer, nos termos do artigo 736 do Código de Processo Penal, que será remetido ao Juiz da Execução, para os fins dos artigos 738 e 741 do mesmo Código.

Parágrafo único — Os dirigentes dos estabelecimentos prisionais encaminharão aos Conselhos Penitenciários relação dos condenados que tenham aqueles requisitos, prestados desde logo informações circunstanciadas sobre a vida prisional e a conduta de cada um.

Art. 7.º Quando se tratar de condenados pela Justiça Militar, que não estejam cumprindo pena em estabelecimento civil, o parecer do Conselho Penitenciário será substituído pela informação da autoridade sob cuja custódia estiver o preso.

Art. 8.º Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 9.º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 5 de novembro de 1975; 154.º da Independência e 37.º da República.

ERNESTO GEISEL
ARMANDO FALCÃO

D.O. 6/11/75, 14723

Concede indulto, reduz penas e dá outras providências.

O Presidente da República,

no uso da faculdade que lhe confere o artigo 81, item XXII, da Constituição, e Considerando que é da tradição brasileira a concessão de indulto, por ocasião do Natal, aos condenados que tenham disposição e condições para reintegrar-se ao convívio social,

DECRETA:

Art. 1.º É concedido indulto aos condenados primários a que tenha sido aplicada pena privativa da liberdade não superior a quatro anos, os quais, até 25 de dezembro de 1976, dela tenham efetivamente cumprido, no mínimo um terço.

Parágrafo único. São beneficiados igualmente, os condenados reincidentes (artigo 46 do Código Penal), cuja pena aplicada não seja superior a três anos, e dela tenham efetivamente cumprido, no mínimo, dois terços.

Art. 2.º Aos condenados primários que, até a data indicada no artigo anterior, tenham efetivamente cumprido, no mínimo, um terço da pena aplicada, é concedida redução da pena, na seguinte proporção:

- I — um terço, se a pena for superior a quatro anos, até seis;
- II — um quarto, se a pena for superior a seis anos, até oito.

Art. 3.º O disposto nos artigos anteriores se aplica, também, caso a sentença esteja em grau de recurso interposto somente pela defesa, e sem prejuízo para o respectivo julgamento pela instância superior.

Art. 4.º Primário, para feito deste decreto, é também quem, tendo sofrido mais de uma condenação, cometeu todos os crimes antes de a primeira sentença condenatória ter passado em julgado.

Art. 5.º O indulto, previsto no artigo 1.º e seu parágrafo, deste decreto, abrange as penas pecuniárias aplicadas cumulativamente.

Parágrafo único. As penas pecuniárias são, igualmente, indultadas, quando a redução prevista no artigo 2.º ensejar imediatamente soltura ou livramento condicional.

Art. 6.º As penas acessórias não são abrangidas pelo indulto nem pela redução.

Art. 7.º Constituem, também, requisitos para que o condenado obtenha o indulto ou a redução de penas de que trata o presente decreto:

- I — não ter sido beneficiado por graça, indulto, redução ou comutação de pena, nos dez anos anteriores à data de sua publicação;
- II — ser isento de periculosidade, devendo verificar-se a sua cessação, caso tenha sido imposta a medida de segurança;
- III — ter boa conduta prisional, reveladora de disposição e condições pessoais para a reintegração no convívio social, se presentes os demais requisitos

para indulto, ou de, pelo menos, sincero esforço para alcançá-los, se o caso for de redução de pena.

Art. 8.º Este decreto não beneficia os condenados:

- I — por crime contra a Segurança Nacional;
- II — por crime que tenha por objeto entorpecente ou substância que cause dependência física ou psíquica, quando referida na sentença a condição de traficante.

Art. 9.º Caberá aos Conselhos Penitenciários, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, verificar quais os condenados portadores dos requisitos estabelecidos por este decreto, emitindo desde logo parecer, nos termos do artigo 736 do Código de Processo Penal, que será remetido ao Juiz da Execução, para os fins dos artigos 738 e 741 do mesmo Código.

Parágrafo único. Os dirigentes dos estabelecimentos prisionais encamiarão aos Conselhos Penitenciários relação dos condenados que tenham aqueles requisitos, prestando desde logo informações circunstanciadas sobre a vida prisional e a conduta de cada um.

Art. 10.º Quando se tratar de condenados pela Justiça Militar, que não estejam cumprindo pena em estabelecimento civil, o parecer do Conselho Penitenciário será substituído pela informação da autoridade sob cuja custódia estiver o preso.

Art. 11.º Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12.º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 23 de novembro de 1976
155.º da Independência e 88.º da República

....

..

ERNESTO GEISEL
ARMANDO FALCÃO

(Publicado no DO 24/nov/76)

Composto e impresso nos
Estab. Gráficos Borsoi S.A.
Indústria e Comércio, à
Rua Francisco Manuel, 55
— ZC-15, Benfica, Rio de
Janeiro, RJ

Distribuidor para o Brasil:

EDITORA LIBER JURIS LTDA.

Rua da Assembléia, 38-A — Rio de Janeiro — R.J.