

Nº 23 / JULHO-DEZEMBRO/76

REVISTA DE DIREITO PENAL

ÓRGÃO OFICIAL DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS
DO RIO DE JANEIRO

IP

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

Sérgio Fragoso

FORENSE / RIO DE JANEIRO / 1978

c Copyright

Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro

Rua Paulino Fernandes, nº 32, 1º andar — Botafogo

22270 Rio de Janeiro - RJ

Reservados os direitos de edição e distribuição deste número pela

COMPANHIA EDITORA FORENSE

Av. Erasmo Braga, 299, 1º e 2º andares — 20020 Rio de Janeiro-RJ.

Filial: Largo de São Francisco, 20, loja - 01005 São Paulo-SP.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

Inicia-se com este número nova etapa na vida desta revista, revelada desde logo pela diversa feição gráfica com que se apresenta esta edição. Doravante esta revista passa à responsabilidade de uma grande editora, a Forense, que se incumbirá de sua feitura e distribuição, fato que por si só constitui garantia de continuidade, em alto nível, da publicação. O contrato celebrado permitirá, rapidamente, pôr em dia a revista, mantendo-se vivo e atuante o esforço da equipe que, no Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, é responsável pela parte editorial.

Neste número o leitor encontrará excelente trabalho do professor Alessandro Baratta, da Universidade de Saarbruck, sobre criminologia crítica e política criminal alternativa, apresentado no colóquio realizado pela Associação Internacional de Direito Penal, em 1977, em Madri e Plasencia. O diretor desta revista participou desse colóquio, relacionado com o tema que hoje mais inquieta os estudiosos, ou seja, a política criminal. O professor Baratta é uma das mais vigorosas expressões de uma posição moderna na Criminologia e no Direito Penal, sendo um dos diretores da revista La Questione Criminale.

Incluimos também neste número artigo do diretor desta revista sobre a prova no processo penal, focalizando aspectos da maior importância para os que militam em nossa área. A parte de doutrina encerra-se com o trabalho do prof. Heitor Costa Júnior, sobre elementos subjetivos nas causas de justificação, tema pouco versado entre nós, no qual o autor sustenta as posições doutrinárias mais recentes, bem como o excelente relatório preparado pelo professor Juarez Cirino dos Santos, sobre os delitos culposos. Esse relatório foi apresentado em nome do Grupo Brasileiro da A.I.D.P. ao colóquio preparatório de Moscou (dezembro de 1977). Como se sabe, a matéria será um dos temas do XII Congresso Internacional de Direito Penal, a ser realizado em setembro de 1979, em Hamburgo.

Na parte de atualidades e comunicações publicamos a inte-

ressante pesquisa realizada pelos professores Nilo Batista e Elisabeth Süsskind, sobre a advocacia criminal no Rio de Janeiro, bem como o estudo do prof. Sérgio Demoro Hamilton, sobre a presença do Ministério Público na ação penal privada.

Segue-se o parecer do prof. Luiz Fernando de Freitas Santos sobre a questão da retroatividade benéfica relativamente ao problema jurídico criado pela extinção, em nosso direito, da figura da reincidência específica, apontando soluções criadoras, afinal sufragadas pela jurisprudência.

Esta edição encerra-se com as nossas seções habituais de comentários de jurisprudência (na qual se destaca exaustivo estudo do prof. Damásio E. de Jesus sobre latrocínio), resenha bibliográfica e legislação.

DOCTRINA

CRIMINOLOGIA CRÍTICA E POLÍTICA PENAL ALTERNATIVA *

ALESSANDRO BARATTA

I

Desde algum tempo, a atenção da “nova” criminologia, da criminologia crítica, se dirige para o direito penal, individualizando-se dessa maneira um dos pontos teórico-práticos das relações sociais desiguais, próprias de nossa sociedade.¹

O fim do presente relatório é indicar algumas das consequências das idéias desenvolvidas no âmbito do mencionado movimento crítico da criminologia, no campo da política criminal.²

Ainda que o novo movimento reúna diversas reformas teóri-

* — Relatório apresentado ao colóquio da Seção Nacional Espanhola, da Associação Internacional de Direito Penal, realizada em Madrid e Plasencia, de 19 a 23 de outubro de 1977. Tradução de J. SÉRGIO FRAGOSO.

1. Entre as obras mais gerais e representativas deste movimento cf. F. SACK, *Neue Perspektiven in der Kriminalsoziologie*, in F. SACK e KÖNIG (ed.), *Kriminalsoziologie*, Frankfurt a. M. 1968, p. 431 ss.; I. TAYLOR, P. WALTON, J. YOUNG, *The New Criminology. For a Social Theory of Deviance*, Londres e Boston 1974; *Arbeitskreis Junger Kriminologen* (ed.), *Kritische Kriminologie. Positionen, Kontroversen und Perspektiven*, Munique 1974; B. KRISBERG, *Crime and Privilege. Towards a New Criminology*, N. Jersey 1975; M. CIACCHI e V. GUALANDI (ed.), *La costruzione della devianza*, Bolonha 1977. Entre os grupos e as associações se assinalam *European Group for the study of Deviance on Social Control* e, na Alemanha Federal, o *Arbeitskreis Junger Kriminologen*. Entre as revistas se pode citar *Crime and Social Justice* (USA); *Kriminologisches Journal* (Alemanha Federal) *La Questione Criminale* (Italia) e, de recente aparição na França, *Déviante et Société*.
2. Situada no interior da “criminologia crítica”, a revista *La Questione Criminale* persegue desde alguns anos dois objetivos estreitamente relacionados com o tema desta exposição, a saber: contribuir para a construção de uma teoria materialista da conduta desviante e da criminalização, quer dizer, de uma criminologia de inspiração marxista, elaborando as linhas de uma política criminal alternativa de inspiração socialista. Com isso, permito-me justificar as freqüentes citações de ensaios publicados nesta revista, com o fim de evitar demasiadas citações bibliográficas, o que iria contra a economia de um pequeno trabalho como este.

cas e que os resultados obtidos até hoje estejam longe de constituir um edifício completo, já é possível fixar algumas de suas importantes aquisições, na análise crítica dos mecanismos e das reais funções do sistema penal, na sociedade tardo-capitalista. Dela originam-se as linhas de uma política criminal alternativa que é uma das fronteiras nas quais deveria lutar o movimento operário, em sua luta pela transformação da sociedade.

A plataforma teórica alcançada pela criminologia crítica e preparada pelas correntes mais avançadas da sociologia criminal liberal ³, pode-se sintetizar numa dupla contraposição à velha criminologia positiva, que se servia da abordagem bio-psicológica. Esta buscava, em primeiro lugar, a explicação da criminalidade, na "diversidade" ou anomalia dos autores dos comportamentos criminalizados. Em segundo lugar, a velha criminologia partia da criminalidade como dado ontológico preconstituído à reação social e ao direito penal, que podia ser estudado em suas "causas", independentemente do estudo da reação social e do direito penal.

Em ambos os casos, a velha criminologia estava subordinada ao direito penal positivo. Deste recebia as definições da realidade que pretendia estudar através do método científico-naturalista e os indivíduos que observava para a elaboração das teorias das causas da criminalidade, eram indivíduos caídos na engrenagem judicial e administrativa da justiça penal e, sobretudo, clientes do cárcere e do manicômio judiciário; ou seja, indivíduos selecionados do complexo sistema de filtros, que é o sistema penal. Os mecanismos seletivos utilizados, desde a criação da norma até sua aplicação, eram semelhantes ao processo de seleção de classes, que se verifica na sociedade.

Através do desenvolvimento das escolas de sociologia criminal dos anos quarenta, são duas as etapas principais que conduziriam aos umbrais da sociologia crítica: em primeiro lugar, a transposição da abordagem teórica do autor às condições objetivas, estruturais e funcionais, que são a origem dos fenômenos de desvio. Em segundo lugar, a transposição do interesse cognoscitivo das causas do desvio criminal, aos mecanismos sociais e institucionais através dos quais se constrói a "realidade social" da conduta desviante e são criadas e aplicadas definições de tal conduta e da criminalidade, e são realizados os processos de criminalização.

Mediante a oposição da abordagem bio-psicológica à macros-

3. Para as indicações das fontes e da literatura secundária sobre estas teorias (teorias funcionalistas, teorias das subculturas e dos "contatos diferenciais", "teoria da reação social" ou "labelling approach", teorias psicanalíticas, teorias do conflito), reporto-me aos meus ensaios publicados na "Questione Criminale", 1975, p. 7 e ss., 1977, p. 9 e ss. Igualmente, para uma perspectiva crítica de seu desenvolvimento de que se faz referência no texto. Para a história e para a crítica cf. particularmente I. TAYLOR, P. WALTON, J. YOUNG, *The New Criminology*, cit.

sociológica, a criminologia crítica historia a realidade do comportamento desviante, pondo em evidência sua relação de funcionalidade ou de disfuncionalidade com as estruturas sociais e com o desenvolvimento das relações de produção e distribuição. O salto qualitativo que separa a nova da velha criminologia consiste, sobretudo, na superação do paradigma etiológico, que era o paradigma fundamental de uma ciência entendida, naturalisticamente, como teoria das "causas" da criminalidade. A superação de tal paradigma traz consigo a superação de suas implicações ideológicas: a concepção da conduta desviante e da criminalidade como realidade ontológica preexistente à reação social e institucional, assim como a aceitação a crítica das definições legais, como princípio de individualização daquela pretendida realidade ontológica — duas posições, entre si, absolutamente contraditórias.

O momento crítico alcança sua maturidade na criminologia quando a abordagem macrosociológica se transfere do comportamento desviante aos mecanismos de controle social do dito comportamento e, em especial, ao processo de criminalização. Desse modo, a criminologia se transforma ainda mais numa crítica do direito penal. O direito penal não é considerado nessa crítica, somente como um sistema estático de normas, senão como um sistema dinâmico de funções, no qual se podem distinguir três mecanismos, cuja análise pode ser feita separadamente: o mecanismo da produção das normas (incriminação primária), o mecanismo de aplicação das normas, isto é, o processo penal que compreende a ação dos órgãos de investigação e que culmina com o juízo (criminalização secundária) e, finalmente, o mecanismo da execução da pena e das medidas de segurança.

Para cada um destes mecanismos em particular, assim como para o processo de criminalização em sua totalidade, a análise teórica e uma série de inumeráveis investigações empíricas ⁴, conduziram a crítica do direito penal a resultados que se podem condensar em duas proposições que constituem a negação radical do mito do direito penal como direito igualitário, quer dizer, o mito que ser-

4. D. SUDNOW, *Normal Crimes: Sociological Features of the Penal Code in a Public Defender Office*, in *Social Problems*, 12, 1965, p. 255 ss.; R. QUINNEY, *Towards a Sociology of Criminal Law*, in R. QUINNEY (ed.), *Crime and Justice in Society*, Boston 1969, p. 1 ss.; P. MACNAUGHTON-SMITH, *The Second Code. Toward (or away from) an Empiric Theory of Crime and Delinquency*, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 5, 1968, p. 189 ss.; F. SACK, *Selektion und Kriminalität*, *Kritische Justiz*, 1971, p. 384 ss.; H. STEINERT (ed.), *Der Prozeß der Kriminalisierung, Untersuchungen zur Kriminalsoziologie*, Munique 1973; A. BARATTA, *Sistema penale ed emarginazione sociale*, *La Questione Criminale*, 1976, p. 237 ss.; A. BARATTA e G. SMAUS, *Erklärungszusammenhänge und Hypothesen zum Forschungsprojekt "Soziale Reaktion auf abweichendes Verhalten mit besonderer Berücksichtigung des nicht-institutionellen Bereichs"*, documento de trabalho inédito relativo à investigação homônima, que se realiza na Universidade de Saarbrück, sob a direção de A. BARATTA, e G. SMAUS, Saarbrücken 1975. Sobre essa pesquisa, cf. a notícia publicada em *La Questione Criminale*, 1975, p. 196 ss.

ve de base à ideologia da defesa social. O mito da igualdade se expressa em duas proposições:

a) — O direito penal protege igualmente a todos os cidadãos das ofensas causadas aos bens essenciais, em relação aos quais todos os cidadãos têm igual interesse.

b) — A lei penal é igual para todos, isto é, os autores de comportamento anti-sociais e os violadores de normas penalmente sancionadas têm "chance" de converter-se em sujeitos do processo de criminalização, com as mesmas consequências.

As proposições que sintetizam os resultados da crítica são, exatamente opostas:

a) — O direito penal não defende todos e tão-somente os bens nos quais têm igual interesse todos os cidadãos e, quando penaliza as ofensas dos bens essenciais, o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário.

b) — A lei penal não é igual para todos, o status de criminoso aplica-se de modo desigual aos sujeitos, independentemente do dano social de suas ações e da gravidade das infrações à lei penal realizada por eles.

A crítica dirige-se, pois, ao mito do direito penal, como direito igualitário por excelência e mostra que o direito penal não é menos desigual que outros ramos do direito burguês e que, ao contrário do que aparenta, é, pelo contrário, direito desigual por excelência.

Na perspectiva da criminologia crítica, a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados indivíduos, mas, sim, se revela como um estado atribuído a determinados indivíduos através de uma dupla seleção. Em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos ofensivos desses bens, tipificados na norma penal. Em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre os indivíduos que cometem infrações às normas penalmente sancionadas. A criminalidade é "um bem negativo"⁵ distribuído desigualmente segundo a hierarquia dos interesses, fixada no sistema econômico e segundo a desigualdade social entre os indivíduos.

"Criminoso" é, efetivamente, na opinião pública, quem esteve sujeito a sanções estigmatizantes e isto significa, na prática, quem é ou foi parte da população carcerária.

Um progresso na análise do sistema penal, como sistema de direito desigual, está constituído pela passagem da descrição da fe-

5. Cf. F. SACK, *Neue Perspektiven in der Kriminologie*, cit., p. 469.

nomenologia da desigualdade à interpretação dela, isto é, ao aprofundamento da lógica dessa desigualdade. Este aprofundamento traz à luz o nexop funcional que une os mecanismos seletivos do processo de criminalização, com a lei do desenvolvimento da formação econômica em que vivemos e com as condições próprias da fase atual deste desenvolvimento em determinadas áreas ou sociedades nacionais.

No que se refere à seleção dos bens protegidos e dos comportamentos lesivos, o "caráter fragmentário" do direito penal perde as ingênuas justificações através da natureza da coisa ou da idoneidade técnica de certas matérias e, não de outras, para ser objeto do controle penal. Essas justificações constituem uma ideologia que oculta o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes e a imunizar do processo de criminalização os indivíduos pertencentes as ditas classes e ligados funcionalmente às exigências de acumulação capitalista, e dirige o processo de criminalização, principalmente, para formas de conduta desviante típicas das classes subalternas. Isso se realiza, não somente com a seleção das espécies de comportamento tipificado nas normas, mas, também, com a diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com o dano social dos comportamentos, porém com a mesma formulação técnica das normas. Quando se dirige a comportamentos típicos de indivíduos pertencentes às classes subalternas e que contradizem as relações de produção e de distribuição capitalistas, estas formam uma rede bastante estreita, enquanto que a rede é bastante mais larga quando as normas têm por objeto a criminalidade econômica ou outras formas de criminalidade típicas de indivíduos pertencentes às classes que estão no poder.⁶

Os mecanismos de criminalização secundária acentuam ainda mais o caráter seletivo do direito penal. Pelo que se refere à seleção dos indivíduos revelou-se como o paradigma mais eficaz para a sistematização dos dados da observação, aquele que considera como variável independente a posição dos indivíduos na escala social. A maior "chance" de ser sujeito de sanções estigmatizantes (o cárcere e as outras instituições globais) é decisivamente correlativa à posição nas faixas sociais mais baixas (subproletariado e grupos marginalizados), enquanto que a posição precária que tenha o indi-

6. Cf. também sobre os mecanismos seletivos de imunização referentes à formação da norma penal, F. SGUBBI, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, trabalho inédito (*Arbeitspapier* n. 33), para a investigação "Soziale Reaktion auf abweichendes Verhalten mit besonderer Berücksichtigung des nicht-institutionellen Bereichs", cit., Saarbrücken 1976, igualmente, *Tutela penale di "interessi diffusi"*, *La Questione Criminale*, 1975 p. 439 ss. útil deste mesmo ponto de vista, o conceito de "não contidos" do direito penal produzido por L. SCHUMANN cf. *Gegenstand und Erkenntnisinteressen einer Konflikt-theoretischen Kriminologie*, in *Arbeitskreis Junger Kriminologen* (ed.) *Kritische Kriminologie*, cit., p. 77/78.

víduo no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) aliada às características negativas da socialização familiar e escolar, que também, se apresentam de forma particularmente elevada nos níveis sociais mais baixos, constituem as variáveis intervenientes mais significativas.⁷

Para o aprofundamento do caráter fragmentário do direito penal e dos mecanismos seletivos do sistema, contribuíram, não só a investigação sociológica teórica e empírica, como também, uma recente historiografia sobre o sistema punitivo na sociedade capitalista.⁸ Este aprofundamento da relação entre direito penal e desigualdade leva, de certa forma, a inverter a posição, na qual os termos dessa relação aparecem na superfície do fenómeno descrito, isto é: não só as normas do direito penal se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade leva, de certa forma, a inverter a posição, na qual os termos dessa relação aparecem na superfície do fenómeno descrito, isto é: não só as normas do direito penal se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdades existentes, como também o direito penal exercita uma função ativa de produção e reprodução das relações de desigualdade. Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, especialmente o cárcere, constitui momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade. Influindo negativamente sobre o status social dos indivíduos pertencentes às camadas sociais mais baixas atua de forma contrastante com a ascensão social. Em segundo lugar, e esta é uma das funções simbólicas da pena, a punição de certos comportamentos ilegais serve para acobertar um número mais amplo de comportamentos ilegais que ficam imunes ao processo de criminalização, de tal modo que a aplicação seletiva do direito penal tem, como resultado colateral, a cobertura ideológica dessa mesma seletividade.

Todavia, mais essencial parece a função realizada pelo cárcere, para produzir não só a desigualdade, mas, também os mesmos sujeitos passivos desta relação, o que parece claro, se se considera a relação capitalista de desigualdade como relação de subor-

dinação, ligada estruturalmente à separação da propriedade da força de trabalho, dos meios de produção, e, por outro lado, a exigência de disciplina, isto é, o controle total dos indivíduos, de que necessita o regime de trabalho na fábrica e, mais em geral, a estrutura de poder de uma sociedade que tomou a fábrica como modelo. O nexo histórico entre o cárcere e a fábrica, entre a introdução do sistema carcerário e a transformação de uma massa indisciplinada de camponeses, separados do campo e separados dos próprios meios de produção, em indivíduos adaptados à disciplina da fábrica moderna, é um elemento essencial para compreender a função da instituição carcerária, que nasce junto com a sociedade capitalista e a acompanha ao largo da história.⁹

Numa fase mais avançada esse elemento pode não ser suficiente para ilustrar a relação atual entre cárcere e sociedade, porém permanece de todas as formas como sua matriz histórica e de tal modo, como condicionante de sua existência.

A função do cárcere na produção de indivíduos desiguais não é hoje menos importante. Hoje, o cárcere produz, recrutando-o, sobretudo nos setores mais baixos da sociedade, um setor de marginalização social particularmente qualificado pela intervenção estigmatizante do sistema punitivo estatal e pela realização daqueles processos que, ao nível da interação social e da opinião pública, são ativados pela pena e concorrem para realizar o efeito marginalizador e atomizante.¹⁰ Este setor qualificado do "exército industrial de reserva" exercita, não só funções específicas dentro da mecânica do mercado de trabalho (pense-se na superexploração dos ex-condenados e no efeito da concorrência em relação com outros trabalhadores), mas, também, fora daquela dinâmica: concebe-se o emprego da população criminosa nos mecanismos de circulação ilegal do capital, como peão na indústria do crime, no ciclo da droga, etc. Pensa-se, ademais, no recrutamento dos esquadrões fascistas entre a população criminosa.

O cárcere representa, em conclusão, ponta do "iceberg", que é o sistema penal burguês, o momento culminante de uma seleção que começa antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social escolástica, com a intervenção dos institutos de controle de

7. Cf. N. GOLDMANN, *The Differential Selection of Juvenile Offenders for Court Appearance* Nova York 1963; J. FEEST e E. BLANKENBURG, *Die Definitionsmacht der Polizei. Strategien der Strafverfolgung und soziale Selektion*, Düsseldorf 1972; D. PETERS, *Richter im Dienst der Macht, Zur gesellschaftlichen Verteilung der Kriminallität*, Stuttgart 1973; R. LAUTMANN e D. PETERS, *Ungleichheit vor dem Gesetz: Strafjustiz und soziale Schichten*, Vorgänge, 1973, fasc. 1, p. 45 ss.

8. Cf. D. BLASIUS, *Bürgerliche Gesellschaft und Kriminalität*, Göttingen 1967; T. BERGER, *Die Konstante Repression*, Frankfurt a. M., 1974; P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*. V. I, *Da Hobbes a Bentham*, Milão 1974; I. ME-REU, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia liberale (1852-1894)*, in M. CIACCI e V. GUALANDI (ed.), *La costruzione della devianza*, cit., p. 290 ss. Pode-se citar deste ponto de vista a recente edição alemã e a edição italiana em processo de lançamento da clássica obra de G. RUSCHE e H. KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, N. York 1939, (2ª edição, Nova York 1968).

9. Cf. G. RUSCHE e H. KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, cit.; M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris 1975; D. MELLOSSI e M. PAVARINI *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bolonha, 1977.

10. Refiro-me a mecanismo, como aquele processo de "distanciamento social" que interrompe e diminui os contatos entre os cidadãos "normais" e os estigmatizados ou entre estes e suas famílias e a defesa de coalizão, que impede a formação da solidariedade ativa entre cidadãos normais e os estigmatizados e entre eles mesmos. Como referência a uma investigação preliminar feita nesse âmbito: *Soziale Reaktion auf abweichendes Verhalten mit besonderer Berücksichtigung des nicht-institutionellen Bereichs*, cit.; cf. G. SMAUS, *Teorie del senso comune sulla criminalità e marginalizzazione. Una inchiesta sulla popolazione tedesca*, *La Questione Criminale*, 1977 p. 137 ss.

condutas desviantes juvenis, da assistência social, etc. Esta representa, geralmente, a consolidação de uma carreira criminosa. Ao invés de ser a resposta de uma sociedade honesta a uma minoria criminosa (representação aceita pelas maiorias silenciosas de todos os países e facilmente instrumentalizável nas campanhas de "lei e ordem"), o cárcere é, basicamente, o instrumento essencial para a criação de uma população criminosa recrutada quase que exclusivamente nas fileiras do proletariado e separada da sociedade, com as consequências não menos graves da classe. Na demonstração dos efeitos marginalizantes do cárcere e da impossibilidade estrutural da instituição carcerária assumir a função de reeducação e de reintegração social, que a ideologia penal lhe atribui, concorre a observação histórica que demonstra o substancial fracasso de toda reforma de tal instituição, com relação ao alcance do objetivo declarado; bem como vastíssima literatura sociológica amplamente baseada na investigação empírica.¹¹

II

As observações feitas sobre o desenvolvimento da perspectiva criminológica e da crítica do direito penal podem ser resumidas em quatro indicações teóricas, das quais se depreendem outros tantos princípios orientadores para uma política criminal alternativa.

1. — A primeira indicação teórica é a introdução do problema da conduta desviante e da criminalidade, na análise da estrutura geral da sociedade. Se nos referimos à sociedade capitalista, isso significa, sobretudo, interpretar *separadamente* os fenômenos de desvio da conduta que se verificam nas classes subalternas e aqueles que se apresentam nas classes dominantes (criminalidade econômica, criminalidade dos detentores do poder, grande criminalidade organizada). Os primeiros são expressões específicas das condições que caracterizam a dinâmica das relações de produção e de distribuição, numa determinada fase do desenvolvimento da formação econômico-social, na maior parte dos casos uma resposta inadequada, individual e irracional, àquelas contradições por parte dos indivíduos socialmente em desvantagem.¹²

Os segundos devem ser estudados à luz da relação funcio-

11. Para um exame sistemático dos estudos e da literatura americana cf. S. HARBORDT, *Die Subkultur des Gefängnisses. Eine soziologische Studie zur Resozialisierung*, Stuttgart 1972; P. e T. MORRIS, *Pentoville. A Sociological Study of an English Prison*, Londres 1963; K. WEIS, *Zur Subkultur des Strafanstalts* in A. D. SCHWIND e G. BLAU (eds.) *Strafvollzug in der Praxis. Eine Einführung in die Probleme und Realitäten des Strafvollzuges und der Entlassenenhilfe*, Berlin e Nova York 1976; A. BARATTA, *Sistema penale ed emarginazione sociale*, cit.
12. Cf. F. WERKENTIN, M. HOFFERBERT e M. BAURMANN, *Kriminologie als Polizeiwissenschaft oder: Wie alt ist die neue Kriminologie?* *Kritische Justiz*, 1972, p. 221 ss.

nal intercorrente entre processos legais e processos ilegais de acumulação e da circulação do capital e entre esses processos e a esfera política.

A consequência prática fundamental dessa indicação teórica se expressa numa distinção programática entre *política penal* e *política criminal*, entendendo-se pela primeira uma resposta à questão criminal circunscrita ao âmbito do exercício da função punitiva do Estado (lei penal e sua aplicação, execução da pena e das medidas de segurança) e a segunda como política de transformação social e institucional no sentido amplo. Uma política criminal alternativa é aquela que escolhe decididamente esta segunda estratégia com todas as consequências do conhecimento, cada vez mais claro, dos limites do instrumento penal. Entre todos os instrumentos da política criminal, o direito penal é em última análise o mais inadequado.

A perspectiva de fundo dessa política criminal é radical, porque descende de uma teoria que reconhece, que a questão penal não está ligada somente a contradições que se expressam sobre o plano das relações de distribuição e que, por isso, não é possível resolvê-la¹³, atuando somente sobre estas relações, senão que é necessário atuar sobre todas as condições estruturais próprias dessas relações sociais de produção. Por isso, uma política criminal alternativa coerente com sua base teórica, não pode ser uma política de "substitutivos penais", que permaneçam limitados a uma perspectiva vagamente reformista e humanitária, mas, sim, uma política de grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, das formas de vida comunitárias e civil alternativas e mais humanas, do contra-poder proletário, em vista da transformação radical e da superação das relações sociais de produção capitalistas.

2. — A segunda indicação teórica se refere à desigualdade, como característica e função do direito penal. A consequência política da crítica do direito penal desigual tem dois aspectos. O primeiro se refere à ampliação e ao reforço da tutela penal em setores de interesse essencial para a vida dos indivíduos e da comunidade: a saúde, a segurança do trabalho, a integridade ecológica, etc. Trata-se de dirigir os mecanismos de criminalização para a criminalidade econômica, os desvios criminosos dos órgãos e corpos do Estado, a grande criminalidade organizada. Trata-se ao mesmo

13. O pensamento reformista que crê poder resolver os grandes problemas sociais atuando sobre as relações de distribuição, como se essas pudessem ser modificadas independentemente das relações de produção, o que é criticado por MARX, na "*Crítica ao programa de Gotha*" e nos "*Grundrisse*", é recorrente do correccionalismo típico da sociologia criminal liberal dependente também do aproveitamento etiológico com que ela estuda o fenômeno criminal.

tempo, de assegurar uma maior representação processual em favor dos interesses coletivos.¹⁴

Também, na perspectiva de um tal "uso alternativo" do direito penal, é, necessário evitar uma super-valorização de sua idoneidade e dar, ao contrário, a justa importância neste campo, aos meios alternativos de controle, não menos rigorosos, que podem em muitos casos ser mais eficazes. É necessário evitar, ademais, cair numa política reformista e, ao mesmo tempo, "panpenalista", que consista numa simples extensão do direito penal ou em ajustes secundários de seu âmbito uma política que poderia produzir, também, uma confirmação da ideologia da defesa social e uma ulterior legitimação do sistema repressivo tradicional, estendido em forma global.

O segundo aspecto, que considero ainda mais importante que o primeiro, se refere, ao contrário, a uma obra radical e cheia de ânimo de não penalizar, de contração ao máximo do sistema punitivo, com a exclusão do mesmo de inumeráveis setores que são angustiantes, especialmente naqueles códigos, como o italiano que surgiram de uma concepção autoritária e ética do Estado, tais como, os delitos de opinião, os delitos sexuais, o ultraje, o aborto, etc.¹⁵ Mas, sobretudo, trata-se de aliviar a pressão do sistema punitivo sobre as classes subalternas e os efeitos negativos dessa pressão no destino dos indivíduos e na unidade da classe trabalhadora, que o sistema penal concorre para separar drasticamente nas fases marginais.

A estratégia da despenalização significa, também, a substituição de formas de controle legal não estigmatizantes (sanções administrativas ou civis) das sanções penais e, mais ainda, a rapidez de processos alternativos de socialização, do controle da conduta desviante, isto é, a transferência dessa função do Estado para a sociedade (comunidades locais, conselhos distritais, de fábrica, etc.), nos casos de infrações de menor gravidade. Porém, a estratégia da despenalização significa, sobretudo, a abertura de maiores espaços de aceitação social da conduta desviada.

Finalmente, entra de novo nesta tarefa uma política criminal alternativa relativamente ao direito penal, uma reforma profunda do processo, da organização judiciária, da polícia, com o fim de democratizar esses setores do aparelho punitivo do Estado, para contrariar, dessa maneira, os fatores da criminalidade seletiva operantes a esses níveis institucionais.

3. — A terceira indicação se refere à particular função do

14. Cf. F. SGUIBBI *Tutela penal de los intereses difusos*, cit.; F. BRICOLA, *Partecipazione e giustizia penale. Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, *La Questione Criminale*, 1976 p. 7 ss.

15. Cf. L. FERRAJOLI e D. ZOLO, *Marxismo e questione criminale*, 1977, pp. 197 ss.

cárcere no sistema de desigualdade. Uma análise realista e radical das funções efetivas desempenhadas pelo cárcere, a comprovação do fracasso dessa instituição em relação com os fins de controle da criminalidade e da reintegração do infrator à sociedade, da incidência que esta tem, não só no processo de marginalização dos indivíduos mas, também, no enfraquecimento das fases marginais da classe trabalhadora, somente nos pode conduzir à individualização do objetivo final da estratégia alternativa: este objetivo é a abolição da instituição carcerária.¹⁶ A demolição dos muros do cárcere tem, para a nova criminologia, o mesmo significado programático, que a dos muros do manicômio tem para a nova psiquiatria.

As faces de aproximação a este objetivo são múltiplas e politicamente diferenciadas. Constituem-se pela extensão do sistema de medidas alternativas, por uma ampliação das formas de suspensão condicional e da liberdade condicional, pela introdução de formas de execução da pena privativa da liberdade em regime de semi-liberdade, pela experiência animada e pela extensão do regime de permissões, enfim, por uma revalorização do trabalho carcerário em todos os sentidos. Porém, o mais importante é a abertura do cárcere no sentido da sociedade através da colaboração das entidades locais e, mais ainda, através da colaboração dos detidos e de suas associações, com as organizações do movimento dos trabalhadores objetivando limitar as consequências que a instituição carcerária tem sobre a divisão artificial da classe, de reintegrar o condenado à classe e, através do antagonismo da classe, à sociedade.¹⁷ Esta é a alternativa que existe face ao mito burguês da reeducação e da reintegração do condenado. Se as condutas desviantes criminosas de indivíduos pertencentes às classes subalternas podem ser interpretadas, a meu ver, como uma resposta individual e por isso "não política" às condições impostas pelas relações de produção e distribuição capitalistas, a verdadeira "reeducação" do condenado é aquela que transforma uma reação individual e irracional, em consciência e ação política dentro do movimento da classe. O desenvolvimento da consciência da própria condição de classe e das contradições da sociedade, por parte do condenado, é a alternativa posta à concepção individualista e ético-religiosa da expiação, do arrependimento, da *Sühne* (castigo).

16. Cf. T. MATHIESEN, *The politics of Abolition. Essays in Political Action Theory*, *Scandinavian Studies in Criminology*, v. 4, 1974, sobre as discussões recentes sobre o tema I. TAYLOR e J. YOUNG, *The Mathieson-Greenberg Debate*, relatório apresentado ao convênio da *European Group for the Study of Deviance and Social Control*, Barcelona 1977.

17. Em relação com esta perspectiva deveria examinar-se, também, criticamente, à luz das primeiras experiências, a inovação trazida pela recente reforma aprovada na Alemanha *Strafvolzugsgesetz* 16 marzo 1976, e na Itália Lei 26 de julho 1975 n. 355. Cf. sobre esta última os ensaios de G. NEPI MODONA e de G. INSOLERA, publicados nos fascículos 2 e 3, de *La Questione Criminale*, 1976, e ademais o segundo dos cadernos desta revista, aos cuidados de F. BRICOLA, 1977. Interessante, neste sentido, é também, a lei de 26 de junho de 1975, n.º 354, que prevê algumas medidas alternativas. Cf. a propósito desta o ensaio de F. BRICOLA, publicado na *Questione Criminale*, 1976, p. 373 e ss.

4. — A quarta indicação se refere, finalmente, à função da opinião pública e dos processos ideológicos e psicológicos que se realizam, como base e legitimação do direito penal desigual. Ao conceito de opinião pública, em sentido amplo, podem-se referir antes de tudo, os estereótipos de criminalidade e as definições e “teorias do sentido comum” sobre esta.¹⁸ Estas ativam os processos informais de reação à conduta desviante e à criminalidade,¹⁹ e em parte integram os processos ativados pelas instâncias oficiais, concorrendo para realizar seu efeitos (pode-se recordar a propósito o mecanismo da “distância social”). Em segundo lugar, a opinião pública entendida no sentido de “comunicação política de base”,²⁰ é portadora da ideologia dominante, que legitima o direito penal, perpetuando deste, uma imagem fictícia dominada pelo mito da igualdade. Ademais, é a nível da opinião pública (entendida em sua acepção psicológico-social) que se têm efetivado aqueles processos de projeção da culpa e do mal, nos quais se realizam funções simbólicas da pena e que foram analisadas, particularmente, pela teoria psicanalítica da sociedade punitiva.²¹ Como essas análises demonstraram, a pena atua como elemento de integração do corpo social produzindo sentimentos de unidade em todos aqueles que são somente espectadores da mesma e procurando, dessa forma, uma consolidação das relações de poder existentes.

Na opinião pública, finalmente, se realizam, através dos “*mass media*” e da imagem de criminalidade que estes transmitem, processos de indução de *alarma social* que, em certos momentos de crise do sistema de poder, são diretamente manipulados pelas forças políticas interessadas no curso das chamadas campanhas de “lei e ordem” que, também, independentemente dessas campanhas limitadas no tempo, realizam uma ação permanente de conservação do sistema de poder, obscurecendo a consciência de classe, produzindo a falsa representação de uma solidariedade que une a todos os cidadãos na luta contra o “inimigo interno”.²² A uma campanha de “lei e ordem” assistimos hoje, na Itália e na Alemanha, por ocasião de graves episódios de terrorismo político. A clara finalidade de tal campanha

18. Cf. G. SMAUS, *Teorie del senso comune*, cit.

19. Cf. E. RUBINGTON e M. S. WEINBERG, (eds.), *Deviance. The Interactionist Perspective*, Nova York e Toronto, 1968; J. D. DOUGLAS, (ed.), *Deviance and Respectability. The Social Construction of Moral Meanings*, Nova York e Londres, 1970.

20. J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied 1962; C. SCHMIDCHEN, *Die Befragte Nation. Über den Einfluss der Meinungsforschung auf die Politik*, Freiburg i. Br. 1959, p. 236 ss.; W. HENNIS, *Meinungsforschung und repräsentative Demokratie, Recht und Staat* n. 200-201, Tübingen 1957.

21. Cf. P. REIWALD, *Die Gesellschaft und ihre Verbrecher*, preparada por H. JÄGER e T. MÜLLER, Frankfurt a. Main, 1973; H. OSTERMEYER, *Strafrecht und Psychoanalyse*, Munique 1972. Para outras indicações cf. A. BARATTA, *Criminologia liberale e ideologica della difesa sociale*, cit., p. 33 e ss.

22. Cf. S. COHEN, *Folk Devils and Moral Panics. The Creation of the Mods and Rockers*, Londres 1972; S. COHEN e J. YOUNG (eds.) *The Manufacture of News. Deviance, Social Problems and the Mass Media*, Londres, 1973.

é a de sobrepor à imagem de desacordo do sistema político, a imagem do terrorismo, concorrendo de tal maneira para a criminalização do desacordo e, mais em geral, para a legitimação do abandono das garantias constitucionais e processuais existentes para a tutela do cidadão com referência à função punitiva do Estado.

Se se pensa na importância desses mecanismos no que tange à opinião pública, para a legitimação do sistema penal e na produção dos seus efeitos diretos e indiretos, e se se observa o que a classe trabalhadora seria no que se refere a uma representação da criminalidade e do sistema penal, subalterna a uma ideologia que corresponde aos interesses das classes dominantes, é possível entender o quanto são eles essenciais para uma política criminal alternativa no campo da conduta desviante e da criminalidade. Trata-se, também, nesse terreno, como em tantos outros, de dar um giro às relações de hegemonia cultural, com um decisivo trabalho de crítica ideológica, de produção científica, de informação. Seu resultado deve ser o de prover à política criminal alternativa uma adequada base ideológica, sem a qual esta se encontra destinada a permanecer como uma utopia de intelectuais progressistas. Com este fim é necessário promover uma discussão de massa, no seio da sociedade e da classe trabalhadora, em torno da questão criminal.

De tudo que se disse até agora, fica claro que a linha fundamental de uma política criminal alternativa se encontra dirigida para a perspectiva da máxima contração, e finalmente, a superação do sistema penal que se vem configurando ao lado do desenvolvimento da sociedade capitalista, como um sistema capilar e totalizante de controle da conduta desviante, através de instrumentos repressivos, administrados por uma autoridade superior e distante das classes sobre as quais esse aparato repressivo, geralmente, exerce sua ação. Ao falar de superação do direito penal é necessário precisar dois pontos: O primeiro é que a contração ou “superação” do direito penal deve ser, contração e superação da pena, antes de ser superação do direito que regula seu exercício. Seria muito perigoso para a democracia e para o movimento operário cair na armadilha que hoje lhe foi armada e deixar de defender o regime das garantias legais e constitucionais que regulam o exercício da função penal no estado de direito. Nenhum compromisso deve ser feito sobre esse ponto com determinadas forças da burguesia que, por motivos estruturais muito precisos, estão hoje em dia interessados em fazer “concessões” ou em dar passos atrás sobre as conquistas do direito burguês e do estado burguês de direito.

O segundo ponto é que, se bem que seja certo que falar em superação do direito penal não significa, certamente, negar a existência de formas alternativas de controle social da conduta desviante, que não é uma experiência exclusiva da sociedade capitalista, é igualmente certo que a distância entre os diversos tipos de sociedade

se mede com base nos limites dentro dos quais uma sociedade permite o desvio da conduta e isto não só com base nas formas autoritárias ou não-autoritárias que utilize. Também e sobre esse ponto de vista fica reafirmada a distância que separa a sociedade capitalista do modelo de uma sociedade socialista. A sociedade capitalista é uma sociedade baseada na desigualdade e na subordinação; a socialista, ao contrário, é uma sociedade livre e igualitária. Tal se vê reafirmado, como ponto de vista crítico, não somente a respeito da sociedade na qual vivemos, mas, também, relativamente às experiências históricas atuais do socialismo "real".

Como conclusão a esta dissertação, desejaria chamar a atenção sobre uma relação de caráter fundamental, entre relações de desigualdade e exigências de repressão. Na medida em que uma sociedade é desigual terá esta necessidade, de um sistema de controle do desvio da conduta, do tipo repressivo como o realizado através do aparato penal do direito burguês. Se o direito penal é um instrumento de produção e reprodução das relações de desigualdade, de conservação da escala social vertical e das relações de subordinação, de exploração do homem pelo homem, então, não devemos duvidar em anunciar o modelo da sociedade socialista, como o modelo de uma sociedade que pode fazer mais, com menos direito penal e menos cárcere.

De resto, desta perspectiva radical de uma política criminal alternativa não faltam notáveis antecipações na cultura burguesa mais iluminada. GUSTAV RADBRUCH, um grnde idealista social democrata, ao mesmo tempo que um profundo conhecedor da história e dos limites do direito penal burguês escreveu que a melhor forma do direito penal seria a de substituí-lo, não com um direito penal melhor, mas, com qualquer outra coisa que fosse melhor.

Sabemos que substituir um direito penal por qualquer outra coisa melhor, poderia ocorrer, uma vez que tenhamos substituído nossa sociedade por outra sociedade melhor; porém, não devemos perder de vista o fato de que, uma política criminal alternativa e a luta ideológica e cultural que esta pressupõe, deve-se realizar com objetivos para a transição a uma sociedade que não tenha necessidade do direito penal burguês pelo que, na fase de transição, deverão se realizar todas as conquistas possíveis para a reapropriação, por parte da sociedade, de um poder alienado, ao desenvolvimento de formas alternativas de auto-gestão da sociedade, também, no campo do controle da conduta desviante. Este é, igualmente, um aspecto importante no qual é possível medir o nível alcançado pela democracia na luta pela transformação das relações de poder e de hegemonia numa sociedade: a sociedade volta a se apropriar de sua própria conduta desviante e administra diretamente o controle da mesma.

Igualmente importante é ter em conta que, numa sociedade livre e igualitária, assim como no desenvolvimento que conduz até ela, não basta somente substituir a gestão autoritária por uma gestão social de controle da conduta desviante, mas, sim, que o próprio conceito de conduta desviante perde progressivamente sua conotação normativa, para recuperar funções e significados diferentes e, não, exclusivamente negativos. Se se utiliza um conceito positivo de conduta desviante e, não, somente um conceito negativo poder-se-ia afirmar que a sociedade igualitária é aquela que deixa o máximo de espaço à conduta desviante positiva, porque desvio, em sentido positivo, quer dizer diversidade. A sociedade desigual é aquela que teme e reprime o diverso, porque a repressão do diverso nos sistemas normativos particulares, como a moral, a religião, a escola, a família, tem sido uma técnica essencial para a conservação da desigualdade e do poder alienado. Porisso, na medida em que uma sociedade seja mais desigual, assim, também, será a inflação de definições negativas da conduta desviante.

A sociedade igualitária é aquela que deixa o máximo de liberdade à expressão do diverso, porque a diversidade é, exatamente, o que a igualdade garante; isto é, a expressão mais ampla da individualidade de cada homem e a conseqüente maximalização na contribuição criativa e crítica do homem para a edificação e para o enriquecimento de uma sociedade de "livres produtores", na qual os homens não se encontrem disciplinados como simples portadores de papéis, mas, sim, que sejam respeitados como portadores de capacidade e de necessidades positivas. Em uma passagem famosa da "Crítica ao Programa de Gotha". MARX expressou a superação do direito desigual, em uma sociedade de iguais, em uma fórmula que quero recordar "de cada um segundo sua capacidade e a cada um segundo suas necessidades". Nessa citação se encontra inclusa, também, a idéia guia para a crítica do direito penal e para uma política penal alternativa.

NOTAS SOBRE A PROVA NO PROCESSO PENAL

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO

1. O estudo da prova no processo penal apresenta particular interesse para os que se ocupam com a justiça criminal, merecendo análise alguns aspectos que têm sido objeto de controvérsia na doutrina e na jurisprudência. É a prova que decide o processo. Ao julgador se submete a imputação feita ao réu, da prática de um fato punível. Constitui prova todo elemento capaz de proporcionar ao juiz o conhecimento da existência histórica do fato e de sua autoria. Trata-se de buscar a verdade real, para alcançar a certeza sobre o fato atribuído ao acusado. Como diz SABATINI, estar certo significa formar idéia clara de um objeto e considerá-la conforme a este. Enquanto a verdade é um real objetivo, a certeza está em nós, como persuasão de que a idéia corresponde ao objeto¹.

Objeto da prova

2. Como o crime é a ação (ou omissão) típica, antijurídica e culpável, objeto da prova é, primariamente, o que se refere aos elementos constitutivos do crime: I. a ação (ou omissão) típica (correspondente à definição legal do fato punível), em seu aspecto objetivo (tipo objetivo) e em seu conteúdo subjetivo (tipo subjetivo; dolo e especiais fins ou motivos de agir exigidos pela definição do delito); II. a antijuridicidade, revelada, em regra, por via negativa: é antijurídica a ação (ou a omissão) se não houver causa de justificação (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, etc.); III. a culpabilidade (que depende da imputabilidade e da consciência da ilicitude, excluindo-se pelo erro e certas situações que tornam inexigível conduta diversa). Objeto primário da prova é, portanto, o que constitui ou exclui qualquer dos elementos ou características do fato punível imputado ao réu, que constitui o **thema probandum**.

¹ — SABATINI (G.), *Teorie delle prove nel Diritto Giudiziario Penale*, Catanzaro, 1911, II, 19.

3. Objeto da prova são também os **indícios** (que guardam relação indireta com o que constitui o delito) e **elementos auxiliares** da utilização e valoração dos meios de prova (prova sobre a prova)². Nesta última categoria aparecem, como fatos relevantes, por exemplo, a prova de que uma testemunha é parcial por suas vinculações com a vítima ou com o réu; a prova de que a confissão foi obtida por violência, etc.

4. São, finalmente, objeto da prova, os elementos que se referem à **medição da pena**, como, por exemplo, as circunstâncias do crime, e a personalidade do agente³.

5. O art. 352 CPPM esclarece que a testemunha deve relatar "o que sabe ou tem razão de saber a respeito do fato delituoso narrado na denúncia e circunstâncias que com o mesmo tenham pertinência". Tem pertinência com o fato tudo o que se relaciona com o processo, como se pode ver pelo que dispõe o art. 212 CPP comum ("O Juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo"). Tem relação com o processo tudo o que pode ser objeto de prova⁴.

Princípio do livre convencimento

6. Vigora no processo penal moderno o princípio da **verdade real**, que corresponde à busca da certeza sem obstáculos ou limitações legais na valoração da prova (sistema do livre convencimento). É o sistema de nosso direito (art. 157 CPP; art. 297 CPPM).

No direito primitivo vigorava o sistema da **íntima convicção**, segundo o qual o juiz julga de acordo com sua certeza moral sobre o fato, não havendo prescrição legal sobre a admissibilidade ou a

2 — Cf. EBERHARD SCHMIDT, *Deutsches Strafprozessrecht*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, 83 (*Hilfstatsachen*). Veja-se também EDUARD KERN, *Strafverfahrensrecht*, Munique e Berlim, Beck, 1967, 102.

3 — A personalidade do agente é sempre de fundamental importância no processo penal. Os tratadistas da prova a consideram como valioso *indício* de capacidade moral para o delito. Cf. MALATESTA, *A lógica das provas em matéria criminal*, trad., São Paulo, Saraiva, 1960, I, 244; F. GORPHE, *L'appréciation des preuves en justice*, Paris, Sirey, 1947, 316. MITTERMAIER, *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, Trad., Madri, Reus, 1929, 313, lembra que a Constituição Criminal de Carlos V (1532) determinava que o juiz procurasse obter os informes necessários para saber se o acusado era capaz de ter cometido o crime.

4 — Achar-se em julgamento perante o STM correições parciais interpostas contra decisão do Conselho Permanente da 1ª Auditoria da Aeronáutica da 1ª CJM, que indeferiu as perguntas feitas a testemunhas sobre a prisão e violências a que haviam sido submetidas no curso do inquérito. Os acusados alegavam que as confissões prestadas por eles no inquérito foram obtidas mediante coação, tendo sido as testemunhas submetidas às mesmas violências que sofreram. O cerceamento de defesa é manifesto.

produção das provas e sua valoração. A sentença não precisa ser motivada⁵.

A esse sistema, e, precisamente pelos abusos a que dá lugar, sucedeu o sistema da **prova legal**, segundo o qual a própria lei estabelece regras obrigatórias não só sobre a admissibilidade e o objeto, como também (e isso é que é característico do sistema) sobre a valoração das provas. O sistema das provas legais foi instituído para garantir a apuração da verdade, eliminando o arbítrio do julgador. Como nota MAURO CAPPELLETTI, as velhas regras de prova legal, se apresentavam como regras para uma melhor procura da verdade: o valor que pretendiam salvaguardar, impondo-se ao juiz de forma vinculante, era, portanto, um valor de verdade⁶.

7. O princípio do livre convencimento tem a sua margem de risco. Como diz LEONE, ele é certamente uma conquista, mas, também, um perigo. É isto porque pode transformar-se em arbítrio, confundindo o juiz a certeza que deve ser alcançada **sub specie universalis**, ou seja, a certeza objetiva e demonstrada, com base na prova, de que todos devem participar, com a **certeza subjetiva** ou íntima convicção, insuficiente⁷. Retomando o tema, em outro trabalho⁸, ensina LEONE que o princípio do livre convencimento não pode e não deve significar para o juiz a liberdade de substituir a prova por sua mera opinião, conquanto honesta. Livre convencimento não significa arbítrio. Como diz UMBERTO DEL POZZO, não pode ele conduzir à arbitrária substituição da acurada busca da verdade, em termos objetivos e gerais, por um apodítica afirmação de "convencimento"⁹.

A **Exposição de Motivos** do CPP dispõe: "Nunca é demais, porém, advertir que **livre convencimento** não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de **preconceitos legais** na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo".

5 — Os jurados julgam por íntima convicção e sua decisão só não prevalece se for manifestamente contrária à prova dos autos. Sobre o alcance dessa fórmula, cf. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, São Paulo, Bushatsky, 1978, nº 320.

6 — MAURO CAPPELLETTI, *Ritorno al sistema della prova legale?* Riv. It. Diritto e Proc. Penale, 1974, 139.

7 — G. LEONE, *Spunti sul problema della prova nel processo penale*, no vol. *Studi in memoria di F. Grispiñi*, Milão, Giuffrè, 1954, 324. A exigência de motivação separa a íntima e a livre convicção.

8 — G. LEONE, *Istituzioni di Diritto Processuale Penale*, Nápoles, Jovene, 1965, II, 41.

9 — UMBERTO DEL POZZO, *Appunti preliminari per una teoria della probabilità nel processo penale*, no vol. em homenagem a Antolisei (*Studi in onore di Francesco Antolisei*, Milão, Giuffrè, 1965, I, 445). Em seu voto, no julgamento do HC 40.609, com precisão afirmou o Min. EVANDRO LINS E SILVA: "É questão de direito definir o campo da livre apreciação das provas, para anular decisão calçada em dados meramente subjetivos, fruto de convicção íntima, haurida de elementos probatórios *indiretos*, para fazer prevalecer a prova direta, resultante de documento escrito". Cf. HELENO C. FRAGOSO, "Jur. Crim.", cit., nº 271.

Convém, portanto, advertir quanto à arbitrária ampliação do “livre convencimento”, que não constitui, como advertia CARMIGNANI, uma “panaceia” do processo penal¹⁰. Livre convencimento significa que a operação cognoscitiva do julgador não tolera, em via de princípio, limites de método e que a valoração das provas deve ser feita segundo a experiência do juiz, “mas a prova continua sendo sempre uma entidade jurídica, da qual são fixadas as condições de admissibilidade e modo de formação”¹¹.

8. O livre convencimento está limitado, em princípio, pela legalidade na formação e na admissão da prova. Sobre isto não pode haver dúvida. Eis a perfeita lição de NUVOLONE: “O princípio do livre convencimento significa o princípio pelo qual o juiz não está vinculado a um sistema de provas legais (pelo qual certos fatos só podem ser provados com determinados meios e pelo qual certas provas não podem ser infirmadas por outras); mas não significa que o juiz não esteja vinculado à legalidade na escolha da prova e na sua admissão”¹².

Admissibilidade da prova

9. A valoração da prova realiza-se em diferentes etapas, correspondentes a juízos de admissibilidade, relevância e veracidade. A admissibilidade constitui um juízo preliminar sobre a possibilidade de que apresenta determinado elemento de convicção, para integrar o conjunto da prova sobre o qual o juiz formará o seu convencimento. Relevante é tudo o que, como elemento de prova, possa ser considerado para a decisão e, conseqüentemente, para a motivação.

Inadmissível é a prova vedada pelo direito, seja porque em sua formação ou produção foram violadas regras legais dispostas a garantir a autenticidade, seja porque está em desacordo com princípios gerais do próprio processo ou da Constituição, destinados a assegurar outros valores de maior significação. Ensina CORDERO

10 — CARMIGNANI, *Saggio teorico e pratico sulla fede giuridica e sui vari metodi nelle materie penale*, Scritti Inediti, Luca, 1853, VI, 323. FRANCO CORDERO, *Diatriba sul processo Accusatorio*, no vol. *Ideologie del processo penale*, Milão, Giuffrè, 1966, 212, também observa que a fórmula do livre convencimento tornou-se uma das mais ambíguas de nosso repertório, conduzindo a autêntica “superstição”.

11 — MASSIMO NÓBILI, *Lecture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*, Riv. It. Diritto e Proc. Penale, 1971, 277.

12 — NUVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale*, no vol. *Trent' Anni di Diritto e Procedura penale*, Milão, Giuffrè, 1969, 501. No mesmo sentido, incisivamente, CORDERO, ob. cit., (nota 10), 213, que acrescenta: “Insomma, la valutazione libera non esclude e anzi normalmente presuppone certi limiti legali relativi prima all'ammissione e poi al modo di costituzioni della prova”. MASSIMO NÓBILI, *La Prova testimoniale: orientamenti giurisprudenziale e prospettive di riforma*, *Indice Penale*, VII 2 (1973) 236: “o sistema do livre convencimento, do ponto de vista gnoseológico representa apenas a recusa a um sistema predeterminado de valorações abstratas e de hierarquia probatória”.

que a inadmissibilidade se deduz de limites intrínsecos ao processo, embora não explicitamente previstos, mas elaborados através da interpretação.¹³ NUVOLONE esclarece que a proibição pode defluir da lei processual ou de lei diversa da processual (como, por exemplo, a constitucional ou a penal): pode ser expressa ou pode ser deduzida implicitamente dos princípios gerais.¹⁴ Inadmissível é, em síntese, a prova ilegalmente formada ou produzida ou a prova que legalmente não pode ser valorada para a decisão.¹⁵

10. O art. 295 CPPM dispõe: “É admissível, nos termos deste código, qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares”. Essa regra geral de admissibilidade reporta-se às limitações estabelecidas pela própria lei processual quanto à legalidade na formação ou na produção da prova, pois se refere à prova admissível nos termos deste código. Limitações podem, no entanto, surgir, igualmente, de princípios constitucionais, que dominam, por sua hierarquia, todo o ordenamento jurídico.¹⁶

11. O CPP comum, no art. 155, proclamando o princípio da liberdade da prova, esclarece que “somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”. Essa regra invoca limitações de natureza civil, que não excluem as que defluem, logicamente, do próprio sistema e da Constituição.

A limitação relativa ao estado civil das pessoas prevalece apenas se dela depender a decisão da causa (art. 92 CPP). Outras proibições expressas são encontradas na lei. Assim, o art. 207 CPP declara inadmissível o depoimento de “pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se desobrigadas pela parte interessada, quizerem dar seu testemunho”. Cf., no mesmo sentido, art. 355 CPPM.

O art. 233 CPP dispõe que “as cartas particulares interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo”. Mais incisivo, a propósito, o art. 375 CPPM: “A correspondência particular interceptada ou obtida por meios criminosos, não será

13 — FRANCO CORDERO, *Prove illecite*, no vol. *Tre studi sulle prove penali*, Milão, Giuffrè, 1966, 162.

14 — NUVOLONE, ob. cit., (nota 12), 506. Cf. também EB. SCHMIDT, ob. cit. (nota 2), 99.

15 — FRANCO CORDERO, ob. cit. (nota 13), 148: “Il legislatore entrerebbe in contraddizione con se stesso, se consentisse di valutare le prove d'origine illecita”.

16 — Nesse sentido é muito expressiva a doutrina alemã. Veja-se, particularmente, HANS-HEINRICH RUPP, *Beweisverbot im Strafprozess in Verfassungsrechtlichen Sicht*, no vol. *Verhandlungen des Sechshundvierzigsten deutschen Juristentags*, Bd. I, Munique e Berlim, Beck, 1966. Cf. também AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, Riv. It. Dir. Proc. Penale, 1973, 338.

admitida em juízo, devendo ser desentranhada dos autos se a estes tiver sido junta, para a restituição à seus donos”.

12. A cláusula geral do art. 295 CPPM não se limita na legalidade. Veda também a prova que atente contra a moral. As dificuldades exegéticas dessa regra, como em geral ocorre com todos os elementos normativos, que dependem de particular valoração do julgador, não podem ser disfarçadas. Mas é bom que se proclame que a atividade investigatória do Estado encontra barreira intransponível na moralidade dos meios de prova. Como dizia CARRARA, “il principio che proscrive l'imoralità dei mezzi é preambolo e quasi pregiudiziale al principio che vorrebbe il perfetto trionfo del vero”¹⁷

Declara, também, inadmissível, o art. 295 CPPM, a prova que atente “contra a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares”.¹⁸

13. Declara-se, assim, em linha de princípio inadmissível a prova ilegal.

Decidindo o Rec. Extraordinário nº 85.439, a 2ª Turma do STF, relator o eminente Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, afirmou que a gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher é prova inadmissível em processo judicial, por não ser meio legal nem moralmente legítimo (RTJ 84/609). A ilegalidade, no caso, deflui do que dispõe o CP e o Cód. Brasileiro de Telecomunicações.

No regime da *common law* é antigo o entendimento no sentido da exclusão da prova ilegalmente obtida. Nos Estados Unidos, a Corte Suprema vem afirmando há longo tempo que os privilégios constitucionais da quarta emenda (sobre busca e apreensão ilegal) e da quinta emenda (*privilege against self incrimination*) prevalecem em relação às investigações policiais, determinando a exclusão da prova formada ou produzida ilegalmente. Essa conclusão foi sustentada pelos juizes BRANDEIS E HOLMES como imperativo da integridade judiciária. BRANDEIS dizia: “Um juiz digno desse nome não pode, no momento em que condena o autor de um crime e assim reafirma o império da lei, utilizar as provas da culpabilidade que alguém tenha obtido violando a lei. Cometendo crimes ou servindo-se do fruto de crimes cometidos por outros, a autoridade ensina o desprezo pela lei e encoraja a anarquia. Declarar que na repressão dos crimes os fins justificam os meios, ou seja, que o

17 — CARRARA, *Un dubbio sulla rivelazione dei segreti*, Opuscoli, V, 551.

18 — Não nos parece que essa cláusula torne ilegal a perícia feita por maiores num processo penal em que são acusados gerais, como já se pretendeu.

juiz pode valer-se da prática de um crime para reprimir outro, teria efeitos desastrosos para nossa sociedade”.¹⁹

A exclusão da prova ilegal faz-se também com fins preventivos. Sabendo que a prova não vai ser apresentada em juízo se for obtida ilegalmente, a autoridade abstem-se de agir violando a lei²⁰.

Já deixamos consignadas várias hipóteses de prova ilegal, mas destacaremos, por sua particular significação certas limitações, relacionadas com a prova ilegalmente formada ou produzida, com o exame de corpo de delito, com o inquérito policial e a confissão.

Prova ilegalmente formada ou produzida

14. A questão da legalidade da prova surge em numerosas situações, e seria impossível tentar uma enumeração, mesmo aproximativa.

15. É ilegal o reconhecimento de pessoas que desobedece às regras dos arts. 226 CPP e 368 CPPM. As formalidades de que se cerca o reconhecimento de pessoas são, em certa medida, a própria garantia da viabilidade do reconhecimento como prova. Através delas procura-se diminuir a larga margem de erro que os conhecimentos em geral apresentam.

O STF, no julgamento do HC 47.465, relator o eminente Min. ALIOMAR BALEEIRO, por unanimidade, declarou que o reconhecimento deve obedecer imperativamente à forma imposta pelo art. 226 CPP (RTJ 52/467). Já anteriormente, o tribunal havia declarado a nulidade do auto, em caso de reconhecimento feito em discrepância com a lei.²¹

O reconhecimento por fotografia é inadmissível.²²

16. As regras que disciplinam a formação e a produção das provas integram a garantia do devido processo legal, e sua inobservância conduz à invalidade e à exclusão da prova. Será o caso, não só do reconhecimento, que já mencionamos, como também da busca e apreensão feita em discordância com o que dispõem

19 — As opiniões de BRANDEIS e HOLMES estão na famosa decisão *Olmstead v. United States* e estão reproduzidas por M. SCAPARONE, *Le indagini di polizia negli Stati Uniti d'America*, Riv. It. Dir. Proc. Penale, 1974, 296.

20 — Cf. LOUIS B. SCHWARTZ, *Excluding evidence illegally obtained: American idiosyncrasy and rational response to social conditions*, *American Modern Law Review*, Nov. 1966, 635.

21 — HC 42.957, DJ 12/10/66, 3507.

22 — Nesse sentido há ampla jurisprudência. TFR: HC 3668, DJ 26/8/76, 7416; RHC 4136, DJ 10/11/77, 7974. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, nº 450.

os arts. 240 s. CPP e 170 s. CPPM. Não há qualquer segurança de que a coisa foi efetivamente apreendida se a diligência se processou com inobservância da lei.

17. Não pode o juiz servir-se de prova resultante de outro processo, não submetida ao contraditório. É a chamada **prova emprestada**. Decidindo o HC 1.162, o TFR declarou a ilegalidade dessa prova. Em seu voto, acentuou o relator (Min. HENRIQUE D'ÁVILA), que se tratava de **ilegalidade** da prova, e não da aferição de sua maior ou menor valia. Isso mesmo foi acentuado pelo saudoso Min. OSCAR SARAIVA: "Não se trata de apreciação do valor da prova, mas de uma trazida aos autos de elementos probatórios espúrios, que não poderiam servir como tal." ²³

Decidindo o HC 48.668, afirmou peremptoriamente o STF: "É nula a sentença condenatória que dá fundamental importância à prova testemunhal de processo em apenso, no qual o réu não foi parte, para a decisão dos autos principais. **Só as provas produzidas contraditoriamente com a parte a que se opõem poderão e deverão ser levadas em consideração pelo juiz**". ²⁴ Essa decisão invoca, como se percebe, um limite de admissibilidade de natureza constitucional, o mesmo que domina a questão da prova do inquérito.

Exame de corpo de delito

18. Nos crimes que deixam vestígio, é indispensável o exame de corpo de delito, que se destina a tornar certa a materialidade do fato. O art. 158 CPP dispõe: "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado". CPPM, art. 328.

A regra sobre o exame de corpo de delito constitui vestígio do sistema das provas legais, ²⁵ impondo limitação ao livre convencimento do julgador.

É curioso notar como os tribunais afastam, por vezes, essa limitação, de forma arbitrária. A jurisprudência começou por eliminar a exigência do **exame** de corpo de delito indireto, nos casos em que os vestígios de crime desapareceram (art. 167 CPP) substituindo-o pura e simplesmente pela prova testemunhal, admitida

23 — Rev. Jurispr. TFR, 6/96.

24 — DJ 14/6/71, 2828.

25 — JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro — São Paulo, Forense, 1961, II, 364: "Na verdade, fora do sistema da prova legal, só um código como o nosso, em que não há a menor sistematização científica, pode manter a exigibilidade do auto de corpo de delito sob pena de considerar-se nulo o processo".

com liberalidade ²⁶. Por outro lado, declara-se a inexigibilidade do exame de corpo de delito em situações que não poderiam dispensá-lo. É o caso do crime de contrabando ou descaminho que, segundo entendimento tranqüilo na jurisprudência (porém, data venia, insustentável) não exige o exame de corpo de delito. ²⁷

Prova do inquérito

19. Como ensina, com precisão, nosso JOSÉ FREDERICO MARQUES, o inquérito policial é um **procedimento administrativo**, persecutório, de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal. Com os elementos investigatórios que integram essa instrução provisória, o inquérito policial fornece ao órgão da acusação os elementos necessários para formar a suspeita do crime, ou **opinio delicti**, que levará aquele órgão a propor a ação penal; com os demais elementos probatórios, ele orientará a acusação na colheita de provas a realizar-se durante a instrução processual.

E, prossegue o mestre: "O inquérito policial não é um processo, mas simples procedimento. A polícia investiga o crime para que o Estado possa ingressar em juízo, e não para resolver uma lide, dando a cada um o que é seu. Onde ter dito Birkmeyer que, na fase policial, o réu é simples objeto de um procedimento administrativo, e não sujeito de um processo jurisdicionalmente garantido". ²⁸

20. O livre convencimento está limitado pelo princípio do contraditório. Isto significa, como esclarece NUVOLONE, a proibição para o juiz de admitir como fundamento de sua decisão provas que não tenham sido submetidas, em seu resultado ou em sua admissão, ao controle das partes em contraditório. ²⁹

No processo penal moderno, o réu não é apenas objeto da investigação (como no processo inquisitório) mas, sim, **parte** e sujeito de direitos. A regra do contraditório, inscrita na Constituição Federal impõe a jurisdicionalidade do processo. O caráter distintivo desta, como lembra MASSIMO NOBILI é o de ser o processo **actus trium personarum**. Esse caráter não existe no inquérito

26 — Sobre a exigência de que o exame de corpo de delito indireto conste de auto distinto do termo de inquirição, cf. ARY FRANCO, *Código de Processo Penal*, Editora A Noite, 4ª ed., 199. Era o sistema de nosso Código de Processo Criminal, de 1832 (art. 134). Sobre o corpo de delito indireto, cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, nº 221.

27 — Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, nºs 101 e 102.

28 — JOSÉ FREDERICO MARQUES, no vol. PIMENTA BUENO, *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1959, 80.

29 — NUVOLONE, ob. cit. (nota 12), 519. No sistema da *common law* sempre se considerou a fase investigatória anterior à tomada de contato entre a acusação e o órgão judiciário como fase estranha ao processo penal, na qual o acusado não pode fruir das garantias reconhecidas ao acusado no processo. Cf. M. SCAPARONE, *Le indagini di polizia negli Stati Uniti d'America*, Riv. It. Dir. Proc. Penale, 1974, 283.

policial. Como o processo deve ser **actus trium personarum**, assim toda atividade que vise à formação de provas utilizáveis na sentença deve corresponder a tal característica. Também a prova deve corresponder a tal característica. Também a prova deve ser **actus trium personarum**: "Dove manchi tale requisito, si avrà una semplice attività informativa e nella più. É prova (e soprattutto è prova testimoniale) soltanto quell'attività conoscitiva che risponda al principio dell'immediatezza e che scaturisca da un rapporto di tre persone".³⁰

O Cód. Proc. Penal Militar, elaborado em data recente, categoricamente, dispõe (art. 297): "O juiz formará convicção pela livre apreciação do conjunto das provas colhidas em juízo".

O mesmo código, com toda a clareza, deixa assentado (art. 9º) que "O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. **Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal**".

21. Os tribunais, embora, por vezes, hesitem, observam, em geral, os princípios que regulam o alcance e a significação da prova recolhida no inquérito. Examinemos a jurisprudência, começando pelo Supremo Tribunal Federal.

No HC 43.042 da 2ª Turma, relator o eminente Min. PEDRO CHAVES decidiu o tribunal: "Processo penal. Livre convencimento e arbítrio judicial. Inquérito policial e instrução judicial. Aplicação e interpretação dos arts. 157 e 385 do Código de Processo Penal e 118, parágrafo único, 227, 263 e 685, do Código de Processo Civil. Jurisprudência, nulidade da sentença. **Habeas Corpus** deferido". (RTJ 40/744). No voto do eminente relator está dito: "O inquérito policial é um procedimento investigatório, informativo, de natureza inquisitorial. **Serve de orientação para o titular da ação penal**. A ação penal, ao contrário, é um processo sujeito ao princípio constitucional do contraditório. A sentença condenatória, está baseada exclusivamente na prova testemunhal colhida no inquérito, como nela mesma se contém expressamente. Essa prova foi tomada sem observância do princípio contraditório, em procedimento meramente instrutório, sem defesa do acusado. **Sentença baseada em prova dessa natureza é sentença sem fundamentação, é sentença nula**, e a prisão conseqüente dela é evidente constrangimento à liberdade do paciente".

No HC 69.904, da 1ª Turma, relator o eminente Min. BARROS MONTEIRO, em decisão unânime, decidiu o tribunal: "O inquéri-

to policial não pode ser sede de sentença condenatória, porquanto a prova testemunhal que nele se acolheu só adquire valor jurídico através de sua jurisdicionalização, que só acontece no sumário. Logicamente, se a prova só se produz não estando a denúncia provida na instrução criminal, a condenação só será possível negando-se vigência ao art. 386, VI do Código de Processo Penal" (RTJ 59/789).

No RCr 1115, da 1ª Turma, relator o eminente Min. OSWALDO TRIGUEIRO, tratava-se de caso relativo a processo com base na lei de segurança nacional, aplicado o CPPM. A ementa reza: "Justiça Militar. Processo pelo crime previsto no art. 38, II do DL 314/67. **Inidoneidade da prova para efeito de condenação**. Recurso provido, para restauração da sentença absolutória de primeira instância".

A própria Procuradoria Geral da República concordou com a absolvição, por ser a prova acusatória meramente a constante do inquérito: "É verdade que, no inquérito, teriam confessado a atividade subversiva que lhes fora atribuída, mas essa confissão não se reproduziu em juízo, quando então se alegou que fora, na polícia, extorquida por meio de violências, a que não se tornou possível resistir. (Omissis). Em tais condições opinamos pelo provimento do recurso..." (RTJ 58/775).

No HC 48.420, da 2ª Turma, relator o eminente Min. ELOY DA ROCHA, decidiu o tribunal: "Habeas corpus. Sentença condenatória de primeira instância baseada exclusivamente na prova produzida no inquérito policial. Habeas corpus deferido (DJ 2/4/71, 1301).

No HC 50.772, relator o eminente Min. BILAC PINTO, em decisão unânime, assentou o tribunal: "Sentença condenatória. Inquérito policial. Contraditório. A decisão condenatória apoiada exclusivamente no inquérito policial contraria o princípio constitucional do contraditório. HC deferido".

Nesse caso, houve parecer favorável da ilustre Procuradoria Geral da República, em termos categóricos: "É evidente que houve malferimento do princípio constitucional do contraditório, pois as provas produzidas exclusivamente no inquérito, peça instrumental, não são aptas a autorizar veredicto condenatório, conforme entendimento uniforme da doutrina e da jurisprudência" (RTJ 67/74).

No RCr 1283, relator o eminente Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, a 2ª Turma decidiu: "Confissão do indiciado no inquérito policial, retratada na fase judicial. Para arrimar a condenação, deve estar confortada ou corroborada por outras provas existentes nos autos. Sentença absolutória restabelecida por não ha-

30 — MASSIMO NÓBILI, ob. cit. (nota 12), 235.

ver prova suficiente para a condenação" (RTJ 81/337). Em seu voto, assinalou o ilustre relator, mestre na matéria: "A confissão extrajudicial, feita no curso do inquérito policial, pode e deve ser considerada pelo julgador na formação de seu convencimento. Retrata-se que ela seja, contudo, em juízo, tal consideração só é cabível se outras provas a confortam ou corroboram. Mas, a produção de provas outras, que confirmem ou prestem apoio à confissão retratada, é ônus da acusação ou dever do juiz na livre condução do processo. Não toca ao réu, como às vezes se lê em julgados que subvertem princípios consagrados o ônus de provar que não espelha a verdade a confissão extrajudicial por ele retratada". Quanto ao testemunho de policiais: "O testemunho é suspeito porque prestado por dois dos vários agentes que participaram da diligência".

No RCr 1143, da 1ª Turma, há uma passagem antológica no voto do Ministro ALIOMAR BALEEIRO: "As confissões policiais na calada da noite, sem assistência de advogado, sobretudo quando muito minuciosas e incriminadoras, sem que se esboce o instinto de defesa do confitente, devem ser recebidas com reservas, mormente em fases de conturbação aguda da política. Vinte séculos de civilização não bastaram para tornar a polícia uma instituição policiada, parecendo que o crime dos malfetores contagia faltamente o caráter dos agentes que a nação paga para contê-los e corrigi-los. A confissão policial do recorrente é longa e permeada de pormenores, sem que se esboce o menor gesto de instinto de defesa, sempre encontradiço na palavra dos acusados. Há como que um masoquismo de auto-acusação muito suspeito. O confitente quer expiar o crime, dando às autoridades todas as armas, sem guardar nenhuma" (RTJ 66/334).

Veja-se também a decisão proferida no HC 40.402: "Não pode rito policial, que tem apenas valor subsidiário" (DJ 2/4/71, 1301).³¹ a condenação basear-se exclusivamente em prova obtida no inqué-

22. O Superior Tribunal Militar, aplicando o CPPM, onde existe texto expresso a respeito, com maior soma de razões, teria de seguir orientação idêntica, embora se registrem decisões, por vezes, divergentes.

Na AC 38.561, em grau de embargos, relator o eminente Min. JACY GUIMARÃES PINHEIRO, decidiu o tribunal: "Prova. Se frágil, inconsistente e insatisfatória, não é de molde a convencer

o juiz, levando-o à condenação. Só a prova colhida no inquérito, sem um denominador comum de apoio na instrução criminal, não gera convicção. Quando muito, instruirá a peça de abertura do processo". O acórdão afirma, de forma expressiva: "A prova, para uma condenação, principalmente quando se trata de penas extremadas, há de ser como o véu d'água, que se escoia ao longo de um paredão granítico: cristalina, pura, constante... Ela deve ser una, indivisível, convincente, por si mesmo, para, ungida pelos óleos sagrados, ficar a salvo de quaisquer influências que não sejam a da verdade verdadeira".

"Do ponto de vista legal, a confissão, considerada isoladamente, sem correspondência na prova dos autos, é destituída de valor probante" (AC 39.501, Rel. Min. ALCIDES CARNEIRO).

"Sentença — Merece confirmação a que, fiel à prova, em juízo, absolveu os acusados. Declarações de indiciados no inquérito, não provam a responsabilidade, se foram contestadas em juízo e outros elementos não há afirmando a autoria do fato criminoso. Nega-se provimento ao apelo do M.P. para manter a sentença por seus fundamentos" (AC 39.606, Rel., Min. WALDEMAR TORRES DA COSTA).

"Quando as declarações dos indiciados, perante a autoridade policial, não são corroboradas por outros elementos e perante o juízo os acusados as contestam perdem aquelas declarações o indispensável valor para a fixação da responsabilidade." (AC 39.262, rel. Min. WALDEMAR TORRES DA COSTA).

"Confissão. A simples confissão, no inquérito retificada em juízo, insulada dentro dos autos, ou seja sem a menor comprovação testemunhal ou documental não é elemento informativo ao juiz para admitir uma condenação. Improvimento ao apelo do M.P. para se manter a decisão absolutória apelada." (AC 40.493 rel. Min. JACY PINHEIRO).

"Confissão. Insulada não confirmada em juízo e sem qualquer amparo na formação da culpa não pode subsistir, de modo a sustentar o decreto de condenação. Defere-se a revisão por insuficiência de prova". (Rev. Crim. 1149 rel. Min. JACY PINHEIRO).

"A confissão do crime feita na fase policial tem valor probante quando se harmoniza com os demais elementos do processo colhidos na fase judicial. Quando tal situação não ocorre trazendo a prova da autoria do delito dúvida no espírito do juiz, deve ele absolver. Nega-se provimento ao recurso do Ministério Público." (AC 39.404, rel. Min. NELSON SAMPAIO).

³¹ — No sentido da validade da prova do inquérito como elemento de convicção para condenar, cf. RCr 1234, relator o eminente Min. CORDERO GUERRA (RTJ 76/1); RCr 1254, relator o eminente Min. MOREIRA ALVES (RTJ 76/11); HC 55.193, relator o eminente Min. ANTÔNIO NEDER (DJ 9/8/77, 5374).

"Confissão no inquérito, retratada em Juízo, sem amparo em outros elementos de prova, já que todas as testemunhas arroladas pela acusação desconhecem o crime imputado aos réus, não pode prevalecer para justificar uma condenação." (AC 37.697, rel. Min. LIMA TORRES).

"Não se pode condenar o réu quando a prova colhida no inquérito é completamente negada no sumário, inexistindo outros elementos comprobatórios da culpabilidade do acusado". (AC. 37.344, rel. Min. ERNANI SATIRO, *Direito Penal Militar e Segurança Nacional*, Brasília, 1977, 320).

"Prova — Se a colhida no inquérito foge à colhida em juízo: se as testemunhas arroladas, pelo MP, nada podem esclarecer, deixando o juiz à mercê de inseguranças e dúvidas, nada mais resta que se manter a decisão absolutória. Nega-se, por isso, provimento ao recurso do MP, com o que estava de acordo o ilustre representante da Procuradoria Geral, em plenário." (AC 39.704, rel. Min. JACY GUIMARÃES PINHEIRO).

"Simples confissões policiais, sem o desejado amparo no curso da instrução criminal per se solo não constituem meios idôneos de prova" (AC 40.235, rel. Min. JACY GUIMARÃES PINHEIRO).

AC 38.246, relator Min. LIMA TORRES: "A prova que for colhida no processo será a que poderá decidir a causa. Se os elementos informativos do inquérito não se confirmaram em juízo no curso do sumário, não há como se julgar procedente uma denúncia".

AC 36.452, relator Min. ERALDO GUEIROS LEITE: "Prova. A obtida no inquérito poderá ser satisfatória para o oferecimento da denúncia; todavia, se não confirmada em juízo, impõe-se a absolvição do acusado".

AC 40.727, relator Min. LIMA TORES: "Prova indiciária justifica apenas o oferecimento da denúncia. Se em juízo nenhum outro elemento da denúncia foi provado para rebustecer os indícios existentes e, ao contrário, a autoria do crime não é demonstrada, é imperiosa a absolvição dos acusados".

AC 40.778, relator Min. NELSON SAMPAIO: "Elementos de prova colhidos na fase policial, que serviram de base à instauração de várias ações penais. Prova circunscrita a confissões extrajudiciais de vários acusados, já absolvidos e condenados em outros processos, sem cobertura na fase judicial. Nega-se provimento ao recurso do M.P., para confirmar a sentença apelada" (DJ 19/04/77, 2407).

AC 41.023, Min. NELSON SAMPAIO: "Confissões extrajudiciais desamparadas de qualquer cobertura judicial, não podem autorizar uma condenação".

Decisões do TFR: AC 2258, relator o emitente Min. PEÇANHA MARTINS. Este caso se referia ao crime de corrupção passiva e a prova acusatória se continha exclusivamente em inquérito policial militar. "Crime do art. 316 CP. Prova colhida em inquérito policial militar e não repetida na instrução criminal. Absolvição, e recurso unanimemente provido" (DJ 7/10/74).

AC 2251, relator igualmente o mesmo Min. PEÇANHA MARTINS, decisão unânime. Tratava-se de ação penal instaurada com base em IPM, pelo crime de corrupção passiva: "Provas colhidas em inquérito policial militar e não repetidas na instrução criminal. Absolvição do acusado. Recurso da Justiça Pública unanimemente improvido". Exatamente iguais foram as decisões na Apelação Criminal nº 2248 e 2255, da mesma turma, mesmo relator.

AC 2124, relator ainda o eminente Min. PEÇANHA MARTINS, unânime: "Crime do art. 334 do Código Penal. Condenação a pena de reclusão de cinco anos e um mês que se fundamentou exclusivamente no inquérito policial. Recurso unanimemente provido para absolver o apelante por ausência de provas no curso da instrução criminal".

AC 1733, da 1ª Turma, relator o eminente Min. MOACIR CAETUNDA, unânime: "Concussão. A situação do processo não autorizava outra solução, que a inserta na douda sentença, de absolver o réu, por falta de provas, de natureza contenciosa, recolhidas com observância das regras de direito positivo específico, suficientes a condenação".

AC 1732, da 2ª Turma, relator o eminente Min. JARBAS NOBRE: "Concussão não provada. Confissão prestada no inquérito administrativo, não ratificada na instrução. Ausência de prova. Sentença absolutória que se confirma".

AC 1580, relator o eminente Min. JORGE LAFAYETE, unânime: "Peculato. Ausência de prova em Juízo. Não havendo sido feita na instrução criminal prova da apropriação, desistindo o M.P. da testemunha de acusação arrolada, não pode ser o acusado condenado com fundamento apenas em depoimentos produzidos no inquérito policial" (DJ 4/10/71, 5356).

Do TJ do antigo Estado da Guanabara: Embargos na AC .. 50.541, Câmaras Criminais Reunidas, relator Des. VALPÔRE DE CASTRO CAIADO (DO Estadual, 15/7/71, 525): "Não se concebe condenação penal calcada exclusivamente nos elementos coligidos

no inquérito policial. O princípio do livre convencimento não vai tão longe”.

Do TA do antigo Estado da Guanabara, AC 5306, 2ª Câmara Criminal, relator juiz RAUL DA CUNHA RIBEIRO, unânime: “Em prova exclusivamente policial, não deve fundar-se uma sentença condenatória” (DO Estadual, 27/12/71, 879).

A 2ª C. Crim. na AC 7789, relator o ilustre Juiz FONSECA PASSOS, decidiu, por unanimidade, em relação a crime de furto, que “a confissão, no inquérito policial, se desacompanhada de outra prova, não prevalece, se retificada em Juízo” (DO 16/10/73, 14066).

Do TJ de São Paulo: AC 78.551, 1ª C. Crim. relator Des. CHIA-RADIA NETO, unânime (RT 356/93): “Inquérito policial. Condenação baseada exclusivamente em elementos nele coligidos. Inadmissibilidade. Prova não ratificada em juízo. Absolvição decretada. O inquérito policial, sendo peça meramente informativa, não constitui, por si só, meio de prova para condenação”.

AC 85.343, 3ª C. Crim. relator Des. CANTIDIANO DE ALMEIDA, unânime (RT 369/70): “Inquérito policial. Condenação baseada exclusivamente nas provas colhidas no mesmo. Inadmissibilidade. Absolvição decretada. A sentença condenatória não pode basear-se apenas no inquérito policial, pois fugiria ao contraditório, assegurado pelo princípio constitucional vigente”.

AC 48.539 2ª C. Crim. relator Des. FABIO DE SOUZA QUEIROZ, unânime (RT 175/336): “Prova. Validade. Inquérito policial. Defesa. Retratação em juízo. Não é admissível a condenação com base somente num inquérito policial, sem confirmação, direta ou indireta, conseguida em juízo, de quaisquer dos fatos nele relatados, pois junto à polícia não têm os acusados defesa alguma e ninguém pode ser condenado sem ter tido oportunidade de defender-se na formação das provas contra si produzidas”.

AC 94.328, 2ª C. Crim., relator Des. GONÇALVES SANTANA, unânime (RT 393/243): “Inquérito policial. Condenação baseada no mesmo e nos antecedentes criminais do acusado. Inadmissibilidade. Provas não confirmadas em juízo. Apelação provida para absolver o réu. “Não se pode condenar o acusado apenas pelas informações do inquérito policial e muito menos pelos seus antecedentes criminais”.

AC 34.143, 4ª C. Crim., relator Des. CUNHA CAMARGO, unânime (RT 436/378): “Inquérito policial. Condenação pretendida com base na prova nele colhida. Inadmissibilidade. Não reprodução da

mesma em juízo. Absolvição confirmada. Não é possível a condenação com base na prova colhida no inquérito policial, se, em juízo, por não terem sido localizadas, não foram ouvidas a vítima e as testemunhas arroladas na denúncia”.

Do TA de São Paulo: AC 64.380, 1ª C. Crim. relator Des. HOEPNER DUTRA (RT 386/749): “Inquérito policial. Condenação baseada nas provas nele coligidas. Inadmissibilidade. Necessidade de que sejam reproduzidas em juízo. Nenhuma condenação por maior que seja o crime perpetrado, pode resultar de simples prova colhida somente em inquérito policial, sem que venha ulteriormente calçada num elemento haurido na fase judicial, com o respeito à uniformidade que o contraditório lhe empresta ainda e com a garantia do juiz togado”.

AC 38.131, 3ª C. Crim., relator Des. RICARDO COUTO, unânime (RT 436/395): “Prova. Matéria criminal. Inquérito policial. Insuficiência para a condenação do réu. Necessidade de ser a prova nele coligida confirmada na instrução criminal. O inquérito policial só terá valor probatório para um juízo de condenação, quando estiver plenamente confirmado pela instrução judicial”.

AC 22.830, 4ª C. Crim., relator Des. AZEVEDO JÚNIOR, unânime (RT 426/395): “Inquérito policial. Condenação do acusado com base exclusiva nas provas nele coligidas. Inadmissibilidade Absolvição decretada”.

AC 88, 2ª C. Crim., relator Des. LAURINDO MINHOTO, unânime (RT 145/483): “O nosso direito continua a encarar o inquérito policial como uma peça incapaz de autorizar, por si só, condenação ou absolvição”.

Em resumo: Não pode a condenação basear-se em confissão obtida em sindicância militar, não reproduzida em juízo (RT 447/337) ou, exclusivamente em confissão produzida na polícia e não corroborada por qualquer outra prova judicial (RT 449/470; 456/444; 436/382; 446/461; 444/428; 439/439). Não pode a condenação fundar-se exclusivamente no inquérito e na confissão nele obtida (RT 449/470; 438/334), ou em prova extrajudicial (RT 458/187; 443/486).

Consequência do mesmo princípio do contraditório é o entendimento segundo o qual não basta, na inquirição da testemunha, que esta confirme suas declarações no inquérito. Numa antiga decisão (Ap. Crim. nº 1.111), o TFR declarou a nulidade do processo, porque o juiz, na instrução criminal, limitou-se a perguntar a cada uma das testemunhas se confirmava o depoimento prestado no

inquérito policial. Entendeu o tribunal que tal procedimento ofende a regra do contraditório, que é princípio de garantia constitucional da defesa (Rev. Jurispr. TFR 14/85).

O que está no inquérito (com exceção da prova técnica, sem prejuízo de que seja renovada com a participação da defesa), em princípio, é elemento espúrio para a decisão. O CPP italiano orienta-se no sentido de proibir a leitura dos depoimentos prestados à polícia judiciária, mesmo quando há consentimento das partes.³²

Confissão

26. A confissão produzida no inquérito tem o valor de qualquer outra prova produzida antes do início da ação penal. A confissão só tem significação quando é espontânea e livre: confirmada reiteradamente, ou seja, persistente, e quando é realizada ou confirmada em juízo.

A "autoridade competente" a que alude o art. 307, letra a CPPM, só pode ser a judiciária. Essa disposição está subordinada ao princípio geral enunciado no art. 297, achando-se inserida no título relativo aos atos probatórios da instrução criminal. Isto se pode ver muito bem com a simples leitura do art. 301.

32 — VASSALLI, *Il diritto alla prova*, Riv. It. Dir. Proc. Penale, 1968, 18

ELEMENTOS SUBJETIVOS NAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

HEITOR COSTA JÚNIOR

I

O crime é concebido juridicamente como a prática de uma ação ou omissão típica em contraste com a proibição ou o comando de uma norma jurídica, realizada de forma reprovável¹.

A antijuridicidade² apresenta-se como o desvalor da conduta típica cometida em desacordo com a ordem jurídica e o tipo como *ratio cognoscendi* (indício) da antijuridicidade, daí decorrendo que nem todo fato tipificado na lei penal merece o atributo de antijurídico desde que tal conduta se apresente em consonância com os valores protegidos pelo direito.

As causas da justificação³ excluem, portanto, a ilicitude, permitindo em situações excepcionais a realização da conduta típica.

Visto o tipo como indício da antijuridicidade pode-se afirmar não existir tipos antijurídicos mas realizações antijurídicas do tipo, na hipótese de ausência de causas de justificação, o que não ocorre para os que atribuem ao tipo a função constitutiva da ilicitude — ra-

1 — Cf. ANÍBAL BRUNO — *Direito Penal*, 1967, v. I p. 274

2 — Cf. A. MORO, *La Antijuridicidad Penal*, B. Aires, 1949 PETROCELLI — *L'Antigiuridicità* — Padova, 1951; REALE JR., *Antijuridicidade Concreta* — S. Paulo, 1974; HELENO FRAGOSO — *Antijuridicidade* in Rev. Bras. Crim. Dir. Penal n° 7 p. 29 —; F. CASTRO PEREZ — *La Antijuridicidad. Penal* — *Notas para un Estudio de su esencia y problemas*, Madri, 1951; cf. WELZEL, *Derecho Penal Aleman-Parte General*, Chile, 1970, Trad. da 11ª ed. alemã, por JUAN BUSTOS RAMIREZ e SÉRGIO YANEZ PEREZ, p. 116 e seg. que afirma: "As normas proibitivas se opõem em certos casos a disposições permissivas as quais impedem que a norma abstrata geral se converta em dever jurídico concreto e que permitam, por isso, a realização típica"

3 — MAURACH, *Tratado Derecho Penal*, trad. e notas de CORDOBA RODA, — Barcelona, 1962, vol. I, p. 155.

tio essendi — (MERKEL, FRANK, MEZGER, GALLAS). Para eles os tipos permissivos são verdadeiras causas de exclusão da tipicidade ⁴.

Vale ressaltar que o tipo é a descrição objetiva e material da conduta proibida (WELZEL). Não se pode dizer que a realização de condutas atípicas seja idêntica à realização de condutas típicas justificadas. A tipicidade materialmente persiste, por não ser o tipo conceito isento de valor ⁵.

Matar um homem em legítima defesa não é juridicamente o mesmo que matar um inseto ⁶.

Quanto ao tema objeto deste trabalho há que ser colocada a indagação fundamental: basta, para existência de uma causa de justificação, somente a presença de seus pressupostos objetivos ou é também necessário que a ação seja dirigida ao fim justificado com conhecimento do agente?

WELZEL exemplifica: se, por hipótese, dão-se objetivamente os pressupostos do estado de necessidade de um aborto, mas o autor não os conhece ou não persegue o fim de salvação, a conduta estará justificada? ⁷

E no caso formulado por MAURACH: age em legítima defesa quem mata por vingança um homem sem saber que a vítima já havia apontado a espingarda sobre o autor? ⁸

E nas hipóteses trazidas por CURY: "age em estado de necessidade justificante o que furta um medicamento raro e valioso com fins puramente lucrativos se, ao chegar a casa, o subministra a seu cônjuge que nesse intervalo havia contraído uma enfermi-

dade delicada, só suscetível de ser reduzida por esse meio, á qual o delinqüente não poderia socorrer em outras circunstâncias, dada a exiguidade de seus recursos? Ainda do mesmo autor: Age no cumprimento do dever legal o policial que, para vingar-se de seu vizinho, o detém, ignorando que á mesma hora foi expedido pelo Juiz competente uma ordem de prisão contra este indivíduo, cuja execução foi precisamente a ele confiada? Age em legítima defesa o que, com propósito homicida, dispara sobre seu rival, sem advertir que no momento de ser alcançado pela bala este disparava contra terceiro? ⁹.

A resposta correta parece-nos ser a negativa.

A questão tem sido entre nós descurada pois quase toda a doutrina é formada por causalistas ¹⁰.

Os adeptos da teoria causal-naturalista sustentam um conceito de ação que remonta a V. LISZT ¹¹ e BELING ¹²: ação seria conduta humana voluntária consistente num fazer ou não fazer que produz um resultado no mundo exterior ¹³.

Os causalistas, como se sabe, estudam a ação sem levar em conta o conteúdo da vontade, contentando-se apenas com a simples análise de seu impulso. Assim, a tipicidade e a antijuridicidade figuram como atributos da ação. Na culpabilidade se analisará a face subjetiva, apresentando-se o dolo e a culpa como espécies da culpabilidade ¹⁴.

É pacífico que no tipo primitivo de BELING de 1906 e em sua

4 — EUGENIO RAUL ZAFFARONI, *Teoria del Delito*, B. Aires, 1973, p. 202/203. Sobre histórico deste tema, cf. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, trad. RODRIGUEZ MUÑOZ, Madri. 1946, t. I, p. 361 ss., WELZEL, *El nuevo Sistema del Derecho Penal*, trad. CEREZO MIR, Barcelona, 1964, p. 50/51. Quanto à posição de SAUER e MEZGER e à observação em torno das infundadas críticas de GALLAS "de que seria voltar ao tipo avalorado de Beling", diz WELZEL: "o tipo não é só matéria de proibição, mas descrição material da conduta proibida"; Cf. GALLAS, *La Teoria del Delito en su momento actual*, trad. CORDOBA RODA Barcelona, 1959, p. 33. Sobre antijuridicidade no tipo aberto, cf. FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, São Paulo, 1976, p. 199; WELZEL, *Derecho Penal*, cit. p. 119.

5 — O próprio BELING diz que o legislador estabelece uma escala de valores no domínio do típico (*La Doctrina del Delito tipo*, trad SOLER, B. Aires, 1944, p. 5).

6 — WELZEL vale-se desta figura para criticar a teoria dos elementos negativos do tipo (MEZGER, FRANK, GALLAS) afirmando que ela desconhece a significação independente dos preceitos permissivos. A ocorrência da legítima defesa tem para tal teoria a mesma significação que a falta de um elemento do tipo — *El Nuevo Sistema* cit. p. 58. Ainda WELZEL: a disposição permissiva supõe necessariamente a realização prévia do tipo proibitivo e está a ele referido — *Derecho Penal* cit. p. 117. "Não há tipos permissivos sem que se pressuponha a existência de um tipo proibitivo, não é necessário permitir o que não está proibido". ZAFFARONI, ob. cit. p. 455.

7 — WELZEL — *Derecho Penal*, cit. p. 133.

8 — MAURACH, *Tratado*, I/368

9 — CURY, ENRIQUE — *Orientación para el Estudio de la Teoria del Delito*, Santiago, 1973, p. 153

10 — A exceção de CARLOS A. CONDEIXA DA COSTA, *Dolo no Tipo*, Rio, s/data e *Pressupostos Existenciais do Crime*, Rio, 1970; DAMÁSIO DE JESUS — *Direito Penal, Parte Geral* 2ª ed. 1977; HELENO FRAGOSO, *Lições*, cit.; J. MESTIERI, *Curso de Direito Criminal, Parte Especial*, Rio, 1970; JUAREZ C. DOS SANTOS — *Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico*, in R.D.P. nº 15/16; JUAREZ TAVARES, *O Consentimento do ofendido no Direito Penal*, in *Rev. da Fac. de Dir da Univ. Federal do Paraná*, nº 12, vol. 12, 1969 p. 257; *Espécies de Dolo e outros elementos Subjetivos do Tipo*, R.D.P. 6, p. 21; MIGUEL REALE JR. — *Antijuridicidade Concreta e Dos Estados de Necessidade* São Paulo, 1971; NILO BATISTA, *O elemento subjetivo do crime de denunciação caluniosa*, Rio, 1975.

11 — *Tratado de Derecho Penal*, trad. 20ª ed. alemã por J. de Asúa, tomo II, p. 304 e seg.

12 — *Esquema de Derecho Penal*, B. Aires, 1944, trad. S. Soler, p. 19/20.

13 — Cf. DAMÁSIO DE JESUS, *Teoria Finalista da Ação e Teorias da Culpabilidade no Código de 1969*, in *Anais do III Cong. Nacional do Ministério Público*, p. 77 e seg.

14 — Sendo o direito uma ciência normativa não poderia ficar adstrita a simples sucessos causais. A crítica ao positivismo que partiu da Filosofia dos Valores da Escola Sub-Occidental-Alemã gerou um conceito social da ação, entendido como conduta voluntária dirigida a um resultado socialmente relevante, o que significa realização voluntária do tipo. Como na teoria causal da ação, também, nesta o conteúdo da vontade é estudado na culpabilidade. Atende-se mais ao desvalor do resultado que integra a ação do que ao desvalor da conduta. Quase todas as críticas dirigidas aos causalistas cabem a teoria social da ação — cf. WESSELS, JOHANNES — *Direito Penal Parte Geral* — Porto Alegre. 1976 trad. Juarez Tavares, p. 20.

reformulação de 1930 — *figura delictiva e tipo em sentido estrito* — não se permitia a colocação de dados subjetivos que eram investigados em sede de culpabilidade¹⁵.

Em conseqüência, apesar de incorreto, é coerente o posicionamento destes autores frente aos chamados elementos subjetivos de justificação. Com um tipo objetivo (“fotográfico”) o juízo sobre a antijuridicidade se fará sobre um acontecimento externo. Para a existência das causas de justificação será necessária apenas a existência dos pressupostos objetivos —. É como, corretamente, observa NIESE: se nos tipos causais se trata de um puro injusto objetivo, a exclusão da antijuridicidade em tais tipos pretendidamente causais teria também necessariamente que ser entendida de acordo com pontos de vista objetivos¹⁶.

Para a teoria finalista, a ação é exercício de atividade final humana. WELZEL parte do conceito ontológico de ação, porquanto o Direito não pode ordenar ou proibir meros processos causais.

Já em ARISTÓTELES as ações são tidas como meios para um fim¹⁷.

O homem, como ser racional, tem condições de antecipar aproximadamente o sucesso causal de sua ação. A atividade final (que é a dirigida conscientemente a determinado objetivo) é “vidente” já o acontecer causal “é cego”. A finalidade nada mais é do que a vontade de realização que rege o curso causal. Subtraída da ação a finalidade (seu dado mais significativo), como fazem os sequeles da concepção naturalista¹⁸, lhe restará apenas um neutro processo causal.

Como conseqüência de conceber-se a ação como atividade

15 — MAURACH afirma com razão que o conceito de tipo de BELING se acha intimamente ligado ao de ação de LISZT “um tipo compreensivo de acontecimento objetivo e que atribui, sem exceção” todo o subjetivo à culpabilidade, podia somente desenvolver-se sobre a base de um conceito puramente causal de ação.” Ob. cit., p. 271.

16 — *Apud* MAURACH, ob. cit., p. 374, nota do tradutor. É nesse sentido a lição de ZAFFARONI: “a una teoria objetiva del tipo prohibitivo corresponde una teoría objetiva del tipo permissivo; a una teoría en la que el tipo se estructura sobre la norma prohibitiva, captando sólo la objetividad de la “conducta” que la contraviene, se agrega una teoría de la justificación que sólo capta la objetividad de la “conducta” que a ella se adecua” ob. cit., p. 457 cf. ENRIQUE BACIGALUPO *Lineamentos De La Teoría Del Delito*, B. Aires, 1974, p. 27.

17 — *A Ética a Nicômaco*, ps. 67 e 70; Athena Editora, S. Paulo.

18 — Cf. WELZEL, *El Nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 25 e *Derecho Penal*, cit., ps 53 e seg; MAURACH, *Tratado*, cit., p. 197, e *Conceito finalista da ação e seus efeitos sobre a teoria da estrutura do delito*, R.B.C.D.P., nº 14, 1966, p. 21; JUAN C. RODA, *Una Nueva Concepción del Delito — La Doctrina finalista*, p. 70; cf. CARLOS A. CONDEIXA DA COSTA, *Dolo no tipo*, cit.

final humana dirigida a um fim determinado, resultará uma mudança radical na estrutura do delito¹⁹.

O finalismo desejou transladar intacta a realidade ôntica ao tipo, como afirmou SCHRÖDER²⁰. O tipo agora não se limita à descrição de meros processos causais. Sendo assim, a direção da vontade integrará sua face subjetiva (dolo natural e elementos subjetivos do tipo) e não será mais estudado na culpabilidade como tradicionalmente se fazia. Ao tipo objetivo pertencerão a ação, o resultado e o nexos causal. Como ensina MAURACH “a parte subjetiva do tipo forma seu componente final e a parte objetiva o seu componente causal, sendo (o componente causal) dominado e dirigido pelo componente final”²¹.

Estando o dolo²² no tipo subjetivo de injusto dolo natural o potencial conhecimento da antijuridicidade será apreciado na culpabilidade²³, agora puro juízo de valor — teoria normativa pura — tendo como elementos a imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta adequada à norma, espalhada, portanto, de elementos psicológicos, crítica que se formulava à concepção psicológico-normativa de FRANK.

Na teoria da antijuridicidade os tipos permissivos exigirão total congruência: conhecimentos dos pressupostos objetivos e conhecimento dos dados subjetivos ou seja, da situação justificante²⁴.

Daí afirmar CURY²⁵ que a “ação típica justificada é a que do ponto de vista material realiza todos os pressupostos de uma causa de justificação e cuja finalidade se orienta no mesmo sentido da norma. Valemo-nos ainda do finalista chileno: “objeto do juízo da

19 — Cf. *Gli Elementi Soggettivi dell'Antigiuridicità secondo la Teoria Finalistica dell'azione*, RICARDO FRANCO, in *Studi in Memoria de FILIPPO GRISPIGNI*, Milão, 1956, p. 105/114; cf. M. GALLO, *La teoria dell'azione Finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Milão, 1967; JOSÉ CEREZO MIR, *La polemica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del derecho penal español*, in *Nuevo Pensamiento Penal*, nº 2, 1972, p. 217/246; JUAN C. RODA, ob. cit. e a crítica de ROXIN *Contribución a la Crítica de la teoría final de la acción en Problemas Básicos del Derecho Penal*, trad. DIEGO MANUEL LUZON PENA, Madrid, 1976. RICHARD BUSCH, *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, Bogotá 1970, trad. VICENTE CASTELLANOS.

20 — *Apud* MAURACH, *Tratado*, cit., p. 353.

21 — Art. cit., p. 31.

22 — Cf. JUAREZ TAVARES, *Espécies de Dolo e outros elementos subjetivos do tipo*, RDP 6/31, e MAURACH, ob. cit., p. 269.

23 — Cf. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, *Culpabilidade: desintegração dialética de um conceito metafísico*, RDP, nº 15/16, p. 51, e JOÃO MESTIERI, *Curso de Direito Criminal*, Rio, 1970, p. 18; MAURACH, *A teoria da Culpabilidade no Direito Penal Alemão*, RBCDP, nº 15 p. 19.

24 — Cf. WESSELS, ob. cit., p. 24, e R. FÁBIO SUAREZ MONTES, *Consideraciones Críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Madrid, 1963, p. 35.

25 — Ob. cit. p. 145.

antijuridicidade é para esta teoria a ação final típica formada assim de elementos físicos como psíquicos — objetivos e subjetivos — esta conduta só estará adequada ao direito quando não só sua face objetiva se identifique com a situação descrita pela causa de justificação mas, também, sua finalidade”.

Conclui-se assim, que a concepção objetiva da antijuridicidade se choca com os postulados da teoria final da ação ²⁶.

II

Atualmente, a mais autorizada doutrina finalista entende que a simples presença de dados objetivos são insuficientes para justificar condutas. Ausentes os requisitos subjetivos o resultado não se apresentará em contraste com as normas jurídicas, persistindo, no entanto, o desvalor da conduta.

É exatamente o que sustenta COUSIÑO MAC IVER uma vez que a exigência dos elementos subjetivos de justificação é mera consequência da natureza ontológica da ação ²⁷.

Como bem observa JESCHECK, se, para uma teoria pessoal do injusto, o injusto da ação depende necessariamente da direção da vontade do autor, em todas as causas de justificação tal vontade deve ser dirigida a um objetivo de valor social porque só assim desaparecerá o desvalor da ação. Também, do ponto de vista da teoria do fim, é evidente a consideração do elemento subjetivo de justificação. De forma diversa, uma teoria do injusto orientada ao resultado conduziria a negar-se totalmente os elementos subjetivos de justificação ou reconhecê-los apenas em casos singulares ²⁸.

O raciocínio de MAURACH é idêntico ao de JESCHECK: Se a aferição do valor ou desvalor de uma ação típica deriva do resultado, é natural que se contente somente com ele, sem se questionar o

26 — MAURACH afirma (*Tratado*, cit. 1/369) que nem todos os finalistas exigem os elementos subjetivos de justificação, por influência dos causalistas. Cf. WESSELS, ob. cit. p. 62. A favor dos elementos subjetivos de justificação, entre outros, WELZEL, MAURACH, NIESE, WEBER, WESSELS, SCHÖNKE JESCHECK, STRATENWERTH (cf. ZAFFARONNI, ob. cit., p. 457) e BINDING, FRANK, LOBE, OLSHAUSER. Cf. ASÚA, *Tratado*, cit. IV/197. Cf. ainda nota nº 9 de COUSIÑO MAC IVER — *Los integrantes Subjetivos de la justificación*, *Rev. Ciencias Penales*, jan./dez. 1974, Santiago, p. 26 a 33.

27 — Art. cit. p. 26 a 33. Ensina o mestre chileno — “En efecto la persona que lleva a cabo un hecho típico amparado por una causal de justificación, realiza una acción final en la cual no pueden separar se momentos distintos, no solo por la propia unidad ontológica de la acción, sino, además porque conceptualmente se trata de una totalidad indivisible y no de una mezcla de ingredientes heterogeneos”, p. 28 — E à p. 29 — “es imposible separar una finalidad destinada al saber y al querer el cumplimiento del tipo y una finalidad destinada al saber obrar en estado de necesidad”.

28 — *Apud* — COUSIÑO MAC IVER, art. cit. p. 28.

que pretendia o sujeito com sua ação. Outra coisa sucederá se na lesão causal dos bens jurídicos contemplar-se apenas o ponto final da ação desvalorada desde sua origem, hipótese em que subsistirá o desvalor da conduta, sendo impossível alegar-se a causa de justificação ²⁹.

Estudando a legítima defesa afirmou MAURACH: “não pode invocá-la quem havendo sido objetivamente agredido não soubesse do ataque e simplesmente desejasse produzir uma lesão ao adversário” ³⁰.

Segundo WELZEL, para justificação de uma ação típica não basta a presença dos elementos objetivos de justificação. O autor deve, necessariamente, conhecê-los e ter, ademais, as tendências subjetivas especiais de justificação. Ausente um ou outro requisito a ação não estará justificada” ³¹.

Também STRATENWERTH ensina ser fundamental a existência dos elementos subjetivos de justificação. Se o agente tem conhecimento dos dados objetivos de justificação não pode paralelamente dirigir sua vontade à realização do injusto, pois aque-

29 — *Tratado*, cit., p. 368 e seg. E mais: “La justificación de una acción típica depende, en todas las causas de justificación, de que el resultado último autorizado objetivamente, se base en una voluntad del autor tendente a este evento: al elemento objetivo de justificación (al actuar en la realidad, apesar del cumplimiento del tipo, conforme a derecho) debe corresponder, como elemento subjetivo de justificación la voluntad del actuar autorizado socialmente. La falta de cualquiera de estas dos características produce la incongruencia entre voluntad y resultado, y excluye la posibilidad de un juicio favorable sobre el acto. Idem, p. 370.

30 — *Tratado*, cit. I/383. A respeito do estado de necessidade, idem p. 393, e WELZEL, *Derecho Penal*, cit. p. 133.

31 — *Derecho Penal*, cit. p. 121, WELZEL sustenta a teoria do injusto pessoal: (o injusto não é apenas a lesão do bem jurídico desvinculado do autor, mas injusto de ação a ele referido) (*Derecho Penal*, p. 91/92) e mereceu infundadas críticas. Cf. a propósito, WÜRTENBERGER, *La Situazione Spirituale della scienza penalistica in Germania*, trad. MARIO LOSANO e FRANCO G. RÉPACI, Milão, 1965, p. 74 e seg.). Confundindo finalidade com motivação os causalistas temem que a teoria final da ação proporcione uma abertura para o D. Penal do ânimo. Cf. CURY, ob. cit., p. 154; EDUARDO CORREIA, *Direito Penal Coimbra*, 1968, v. I, p. 248. Interessante notar a concepção da antijuridicidade em *Antolisei* que não sendo finalista se aproxima do “injusto pessoal” de WELZEL: “Prescindendo dalla fragilità della ragione che è addotta in sostegno di questa concezione (l'ordinamento giuridico prima valuterebbe le azioni umane nella loro direzione oggettiva e poi imporrebbe ai sudditi di comportarsi in un certo modo, fragilità che è stata dimostrata in modo convincente da PETROCELLI, a noi sembra che non sia mai possibile pronunciare il giudizio sulla liceità o meno di un comportamento dell'uomo, se non si considera l'atteggiamento della volontà dello stesso. Astruendo da questo elemento soggettivo, noi non ci troviamo di fronte ad un fatto “umano”, sibbene ad una frazione, ad un vero e proprio mencone di esso; ma, come si può giudicare conforme o difforme dal diritto un frammento del fatto dell'uomo? Avulso suo contenuto spirituale, il fatto dell'uomo non differisce punto delle forze brutte della natura e non può avere alcun significato per l'ordinamento giuridico (*Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, — Milão, 1969, p. 150).

les serão reflexos destes, isto é, a exata contrapartida do dolo. Não se excluem mas coincidem³².

Para WESSELS é necessário o conhecimento da situação justificante, aliado aos pressupostos objetivos³³.

Afirmando corretamente que as condutas justificadas são também condutas finais, entende ZAFFARONI³⁴ que a finalidade justificante “funciona como elemento subjetivo que excede ao dolo do tipo subjetivo proibitivo”. COUSIÑO MAC IVER³⁵ comungando do entendimento de ZAFFARONI, quanto à necessidade do elemento subjetivo de justificação, objetou-lhe, com razão, que o dolo não pode ser aumentado ou diminuído, mantendo-se íntegro.

Os adeptos da teoria causal-naturalista apenas excepcionalmente trataram da matéria.

MEZGER, o mais fino expositor do sistema clássico, se colocava em posição estritamente objetiva. Ao analisar a legítima defesa ensinava ser dispensável o conhecimento do ataque e a intenção de defender-se ou de defender terceiro, contrariando, aliás a própria jurisprudência do Reichsgericht. Dizia ele: “o que importa é o fim *objetivo* da ação não o fim subjetivo do agente”³⁶. Já, no Studienbuch,³⁷ referindo-se à orientação do tribunal alemão, a ela aderiu deixando certo ser necessária a vontade de defesa como causa subjetiva de justificação, claro que sem o envolvimento sistemático da teoria finalista.

BAUMANN restringe a necessidade de elementos subjetivos de justificação apenas a alguns casos de exclusão de antijuridicidade como a legítima defesa, estado de necessidade, consentimento do ofendido, extraindo esta consequência da interpretação da lei (“vontade de defesa”, “para evitar”) recorrendo, para tanto, inclusive às disposições do Código Civil alemão³⁸.

ASÚA, fundado em interpretação teleológica, sustenta a necessidade do *animus defendendi*³⁹ e faz referência a acórdãos da juris-

prudência espanhola⁴⁰ e argentina que exigem o *animus* de defesa⁴¹.

III

Importante ressaltar que com referência às causas de justificação duas situações podem suceder: o autor desconhecer seus pressupostos objetivos, efetivamente existentes ou supor, por erro, sua existência. A primeira hipótese é o inverso da segunda.

Havendo erro quanto a causa de exclusão de crime por errônea apreciação de situação de fato, a hipótese será de causa de justificação putativa a ser tratada como *erro de proibição*, ao invés de erro de fato como ensina quase toda a doutrina pátria. O problema será resolvido na culpabilidade. A ação será ilícita, subsistindo o dolo. No entanto, tratando-se de erro escusável desaparecerá sua reprovabilidade. Sendo o erro inescusável restará a punição a título culposos e ficará impune o autor na hipótese de não se lhe reprovar a conduta.

Já no primeiro caso — para usar a linguagem de ZAFFARONI — existe a tipicidade permissiva e falta o aspecto subjetivo — há controvérsia na doutrina, dominando o entendimento de que o autor deverá ser punido por crime consumado (MAURACH, MEZGER, WELZEL, SAUER, NIESE, BACIGALUPO, ZAFFARONI, JUAREZ TAVARES)⁴². A jurisprudência alemã — Reichsgericht — tinha solucionado desta forma a questão⁴³.

Outros, ao revés, (BAUMANN, RUDOLPHI, LENCKNER, SAMSON, SCHOENKE, SCHRÖDER, ESER, JESCHECK, STRATENWERTH) entendem que os agentes deverão ser punidos por tentativa. É a opinião de WESSELS, *in verbis*: “o justo seria aplicar-se neste caso as regras da tentativa. A situação objetiva de justificação opõe-se à ocorrência do injusto do resultado, o conteúdo do desvalor limita-se como na tentativa inidônea ao injusto da ação expressado na vontade da lesão jurídica”⁴⁴.

Não acreditamos seja esta última, tecnicamente, a melhor solução. Primeiro, porque especialmente nos crimes culposos, dentre

32 — *Strafrecht* p. 144, *apud* COUSINO, art. cit., p. 29/30.

33 — Ob. cit. p. 62.

34 — Ob. cit. p. 461.

35 — Art. cit. p. 29.

36 — *Tratado de Derecho Penal*, cit., tomo I, p. 439.

37 — *Derecho Penal, Parte General, Libro de Estudio*, trad., 6ª ed. alemã, 1955, por CONRADO FINZI, B. Aires, 1958 p. 171; cf. GRAF ZU DOHNA, *La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. da 4ª ed. alemã por FONTAN BALESTRA, B. Aires, 1958 p. 47.

38 — *Derecho Penal, Conceptos Fundamentales y Sistema*, trad. da 4ª ed. alemã, 1972, por CONRADO FINZI, B. Aires, 1973, p. 193 e seg.

39 — *Tratado de Derecho Penal*, B. Aires, 1952, vol IV, p. 199 e 200, considerada por MAC IVER a posição mais correta dos causalistas modernos, art. cit., p. 32.

40 — *Idem*, p. 200/201.

41 — *Idem* nota 39, cf. MAURACH, *Tratado*, cit. vol. I p. 369 a respeito da atual orientação do BGH.

42 — Cf. MAURACH, *Tratado*, cit. v. I p. 374/375; WELZEL, *Derecho Penal*, cit. p. 140; BACIGALUPO, *Lineamientos de la Teoría del Delito*, B. Aires, 1974, p. 77 — ZAFFARONI, ob. cit., p. 461; JUAREZ TAVARES, *Consentimiento*... cit., p. 266.

43 — MAURACH *Tratado*, cit. I p. 375.

44 — BAUMANN, ob. cit. p. 195 e WESSELS, ob. cit. p. 63.

outros, a ação seria sempre impune face à inadmissibilidade da tentativa em relação a eles, sendo oportuno salientar ser também nos crimes culposos, essencial a congruência entre os elementos subjetivos e objetivos de justificação⁴⁵.

Crítica incensurável coloca MAURACH⁴⁶ aos que opinam pela punição a título de tentativa, advertindo que seus adeptos desconhecem a construção de tal instituto — “Cumprimento parcial do tipo” — e referindo-se a MEZGER e SAUER salienta a incoerência do pensamento de tais autores. Se eles apenas se contentam com a existência de um elemento objetivo de justificação, forçosamente, deveriam considerar irrelevante tal desconhecimento e justificada a conduta. O mestre de Munique⁴⁷, a seguir deixa claro que o erro — desconhecer os elementos objetivos de justificação — não se estende ao tipo, lição a que adere BACIGALUPO⁴⁸.

Juarez Tavares faz as mesmas críticas aos que pretendem solucionar o problema com a teoria da tentativa: “Ora, a tentativa decorre do defeito ou falta do tipo objetivo. Há tentativa quando, embora o agente possua a representação e vontade na concretização do tipo este não se realiza porque está ausente um dos seus elementos. No caso presente há tentativa por que o tipo objetivo se apresenta sem qualquer desfiguração do agente acerca da existência de um elemento de justificação”. E continua:... “ou se reconhece o fato justificando na sua ilicitude ou se o pune como crime consumado”⁴⁹.

IV

Resta-nos examinar a posição da doutrina brasileira cujo pensamento já se pode deduzir baseada que se encontra na teoria cau-

45 — Cf. MAURACH, *Tratado*, I p. 235. FRAGOSO, *Lições*, cit. p. 243: “Como nos crimes dolosos, nos crimes culposos pode a ilicitude excluir-se pela ocorrência de causas de justificação. Assim, por exemplo, se o médico conduz o seu veículo com velocidade imprópria em certo local da via pública, para atender ao socorro que lhe foi solicitado com urgência, e vem a atropelar um pedestre, haverá estado de necessidade. Do ponto de vista subjetivo, a justificação da conduta resulta da direção da vontade no sentido de alcançar um resultado socialmente valioso”. No mesmo sentido MAURACH que lembra ser possível a justificação tanto na culpa consciente como inconsciente.

46 — *Tratado*, I, p. 375, advertindo que neste sentido já opina MEZGER e a maioria dos autores.

47 — *Idem ibidem*.

48 — Ob. cit. p. 77 — “esta posición es la correcta pues el tipo objetivo no se modifica cuando falta el elemento subjetivo de la justificación y la tentativa requiere la falta de algun elemento del tipo objetivo”.

49 — Ob. cit. p. 266/267.

sal da ação. Regra geral, nossos autores se satisfazem somente com os requisitos objetivos, na linha do pensamento de ALLFELD, VON HIPPEL, BELING, SAUER, HEGLER, ZIMMERL, sustentado como já vimos por Mezger em certa fase⁵⁰.

O grande COSTA E SILVA, não de forma genérica, mas ao analisar a legítima defesa, já se referia à preocupação de autores alemães — *Von Hippel, Mezger, Frank, Liszt-Schmidt* — sendo de se lamentar que não tenha se detido à hipótese, pois apenas de passagem afirmou: “Parece-nos, porém, que se lhe deve atribuir também importância (embora não excessiva) científica”. Mas já deixava registrado o mestre, apoiado em *Frank*, que “é sem importância que com esse fim de defesa — concorram outros fins”⁵¹.

NELSON HUNGRIA ao estudar a antijuridicidade adverte que as causas de sua exclusão tem de ser apreciadas objetivamente isto é, não dependem da opinião do agente”. Sendo, portanto a legítima defesa causa objetiva de exclusão da antijuridicidade “só pode existir objetivamente, isto é, quando ocorrer, efetivamente os seus pressupostos objetivos. Nada tem estes a ver com a opinião ou crença do agredido ou do agressor” e exemplifica: “Assim, se Tício, ao voltar a noite para casa, percebe que dois indivíduos procuram barrar-lhe o passo em atitude hostil e os abate a tiros, supondo-os policiais que o vão prender por crime anteriormente praticado, quando na verdade são ladrões que o querem despojar, não se pode negar a legítima defesa”⁵². Segundo HUNGRIA nem na legítima defesa se exige a existência do elemento subjetivo de justificação, ou seja, o *animus defendendi* indispensável até mesmo para alguns causalistas.

50 — Cf. ASÚA, *Tratado*, cit. t. IV p. 195 e MEZGER, *Derecho Penal Libro de Estudio*, p. 171. Esta também é a posição da doutrina italiana. O excelente BERTIOL, por exemplo, afirma: “As causas de justificação provocam a ausência de aplicação de pena, impedem a formulação de um juízo de culpabilidade, porque incidem, negando-o, sobre o caráter lesivo do fato. Elas tem portanto caráter objetivo, e atuam também objetivamente no sentido de que não se faz mister que sejam conhecidas pelo sujeito agente”. *Direito Penal*, trad. da 6ª ed., por Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco, São Paulo, 1966, p. 351.

51 — *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, 1967, vol. I, p. 135.

52 — *Comentários ao Código Penal*, Rio, 4ª ed. 1958, vol. I, tomo I, ps. 22 e 289.

Solidários com HUNGRIA, Magalhães Noronha⁵³, Basileu Garcia⁵⁴, Frederico Marques⁵⁵.

É com ANÍBAL BRUNO, perda irreparável da ciência penal brasileira, que se retoma a matéria. Limitando-se, também, ao instituto da legítima defesa ensinava o mestre: "apesar do caráter objetivo da legítima defesa, é necessário que exista em quem reage, a *vontade de defender-se*. O ato diz ANÍBAL BRUNO "deve ser um gesto de defesa, uma reação contra atos agressivos de outrém, esse caráter de reação deve existir nos dois momentos da sua atuação, o subjetivo e o objetivo. O gesto de quem defende precisa ser determinado pela consciência e vontade de defender-se "frisando com correção o que: "o fato de o agente juntar ao fim de defender-se outro fim como por exemplo o de vingar-se não exclua a legítima defesa "desde que objetivamente não exceda os requisitos da necessidade e da moderação" ⁵⁶.

Juarez Tavares⁵⁷ ao estudar o consentimento do ofendido já abordara o tema dos elementos subjetivos de justificação. Atualmente FRAGOSO,⁵⁸ como corolário dos postulados finalistas, sustenta a necessidade da congruência integral para existência de causas de justificação. Em posição idêntica, Damásio de Jesus⁵⁹.

Como se vê, para a mais moderna e autorizada doutrina brasileira é indispensável a existência dos elementos subjetivos de justificação.

53 — MAGALHÃES NORONHA, também ao estudar a legítima defesa a descreve como "causa objetiva excludente da antijuridicidade objetiva "porque se reduz a apreciação do "fato", qualquer que seja o estado subjetivo do agente, qualquer que seja sua convicção. Ainda que pense estar praticando um crime, se a "situação de fato" for de legítima defesa esta não desaparecerá. E prossegue: "o que está no psiquismo do agente não pode mudar o que se encontra na realidade do acontecido. A convicção errônea de praticar um delíto não impede, fatal e necessariamente a tutela de fato de um direito", (*Direito Penal*, 7ª ed., 1971, S. Paulo, p. 201).

54 — BASILEU GARCIA ensina "envolve dominadoramente ao instituto da legítima defesa o aspecto de licitude objetiva, emanado do fato em si, com independência do estado subjetivo do autor da repulsa". *Instituições de Direito Penal*, 1951 — vol. I, tomo I, p. 305.

55 — FREDERICO MARQUES, fundado em BETTIOL, sustenta ter a antijuridicidade caráter objetivo, "por consubstanciar um juízo de valor sobre a lesão de um bem jurídico "afirmando ao analisar a legítima defesa que a "licitude de repulsa é eminentemente objetiva. O *animus* de quem repele a agressão não é sopesado para aferir-se da juridicidade ou antijuridicidade do fato típico, a que os atos de defesa dão lugar". *Tratado de Direito Penal*, São Paulo, 1965, vol. II, p. 110.

56 — *Direito Penal*, 3ª ed. 1967, Rio, vol. II, p. 367.

57 — Art. cit., p. 266.

58 — *Lições*, cit. p. 201 — "o juízo da antijuridicidade recai sobre a conduta típica, que compreende os aspectos objetivo e subjetivo da ação. Em consequência, só se pode excluir a antijuridicidade se a vontade dirigir-se no sentido que corresponde à permissão jurídica ou à justificação".

59 — *Direito Penal* cit. vol. I, p. 316.

V

Há mais um problema a salientar — o concurso de motivos — ou seja, aquelas figuras nas quais o agente conhece objetivamente a situação justificante e dela se aproveita para fins diversos como, por exemplo, vingar-se, não agindo, portanto, exclusivamente com a vontade de praticar a ação justificada. Neste caso permanecerá íntegra a causa de justificação. Seria incorreto confundir-se motivo com finalidade e negar-se o elemento subjetivo de justificação.

Aliás é precisa a lição de CURY, no sentido de que à lei somente interessa que a finalidade esteja de acordo com a norma jurídica, sendo os motivos irrelevantes ⁶⁰.

Já vimos ser esta, entre nós a opinião de COSTA E SILVA e ANÍBAL BRUNO.

COUSIÑO MAC IVER⁶¹ apresenta exemplo esclarecedor: o que, por compaixão, atendendo a insistentes pedidos mata o amigo vítima de câncer, não deixa de praticar homicídio doloso, pois apesar do valor moral do motivo, a finalidade é antijurídica. Da mesma forma, havendo concurso de motivos na causa de justificação objetivamente existente e conhecida, o escopo vingativo é reprovável, mas a ação realizada se ajusta ao direito. Basta, como ensina WELZEL, ao estudar a legítima defesa que "a vontade de defender-se seja um motivo junto a outros" ⁶².

Não fora assim, estaríamos frente ao Direito Penal Autoritário, preocupado com tendências anímicas do autor, que traria total insegurança aos cidadãos, sendo portanto, incompatível com o Estado de Direito.

CONCLUSÕES:

I — Em todos os tipos permissivos — (e não somente na legítima defesa) tanto nos crimes dolosos como nos culposos — é necessária a total congruência;

II — a inexistência dos elementos subjetivos das causas de justificação, presentes os objetivos, gera a punição por crime consumado e não a título de tentativa;

III — não é necessário que o agente vise exclusivamente a ação justificada, desde que efetivamente ocorram os pressupostos objetivos e subjetivos da causa de justificação. Raciocínio diverso nos levaria a confundir motivo com finalidade.

60 — Ob. cit., p. 154; art. cit., p. 61. STRATENWERTH é conciso: "O motivo daqueles cuja conduta se mantém objetivamente nas fronteiras do direito é sempre juridicamente irrelevante". *Apud*, art. cit. de COUSIÑO MAC IVER, p. 31 Cf. ainda MAURACH, *Tratado*, cit. p. 196, WELZEL, *Derecho Penal*, cit. p. 128.

61 — Art. cit. p. 30.

62 — *Derecho Penal*, cit., p. 128.

AS ORIGENS DOS DELITOS DE IMPRUDÊNCIA *

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS

I. *Conceitos gerais prévios*

1. Os delitos de imprudência constituem uma espécie da categoria de comportamento desviante, que, por sua vez, integra a categoria geral do comportamento social do homem. O método de investigação de sua natureza evolui do concreto figurado para as abstrações mais gerais (determinações mais simples) e, em seguida, as determinações abstratas permitem reproduzir o concreto pela via do pensamento.

2. A maior contribuição do método psicanalítico para a psicologia foi a sua orientação para o concreto e a compreensão do ato humano como realização do propósito do ator, isto é, a explicação das relações funcionais do comportamento a partir do seu significado concreto para o agente¹. O prestígio da teoria finalista da ação deve-se à ênfase na relação funcional da conduta, determinada pelo propósito ou significado (fim), e o conceito de conduta como atividade ou passividade corporal do homem submetida ao poder de direção final da vontade² parece funcionalmente correto, e, dessa forma, válido como o conceito mais simples representativo da categoria mais geral necessária para a reconstrução do concreto figurado.

O conceito de comportamento desviante não pode ser determinado apenas com o auxílio do esquema funcional geral do comportamento humano; esse modelo funcional é geral exclusivamente no âmbito subjetivo da significação individual, e o conceito

(*) Relatório apresentado ao Colóquio Preparatório do XII Congresso Internacional de Direito Penal (Moscou, dezembro de 1977).

(1) — POLITZER, G., *Crítica dos Fundamentos da Psicologia*, Ed. Presença, Lisboa (1973).

(2) — WELZEL, H. *Derecho Penal Aleman*, trad. de J. B. Ramirez e S. Y. Perez, Editorial Jurídica de Chile (1970, p. 51).

de desvio supõe, além disso, a presença do elemento social objetivo definido no sistema normativo da formação social em que ocorre o comportamento: é a relação entre o significado subjetivo individual e a significação objetiva social do comportamento que permite a delimitação do comportamento social em comportamento ajustado e comportamento desviante em face do sistema normativo institucionalizado. O comportamento desviante é definido pela sua significação objetiva contrária ao sistema normativo institucionalizado, isto é, pela contradição concreta entre o significado subjetivo materializado e a significação objetiva institucionalizada. No âmbito do Direito Penal a dialética dessa relação se manifesta no conceito de tipo de conduta proibida.

Entretanto, as abstrações que conduzem ao conceito de comportamento desviante não permitem, ainda, a reconstrução conceitual do concreto figurado (comportamento imprudente): é necessário considerar o modo em que existe e a forma em que se manifesta a atitude delictuosa do autor em relação ao sistema normativo institucionalizado, o que permite agrupar o comportamento desviante em duas categorias essencialmente diferentes: a) os comportamentos que conscientemente se dirigem contra os valores sociais institucionalizados; b) os comportamentos inadequados ao cuidado necessário nas relações sociais para evitar resultados lesivos (de forma que a lesão do cuidado se concretiza na produção do resultado): esse cuidado necessário é a dimensão causal do cuidado exigido, limitado normativamente pelo risco permitido, cujo parâmetro aparece na abstração do comportamento do homem prudente e consciencioso. A primeira categoria compreende a gravidade maior dos delitos dolosos — portanto, fora do objeto deste estudo; a segunda categoria compreende a amplitude maior dos delitos de imprudência — e, portanto, o objeto deste estudo não é mais o todo caótico do início do processo, mas a síntese unitária de um conjunto de determinações abstratas pelas quais “o pensamento se apropria do concreto e o reproduz”, inversamente, “como concreto pensado”³.

3. A importância desse método consiste em que: a) os elementos do geral (categoria mais simples) devem se encontrar no particular (categoria mais concreta); b) a determinação da natureza real de uma conduta é prévia à determinação dos processos que a originam.

II. Um modelo teórico geral.

Um enfoque sistemático da origem dos delitos de imprudência (como do comportamento desviante em geral) só pode ser rea-

(3) — MARX, K., *Contribuição para a Crítica da Economia Política*, Ed. Estampa, Lisboa (1973, p. 228 e segs.).

lizado com o auxílio de uma teoria geral que trabalhe com categorias conceituais suficientemente amplas e sensíveis para apreender o seu objeto sob o ponto de vista (a) dos processos sociais gerais configuradores de situações criminógenas, e (b) da sua relação com o comportamento do ator. Trata-se, assim, de utilizar uma teoria social, e o critério de seleção da teoria consiste, exclusivamente, no poder de explicação de seu objeto (a sociedade). Como a capacidade de explicação de uma teoria social depende de seu conteúdo político ou apelo ideológico, essas teorias podem ser, imediatamente, classificadas em (a) *consensuais*, que assumem a existência de uma concordância básica na estrutura de seu objeto, e (b) *constitutivas*, que assumem a existência de um conflito básico na estrutura de seu objeto.

No grupo das primeiras, (1) as fenomenologias ou etnometodologias assumem como central a relação entre crenças e ação, desenvolvendo imperativos metodológicos descritivos (representação correta do fenômeno) e constitutivos (determinação da constituição do fenômeno), opondo-se, acertadamente, aos determinismos biológicos e às noções de desvio como patologia necessitada de correção, mas caindo, inevitavelmente, no relativismo do que é dado na percepção e na consciência do sujeito, só resolvido pelo chamado parêntese metodológico, que separa o fenômeno subjetivo das estruturas e processos objetivos da sociedade total, para diluir-se, finalmente, na explicitação de técnica de neutralização dos vínculos normativos operantes na subjetividade do ator desviante⁴; (2) as teorias de reação social ou rotuladoras assumem que o desvio não é uma qualidade do ato, mas um ato qualificado como desviante por agências de controle social, distinguindo entre violação da regra e reação social contra a violação de regra (rotulação), para esgotar-se na afirmação de que o desvio secundário pode resultar da rotulação ou reação social contra o desvio primário, sem enfrentar as questões estruturais de desigualdade material e conflito social expressas nas relações de poder e de autoridade⁵; (3) as mais gerais teorias estruturais-funcionalistas propõem modelos formais distinguindo entre metas culturais (valores) e meios institucionais para realizá-las (oportunidades), desenvolvendo tipologias de adaptação do comportamento conforme a integração ou disjunção concretas entre metas e meios (Merton), ou sofisticando sistemas concretos de ação da personalidade (orientação e motivação do ator) e da sociedade (interação de pluralidade de atores), ambos articulados ao sistema cultural, que atua como objeto de orientação (nos sistemas de idéias e crenças, de símbolos e de valor) e elemento de orientação, integrando os sistemas do in-

(4) — Ver MATZA, D., *Delinquency and Drift*, Wiley, New York; *Becoming Deviant*, Prentice Hall, Nova York.

(5) — Ver BECKER, H., *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, Free Press, Nova York.

divíduo e da sociedade através da internalização, e explicando o comportamento desviante como subsocialização (Parsons): os desequilíbrios sociais, de natureza cultural/institucional representam disfuncionalidades periféricas (não essenciais resolúveis dentro do sistema e sem relação com as diferenças estruturais em propriedade e poder⁶; (4) os positivismos biológicos reduzem a consciência a um sistema de reflexos condicionados, resolvendo as questões do comportamento por um processo de aprendizagem através de condicionamentos positivos e negativos do sistema nervoso autônomo, segundo um princípio de imediação entre as motivações fundamentais do comportamento (busca do prazer e evitação do sofrimento): ao mesmo tempo em que equiparam o homem aos cães de Pavlov (mero produto determinado) não questionam os valores dominantes nem consideram as estruturas materiais desiguais que fundamentam as relações de poder e de autoridade da sociedade geral e, assim, condicionam os significados dos condicionamentos propostos⁷.

No grupo das teorias conflituais cumpre distinguir entre (1) as que deslocam o conflito para o âmbito das "associações imperativamente coordenadas", constituídas de agregados sociais de posições de dominação (posse de autoridade) e sujeição (à autoridade) existentes em geral, em que o exercício de papéis de autoridade implica a criação, interpretação e aplicação de padrões de certo/errado, e o de papéis de sujeição implica a submissão a esses padrões, surgindo o conflito como falha dos primeiros na aplicação das normas contra os segundos resistentes à submissão, e a solução do conflito uma questão de eficiente condicionamento em papéis na organização social, em que não aparece a base material da dominação de classe⁸, e (2) a teoria que situa o conflito fundamental no modo de produção da vida material, entre agentes situados em lugares opostos no processo de produção, relacionados sob a forma de dominação/sujeição material conforme a posição respectiva de domínio (propriedade) ou de dependência (ausência de propriedade) dos meios de produção da vida material, explicando a partir daí, a forma de organização do estado, a natureza e conteúdo do direito e todo o conjunto das formas ideológicas, que, ao mesmo tempo, produzem e reproduzem as relações sociais da estrutura econômica do estado, como relações de classes sociais diferenciadas e opostas. Esse modelo teórico é construído sobre o real histórico e, por isso, trabalha com categorias abstratas adequadas à natureza de seu objeto, as quais constituem um instrumental metodológico capaz de explicar a natureza

e o desenvolvimento concreto desse objeto histórico⁹. O enfoque deste estudo utilizará as categorias gerais fornecidas por esse modelo teórico e, a partir dessa perspectiva, se propõe determinar a origem social das condições estruturais objetivamente perigosas e a relação dessas condições estruturais com o comportamento individual.

III. A origem dos delitos de imprudência.

a) Situações criminais estruturais:

Para os fins deste estudo, entende-se por situações criminais estruturais o conjunto dos processos e relações sociais ligados objetivamente aos resultados definidos como imprudentes. A questão básica consiste em demonstrar: a) primariamente, de que modo as formas históricas de organização social criam e desenvolvem situações sociais perigosas (em que a probabilidade do dano particular é previsível e o dano geral é estatisticamente certo); b) secundariamente, a existência e a natureza da relação entre os componentes das situações sociais perigosas e a estrutura e processos psíquicos dos sujeitos (cuja atuação, naquelas condições, transforma juízos de previsibilidade objetiva de dano em taxas certas de resultados danosos). Essas questões só podem ser enfrentadas pelo abandono das generalizações em favor do exame concreto de situações particulares em que existem os elementos criminógenos referidos, o que pressupõe uma formação social individuada (no caso, o Brasil), em que vige um modo de produção determinado (capitalismo), considerado do ponto de vista das formas históricas concretas em que existe e se desenvolve esse modo de produção na formação social referida.

1. Nesse tipo de formação social, a mais importante concentração de elementos criminógenos de situação ocorre nos defeitos intrínsecos da organização da produção material: as situações objetivamente perigosas aparecem como deformações internas da organização da produção material orientada para o proveito individual, e se relacionam diretamente com (1) a ausência de medidas adequadas de prevenção, e (2) o ritmo e duração excessivos do trabalho. Esses defeitos intrínsecos respondem pelos níveis alarmantes de danos pessoais rubricados como acidentes de trabalho: em 1975, ocorreram 1.938.227 acidentes de trabalho, que produziram 4.001 mortes e 71.480 casos de invalidez permanente (não computadas as le-

(6) — Ver MERTON, R., *Social Theory and Social Structure*, Free Press, New York (ed. rev.); PARSONS, T., *Teoria de la Acción Social*, México, 1964.

(7) — Ver EYSENCK, H., *Crime and Personality*, Routledge & Kegan Paul, Boston.

(8) — Ver DAHRENDORF, R., *Class and Class Conflict in an Industrial Society*, Routledge & Kegan Paul, London; TURK, A., *Criminality and the Legal Order*, Randa McNally & Co, Chicago.

(9) — Ver MARX, K., ob. cit., *Prefácio*; também, *O Capital*, Civilização Brasileira (1971); POULANTZAS, N., *Poder Político e Classes Sociais*, Portucalense Editora, Porto (1971).

sões menores)¹⁰ O comportamento lesivo do cuidado objetivo exigido consiste na imposição de uma planificação e disciplina do trabalho, pelos agentes que ocupam os lugares de classe dominante no processo produtivo (diretores, administradores, gerentes, etc.), exorbitante dos limites do risco permitido, em que o dano concreto é objetivamente previsível e o dano geral estatisticamente certo: a força de trabalho dos agentes que ocupam os lugares de classe dominada é reduzida a mero instrumento integrante dos mecanismos gerais do processo produtivo, sem atenção às conseqüências da fadiga, que tornam inevitável o erro, e, em relação causal, o dano pessoal. O caráter estrutural desses defeitos torna geral a destruição ou perda individual da força de trabalho e a compulsoriedade da aceitação de condições de trabalho objetivamente defeituosas define a responsabilidade penal daqueles agentes por esse flagelo social.

2. As condições inseguras do trabalho na indústria de construção civil estão na origem de quase 1/3 do total de acidentes de trabalho: 506.594 ocorrências danosas em 1975¹¹. Eventual relação imediata do resultado com o comportamento da vítima não modifica a natureza geral das condições inseguras ou perigosas: esse setor da economia emprega força de trabalho não-qualificada, embrutecida pela natureza do trabalho e condições miseráveis de vida e, portanto, despreparada para a avaliação da potencialidade de dano encerrada nas condições compulsórias de trabalho.

3. O regime de trabalho nos transportes coletivos rodoviários, erigido sobre o binômio economia de custos/trabalho excessivo, configura a natureza estrutural dos defeitos que originam as ocorrências danosas respectivas: a relação entre as pressões competitivas e a produção de lucro, expressada em uma política de contenção de despesas, desdobra-se, por sua vez, em (a) negligência das revisões e reparos mecânicos essenciais nos veículos, e (b) sujeição compulsória dos condutores a regime de trabalho extenuante, sem ou com repouso insuficiente¹². A gravidade dessas falhas é me-

(10) — *Semanário Movimento*, ed. 11/out./76 (fonte: INPS); Renato Tapajós, produtor do recente curta metragem "Acidente de Trabalho", resumiu a sua experiência: "As precárias condições de segurança do operário brasileiro são agravadas com o ruído excessivo, os movimentos repetidos ao infinito, o grande número de máquinas defeituosas, as exigências dos encarregados imediatos, sempre a pressionar para que a produção aumente, e, também a freqüente sobrecarga de trabalho" (*Folha de São Paulo*, ed. 20/jul./77).

(11) — *Ver O Estado de São Paulo*, ed. 14/ago./77.

(12) — Entre outros, é comum este fato: "O motorista João trabalha oito horas na empresa X e depois vai para a garagem. Na mesma garagem transfere-se para outro ônibus, da empresa Y, e guia mais oito horas. Tanto X quanto Y são firmas do mesmo conglomerado Z, que surgiu com absorção das companhias mais fracas, etc." (*O Estado de São Paulo*, ed. 19/jul./77).

dida pela frequência dos acidentes relacionados ao estado mecânico do veículo ou à desatenção determinada por exaustão física ou mental do condutor.

4. A expansão rural dos métodos e técnicas de produção em larga escala originou um fluxo de migrações em massa de desempregados rurais para os centros urbanos, que não os absorveram e onde continuaram dependentes da oferta temporária de trabalho agrícola periódico: aparece o trabalhador *bóia-fria* (o prestador de trabalhos rurais eventuais sem regime empregatício, residente em áreas urbanas), a mais aniquilada espécie de lumpen-proletariado imaginável, constituída de mais de oito milhões de pessoas, que, durante as madrugadas é recolhida por contratadores particulares, em carrocerias descobertas de caminhões defeituosos, e transportada por dezenas e centenas de quilômetros para o trabalho agrícola; esse transporte diário, como gado (às vezes, mais de 100 pessoas em um só caminhão), repetido milhares de vezes por todo o território nacional, em velocidades abusivas (para aumentar o tempo de trabalho útil) e por estradas geralmente intransitáveis, é um fator permanente de tragédias, produzindo dezenas de mortos e feridos¹³.

5. A indisciplina das atividades industriais nas economias em desenvolvimento produz efeitos colaterais de calamidade social: a poluição do meio-ambiente por dejetos químicos nocivos à vida ou à saúde do homem. A ausência de estatísticas confiáveis é suprida por alguns indicadores eloquentes: o dejetos de gases de cloro próximo à favela de "Alagados", erigida em palafitas na Enseada dos Tainheiros (Salvador, BA) intoxicou mais de 1.200 pessoas, apesar de previamente previsto, e a população total da favela (100.000 habitantes, aproximadamente) está ameaçada pelo lançamento de metais pesados, como o mercúrio (mais de dez toneladas) e o cádmio (ainda mais grave), ingeridos pelos favelados através da alimentação de peixes e moluscos contaminados¹⁴; a poluição da atmosfera da área industrial de São Paulo está produzindo lesões pulmonares, oculares, e epidérmicas em dezenas de milhares de pessoas, segundo informações de clínicas da região¹⁵. Essas indicações revelam um sistema predatório de exploração da natureza, que, sob o argumento de economia de custos destrói a vida e a saúde do homem.

6. As subsidiárias nacionais do setor químico e farmacêutico produzem e distribuem no mercado brasileiro centenas de drogas de comprovada novidade, proibidas nos países de origem dessas indústrias: os resultados lesivos causados ao consumidor situam-

(13) — *Ver, como ilustração, O Estado de São Paulo*, ed. 31/jul./77 e 09/out./76 (para os dados); também, *Jornal do Brasil*, ed. 14/jul./76.

(14) — *Ver Jornal do Brasil*, ed. 12-13-14/ago./76; *O Globo*, ed. 20-22-24/ago./76; *Movimento*, ed. 29/ago./77; e, *O Estado de São Paulo*, ed. 08/set./77.

(15) — *Ver, entre outros, O Estado de São Paulo*, ed. 12/jul. e 04/set./77.

se nos limites difusos entre a imprudência consciente e o dolo eventual¹⁶.

7. O cultivo do rami, uma fibra vegetal de amplo emprego industrial, produz enormes lucros à custa da mais criminosa mutilação de trabalhadores: as facas rotativas das máquinas de descorticação da fibra (a mais famosa é a conhecida como "periquito") decepam os dedos, as mãos e os braços dos trabalhadores no ato de introdução da fibra na máquina. Só em Uraí, PR, um pequeno município de vinte mil habitantes, existem mais de 1.000 pessoas aleijadas no beneficiamento primário desse vegetal. Considerações exclusivamente econômicas (maior rendimento do trabalho e aproveitamento integral da fibra) estão na origem desse dano social e caracterizam a sua natureza estrutural: aparelhos que oferecem maior segurança (alguns foram construídos) são rejeitados porque o seu rendimento é inferior¹⁷.

18. O quadro das atividades insalubres é ampliado com variantes de risco em novas formas de destruição social: a) a indústria de descaroçamento de castanha de caju, no nordeste brasileiro, conduz, anualmente, centenas de trabalhadores às clínicas psiquiátricas para tratamento de neuroses (às vezes, demência) relacionadas à monotonia da repetição mecânica de movimentos sincronizados e à pressão permanente para manutenção e elevação dos níveis de produtividade, suportados somente pela ameaça de desemprego¹⁸; b) o trabalho nas salinas produz lesões permanentes nos olhos e, até, cegueira nos trabalhadores, provocadas pela ausência de equipamentos de proteção visual contra o reflexo solar na superfície do sal recolhido¹⁹.

Essa enunciação, meramente elucidativa da natureza estrutural das situações objetivamente perigosas, fora dos limites do risco permitido, ligadas aos danos imprudentes, parece ser o correspondente categorial do "white-collar crime" dos delitos dolosos: não há repressão institucional perceptível.

b) As condições estruturais e os fatores pessoais:

O papel dos fatores pessoais nos delitos de imprudência não é determinável unilateralmente, mas na sua relação essencial com a estrutura da organização social da atuação do sujeito: o comportamento não se desenvolve em um mundo ideal abstrato, mas no con-

texto concreto de uma formação social particular, historicamente determinada, que constitui a base real em que se insere e adequa. A descrição do comportamento atual do sujeito pressupõe as condições materiais de vida desse sujeito, no contexto da formação social em que domina um modo de produção e existe uma forma de organização social correspondente. Dessa forma, não se considera um conceito de natureza humana biológica ou psicologicamente dado²⁰; as determinações bio-psicológicas da constituição funcional do homem são modificadas ou transformadas pelas condições materiais de existência social, e o que se pretende significar por natureza humana manifesta-se como o conjunto das relações sociais de existência concreta do homem²¹; o homem concreto, biológica e socialmente constituído, dotado de consciência e capaz de escolha e ação sobre a história, aparece como determinado e determinante, fazendo "a sua própria história", embora não em condições arbitrárias, e sim, nas herdadas de seus antepassados, configuradas nas condições materiais e ideológicas de produção e reprodução da vida social²². Assim, o objeto da análise é um homem histórico, existente em uma particular formação social e em determinado tempo (e não uma figura abstrata, situada em um limbo conceitual, fora da história).

1. Uma fenomenologia do comportamento?

A assunção clássica, enfatizada pelo positivismo biológico²³, de que a motivação básica do comportamento humano consiste na busca do prazer e na evitação do sofrimento, é simples abstração: o prazer e o sofrimento não existem em geral, nem de forma biologicamente dada; ao contrário, o conteúdo de ambos é, sempre, um significado vinculado à organização social existente e às correspondentes orientações concretas da conduta social do homem. Nas organizações sociais de modelo capitalista, em que as relações se desenvolvem em uma estrutura de dominação de classe e a produção social é objeto de apropriação individual, os grupos dominantes competem entre si por riqueza e poder, influenciados por e desenvolvendo uma ideologia de individualismo em que é essencial o sucesso pessoal na competição individual, e a necessidade de eficiência deriva em uma inconsciente agressão. Quando o trabalho individual é mero fator de produtividade e a produção social se destina ao lucro particular, o conteúdo do prazer é representado pelo êxito pessoal e o conteúdo do sofrimento pelo fracasso na competição: rompem-se, assim, os limites biológicos daquelas abstrações, para revelar-se o conteúdo ideológico da motivação fundamental da conduta humana. A es-

(16) — Ver *Jornal do Brasil*, ed. 24-25-27-29/out./76.

(17) — Ver *Folha de Londrina*, reportagem de Widson Schwartz intitulada: *O homem leva a pior com as máquinas de rami*.

(18) — Ver tese da equipe médica de José Jackson Sampaio: *Psiquiatrização de traumas sócio-econômicos* (Folha de São Paulo, ed. 07.jul.77).

(19) — Ver *Jornal do Brasil*, ed. 22/dez./74.

(20) — Ver EYSENCK, ob. cit.

(21) — MARX, K., *Teses sobre Feuerbach*, n. VI; GRAMSCI, A., *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, Civilização Brasileira, (1976, p. 9).

(22) — MARX, K., *O 18 Brumário de Luís Bonaparte*, Textos 3, Ed. Sociais (1977), p. 203.

(23) — Ver EYSENCK, ob. cit.

sência egoística dessa ideologia individualista compõe a estrutura motivacional primária do comportamento humano, e situa-se na base da conduta social inadequada ou descuidada: a frequência dessa posição defeituosa é mero efeito social da absorção individual daquela ideologia (a relação entre crenças e ação, enfatizada pelo enfoque fenomenológico, assume, aqui, uma dimensão que revela a sua insuficiência: a motivação real da ação é explicada pela vida social real, e não pelo que é dado na consciência do ator). Dessa forma,

a) fora da criminogenia estrutural e em níveis muito inferiores a contribuição mais significativa para as estatísticas dos delitos de imprudência é dada pelos delitos de circulação: a condução de veículos automotores, de forma objetivamente defeituosa ou lesiva do cuidado, relaciona-se, não obstante, à neurose social geral oriunda dos constrangimentos e pressões da luta individual na guerra hobbesiana de todos contra todos, que exclui ou deforma sentimentos de solidariedade e tolerância, ou de simples respeito aos interesses mais elementares do ser humano (coisificado, afinal, no processo de reificação geral das relações humanas). Em 1976, mais de 16.000 (do total geral de 47.790) acidentes de trânsito produziram vítimas (não registrado o número destas, obviamente maior), das quais mais de 4.000 pessoas morreram no local (não computados os óbitos durante ou após a remoção para socorro), sendo que 90% desse total foi produzido por imprudência resultante de defeito de condução ou de manutenção do veículo — e, portanto, evitável.²⁴

b) na medida em que os métodos e técnicas da produção capitalista se difundem pela formação social, até atividades outrora romanticamente refratárias se organizam em processos de produção em série, em que a produtividade em larga escala gera lucros compensatórios das perdas, por defeitos de produção, como os serviços de saúde da população: nas clínicas médicas e odontológicas as lesões culposas podem variar desde a esterilização deficiente de instrumentos ou a reciclagem do material utilizado (utilização do mesmo material descartável, em vários pacientes), até a negligência de assistência ou imperícia comprovadas²⁵.

c) as falhas técnicas na engenharia de construções, relacionadas a projetos defeituosos ou emprego de material inferior, estão na origem de incêndios (como o do edifício Joelma, em São Paulo, em que pereceram centenas de pessoas) e de desabamentos (como o do elevado Paulo de Frontim, no Rio de Janeiro, com 29 pessoas mortas e 18 gravemente feridas): é o legado social do trabalho

produzido preponderantemente para o proveito pessoal material dos que o organizam e controlam.

2. Caracteres psico-sociais do ator imprudente.

A esquematização da matéria propõe algumas indicações sobre o desenvolvimento intelectual e o nível de conhecimentos do ator imprudente. Assim, em relação aos resultados danosos ligados às situações estruturais o ator imprudente é, sempre e invariavelmente, o que domina e decide sobre a constituição dos processos e a organização das atividades humanas, e não a vítima dos danos (a força de trabalho, que pode, de modo independente, e sem alterar essa relação, concorrer para esses resultados). O nível de desenvolvimento intelectual e de conhecimentos do ator imprudente é, pois, o dos diretores, administradores, gerentes, etc., dessas atividades e, portanto, o de uma elite intelectual e econômica altamente capacitada e poderosa. Por outro lado as vítimas desse comportamento imprudente, distribuídas pela força de trabalho, constituem uma massa socialmente impotente e de reduzida escolaridade, em um quadro oposto em todos os sentidos. Quanto ao dimensionamento dos fatores pessoais fora da criminogenia estrutural, o ator imprudente típico aparece como o sujeito de classe média proprietário de automóveis, profissional das clínicas ou das construções, etc., e as vítimas, distribuídas irregularmente, ainda assim concentram-se nas camadas inferiores da sociedade (é típico o caso da imprudência médica).

3. Considerações gerais.

Nas formações sociais fundadas na propriedade privada, em que domina um modo de produção que concentra e legitima a apropriação particular do produto social, a concentração da conduta imprudente no comportamento das elites econômicas e dos técnicos que a servem, por um lado, e a distribuição dos efeitos danosos desse comportamento pelas camadas inferiores da sociedade, por outro, parece conforme à lógica do sistema de organização social: o mesmo sistema de organização social que concentra a apropriação do trabalho social origina as situações objetivamente perigosas que promovem a destruição imprudente da força de trabalho expropriada.

Essa criminogenia estrutural exclui a possibilidade de redução sensível da predação social originada na imprudência através de medidas educativas, disciplinares, ou mesmo pelo recurso ao direito penal, na tentativa de resolver problemas organizacionais com providências punitivas: o trabalho teórico realmente útil é o que se propõe determinar a natureza estrutural da destruição social definida ou definível como imprudente e, assim, dirige a atenção para o modelo de organização social existente, e não para o indivíduo isolado, cuja natureza é conformada pelo conjunto concreto das relações sociais históricas.

(24) — Dados oficiais para o Brasil (fonte: DETRAN).

(25) — Em dezoito meses (1976 e 1º semestre de 1977), o INPS arrolou 411 denúncias de imprudência médica (86 com resultado de morte) publicadas em jornais (*Jornal do Brasil*, ed. 14/ago./77).

ADVOCACIA CRIMINAL NO RIO DE JANEIRO

ELIZABETH SÜSEKIND

NILO BATISTA

I

De 26 a 30 de abril de 1976, o Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro (ICIPERJ) fez realizar um debate sobre problemas atuais da advocacia criminal, com a participação de professores, membros do Ministério Público, Juízes, Conselheiros da Ordem dos Advogados do Brasil e advogados.

Cinco sessões de trabalho foram efetuadas: a primeira (com participação dos professores) sobre o ensino jurídico e a advocacia criminal; a segunda (com participação de membros do Ministério Público) sobre o Ministério Público e a advocacia criminal; a terceira (com participação de Juízes) sobre a magistratura e a advocacia criminal; a quarta (com participação de Conselheiros) sobre a Ordem dos Advogados do Brasil e a advocacia criminal; e a quinta (com participação de experientes advogados) sobre advocacia criminal como profissão e vivência¹.

O debate visava questionar, com o maior realismo possível, e a partir da observação empírica da experiência forense, a medida em

1. Os trabalhos foram gravados em fita magnética, que hoje pertence ao acervo do Departamento de Documentação Histórica do ICIPERJ.

que o desempenho da advocacia criminal, no Rio de Janeiro, estaria cumprindo satisfatoriamente com suas funções públicas de elemento integrante da administração da justiça. Nesta linha, o documento de trabalho² encaminhado aos participantes propunha as seguintes indagações de caráter geral.

"Fala-se numa crise da administração da justiça, e especialmente da justiça criminal; até que ponto a advocacia tem contribuído para essa crise, ou tem se oposto a ela, nas várias vertentes em que pode essa crise ser apreendida e analisada?

"A advocacia criminal brasileira, no duplo aspecto do preparo técnico e da dedicação, tem sido a herdeira da tradição legada pelos grandes criminalistas da primeira metade do século XX? Ou, criticamente vista, seria discutível a própria existência dessa tradição, que estaria amparada em figuras individuais, isoladas do contexto profissional real de seu tempo?

"Com respeito ao preparo técnico, se for ele considerado insuficiente para o desempenho que, legal e socialmente, é esperado da advocacia criminal, que fatores estarão contribuindo para o fato? E que medidas poderi-

2. Elaborado por NILO BATISTA.

am ser tomadas para o aprimoramento técnico dos profissionais.

"Com respeito à dedicação, caso não se considere manter ela um nível aceitável para o desempenho que, legal e socialmente, é esperado da advocacia criminal, que fatores estarão contribuindo para o fato? E que medidas poderiam ser tomadas para alterar o comportamento dos profissionais?"

A essas indagações, de caráter geral, eram acrescentadas outras, referidas aos temas específicos das cinco sessões de trabalho, como já veremos.

II

O objetivo do presente trabalho não se resume a uma avaliação expositiva dos resultados do debate sobre problemas atuais da advocacia criminal.

A isto fizemos acrescentar uma pequena pesquisa, levada a efeito entre advogados criminais, aleatoriamente escolhidos entre aqueles de reconhecido prestígio e eficiência profissionais no Estado do Rio de Janeiro. Tal pesquisa visava, com os olhos postos nos advogados recém-formados e estudantes de direito, traçar um (possível) perfil do advogado do criminal e de sua trajetória profissional, incluindo seus métodos de trabalho.

Por um lado, o objetivo era uma aproximação lúcida da "mitologia" do advogado criminal. Nenhuma outra especialidade está tão próxima, particularmente para o leigo, de uma autêntica mitologia do que a advocacia criminal³: a visão de um trabalho técnico,

3. A capa de uma antiga revista, *Diretrizes*, nº 50, de 5/jun/1941, apresentava uma fotografia dos advogados EVANDRO LINS e SILVA, MÁRIO B. PEDREIRA e ROMERO NETO com a seguinte legenda: "Místicos e Mágicos da Advocacia". Um dos participantes do debate mencionado, SERRANO NEVES, incluiria em sua intervenção a seguinte afirmativa: "O advogado criminal não é um mágico capaz de tirar um coelho da cartola".

envolvendo dedicação, persistência, habilidade e preparo, tende a ser substituída aqui pela visão de um trabalho misterioso, envolvendo dons apenas intuitivos pelo resto dos mortais. A advocacia criminal é ainda sentida, pelo leigo e pelos estudantes de direito, como um carisma, indecifrável e intransmissível.

Por outro lado, o objetivo era uma verificação nos métodos de trabalho que se impõem à advocacia criminal, hoje, no Rio de Janeiro. Corolário da mitologia que cerca o advogado criminal, seu trabalho teria que ser artesanal, no sentido de ocupar-se pessoal e absolutamente de todos os episódios do atendimento profissional. E, de fato, ao tempo em que escritórios de outras especialidades, numa linha de inspiração norte-americana, se organizavam empresarialmente — abrindo perspectivas no mercado de trabalho dos advogados recém-formados — o solitário criminalista se defrontava com a imposição de ter que resguardar, nos limites de sua atividade pessoal, a sua prestação de serviços. Nossa pesquisa, assim, visava também verificar a subsistência dessa situação.

Dessa forma, nas linhas que se seguem, faremos inicialmente uma exposição crítica do debate sobre problemas da advocacia criminal; e, em seguida, uma apresentação dos resultados alcançados pela pesquisa mencionada.

III

A deficiência do ensino jurídico brasileiro é um fato reconhecido por quase todos os que se ocuparam do assunto.⁴ A afirmação de Elza V. de Souza Teixeira, no sentido de que "o comportamento do professor tem sido influenciado muito mais pelas tradições filosóficas, culturais e necessidades próprias de do meio, do que por resultados experimen-

4. Assim também a "urgência" de reformulá-la, à qual se refere ORLANDO GOMES (*Direito Econômico*, ed. Saraiva, 1977, p. 1).

tais"⁵ encontra no ensino do direito sua ressonância máxima. Os professores, na maior parte dos casos, fazem do ofício universitário — valha-nos a expressão cunhada por Cláudio Vianna de Lima — um "biscate"⁶, e apegam-se às formas tradicionais e conservadoras da preleção. A reação instaurada contra essa situação partiria, como bem observa Alberto Venâncio Filho⁷, de uma dicotomia que não existe entre teoria e prática. ou, se se preferir, entre ciência e técnica⁸, e correu o risco de transformar as Faculdades, na feliz imagem de Tércio Sampaio Ferraz Jr., em "verdadeiras fábricas de fórmulas prontas, sem laboratórios de pesquisa"⁹.

A sessão consagrada a Ensino Jurídico e Advocacia Criminal¹⁰ pretendia examinar os seguintes aspectos:

"O ensino nas Faculdades capacita o estudante a exercer a advocacia criminal? Em caso negativo, que fatores seriam determinantes desta insuficiência de ensino jurídico?"

"A profusão de Faculdades desempenhou algum papel nesta conjuntura?"

"Os métodos tradicionais de ensino (aula

5) *Comparação do Método de Resolução de Problemas com o Método de Ensino Tradicional em Nível Superior*, in *Cadernos da PUC/RJ*, Rio, 1974, nº 18, p. 95.

6) *Reforma do Ensino do Direito*, Rev. Jurídica, 1968, nº 102, p. 514.

7) *Das Arcadas ao Bacharelismo*, S. Paulo, ed. Perspectiva, p. 332. É este o mais completo e radical estudo empreendido sobre a faculdade de direito brasileira.

8) Assim TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Reforma do Ensino Jurídico: reformar o currículo ou o modelo?*, in *Cadernos da PUC/RJ*, Rio, 1974, nº 17, p. 127.

9) Loc. cit.

10) Realizada em 26/abr./76. Dela participaram os Professores RAFAEL CIRIGLIANO FILHO, P. LADEIRA DE CARVALHO, J. MESTIERI, JUAREZ TAVARES e NILO BATISTA.

de preleção, com recurso eventual ao quadro de giz) terão alguma influência? O que pode ou deve ser feito no sentido de viabilizar a formação de um advogado criminal? A condição dos professores (na quase totalidade dos casos, sem formação pedagógica) contribuirá para a situação analisada?

"Qual o saldo legado pela experiência do estágio profissional e pela disciplina Prática Forense? Os escritórios modelos atenderam as suas finalidades?"

Dos cinco professores participantes do debate, apenas um (Rafael Cirigliano Filho) considerou o curso de direito, "tal como ministrado", apto a "habilitar o profissional". As demais opiniões coincidiram com a conclusão de Paulo Ladeira de Carvalho, no sentido de que a Faculdade "não capacita o profissional".

Sobre as causas determinantes dessa deficiência houve variedade de enfoques. João Mestieri se deteve especialmente sobre os riscos da dogmática jurídico-penal, que tende a criar no espírito do aprendiz uma dicotomia entre as belas "fórmulas abstratas" e a realidade judiciária. Na Faculdade — afirmou — "não se ensina a advogar". De fato, parece que a advocacia pressupõe o conhecimento jurídico, mas não se exaure nele; existe entre uma e outro mais ou menos a relação que existe entre a crítica e a estética.

Houve quem (Paulo Ladeira de Carvalho) creditasse substancial dose de responsabilidade aos professores, na maior parte dos casos amadores sem qualquer formação pedagógica, recrutados entre profissionais da justiça (sem embargo de que sejam, até, excelentes profissionais).

Uma opinião (Nilo Batista) deu ênfase particular à metodologia do ensino, na suposição de que melhoras consideráveis poderiam ser obtidas com a substituição das aulas de preleção por processos de aprendizagem menos lineares. Esse aspecto foi abor-

dado também por João Mestieri, do ângulo da experiência americana com o *case system*.

Juarez Tavares não vinculou a crise do ensino à crise da advocacia criminal, e procurou antes situar a primeira num quadro de desenvolvimento histórico da universidade brasileira. Sugeriu ele a criação de programas universitários para egressos da Faculdade, com cunho profissionalizante. Nesta linha, porém de perspectiva oposta, João Mestieri lamentara a escassez de grandes escritórios especializados, empresarialmente estruturados, nos quais os jovens advogados pudessem adestrar-se na "tecnologia da prática".

De modo geral, houve consenso em que o objetivo da faculdade de direito é "preparar profissionais" (Rafael Cirigliano Filho). Considerou-se que a profusão de faculdades, gerando uma "massificação do ensino" (Paulo Ladeira de Carvalho), apenas acarretou a profusão da deficiência deste ensino (apenas uma opinião, como visto, sustentou que o ensino, "tal como ministrado, tem condições de habilitar o profissional").

Os métodos tradicionais de ensino e o despreparo de professores foram os fatores apontados como principalmente responsáveis pela situação. A disciplina "prática forense" (que não raro é ministrada com metodologia similar à usada para, p. ex., lógica jurídica), com a qual se procurou obviar o problema do estágio profissional e do exame de ordem¹¹, em nada contribuiu para amenizar o quadro. Os "escritórios modelos" — e sabe disto qualquer advogado responsável — não são "modelo" para ninguém.

IV

Os réus defendidos por advogados contratados têm mais possibilidades de obter em seu processo um resultado favorável do que aque-

11. Lei nº 5.842, de 6/dez./72. Essa lei foi criada mercê de certas "pressões": cf. ALBERTO VENÂNCIO FILHO, op. cit., p. 332.

les cuja defesa é cometida à Assistência Judiciária. Essa hipótese tem recebido comprovação da pesquisa empírica. Yolanda Catão e Heleno Fragoso observaram, em processos referentes a abuso e tráfico de drogas, "alto número de absolvições nos casos de pessoas defendidas por advogados constituídos (62,1%)", enquanto que, nos casos de pessoas assistidas pela defensoria pública, o percentual, embora elevado, se situava "aquém do índice geral de absolvições da população examinada"¹². Por outro lado, essa é a opinião daqueles mais autorizados a emití-la: os presos. Teresa Miralles, em seu trabalho junto à população carcerária feminina do antigo Estado da Guanabara, consignou que muitas presas achavam "que a causa de terem sido condenadas está no fato dos advogados da justiça gratuita não terem demonstrado interesse suficiente"¹³. Em recente pesquisa do ICIPERJ, ainda não divulgada¹⁴, ao quesito "se com advogado particular há mais chance do que com defensor público" a resposta *sim* foi dada por 196 entrevistados (66,4%); *não* foi a resposta de 59 entrevistados (20,0%), e *depende* foi a de 40 entrevistados (13,6%).

12. YOLANDA CATÃO e HELENO FRAGOSO, *Abuso de Drogas na Legislação Brasileira*, ed. Liber Juris, série Pesquisa, nº 2, p. 51. É bem verdade que as pesquisas não têm como levar em conta um fato a nosso ver expressivo, e que consiste em ficar sob o patrocínio da defensoria pública, normalmente, uma cota proporcional de casos mais "difíceis" do que aqueles que recorrem à assistência profissional privada.

13. TERESA MIRALLES *et. al.*, *O Sistema Penal na Cidade do Rio de Janeiro: Fator Criminógeno*, Rio, ed. Liber Juris, série Pesquisa, nº1, p. 14.

14. *A Visão do Preso sobre a Administração da justiça*. Essa pesquisa foi realizada em 1976, por YOLANDA CATÃO e ELISABETH SUSSEKIND, em todos os estabelecimentos penitenciários da cidade do Rio de Janeiro, sobre amostragem de 300 presos.

É curioso observar que os Juizes parecem crer mais na eficiência do defensor público, como se vê em outra pesquisa de Teresa Miralles de 1975¹⁵.

A esse desempenho satisfatório — pelo

Quesito: Os advogados são pessoas honestas em quem se pode confiar?

Sim, são honestas	39	entrevistados (13,22%)
Alguns sim, outros não	111	entrevistados (37,6%)
Não são honestos e não se pode confiar	145	entrevistados (49,2%)
Não responderam	5	entrevistados
TOTAL	300	entrevistados (100,0%)

Quesito: Os advogados se preocupam mais com o dinheiro do que com o problema do preso?

Sim, preocupam-se mais com o dinheiro . .	235	entrevistados (76,6%)
Alguns sim, outros não	49	entrevistados (16,4%)
Não	15	entrevistados (5,6%)
Não responderam	1	entrevistado
TOTAL	300	entrevistados (100,0%)

Esses dados são estarrecedores, muito especialmente se os cotejarmos com aqueles, já citados, provindos da mesma população examinada, no sentido de que "com advogado particular há mais chance do que com defensor público" (66,4%). Simplesmente ocorre que a *eficiência* fica vinculada à *desonestidade* e à *ganância*, na representação que têm os usuários dos serviços profissionais advocatícios.

De outra perspectiva, a pesquisa empírica revelava, em 1975, que os juizes criminais tendiam a não conferir maior relevo às intervenções e contribuições processuais da

15. *As Atitudes dos Juizes das Varas Criminais da Guanabara perante a Organização e Funcionamento Destas*, PUC, Rio, 1975, p. 65. Dos 27 juizes entrevistados, 12 (44,4%) acreditavam mais na eficiência do defensor público; 10 (37,0%) na do advogado constituído; 4 (14,9%) faziam depender do valor individual; e houve 1 (3,7%) que afirmou a maior eficácia do estagiário...

menos e especialmente na visão dos presos — deveria corresponder um acatamento e respeito por parte dos usuários dos serviços profissionais. Mas o que se encontra é exatamente o oposto, e de forma chocante. Da pesquisa do ICIPERJ ainda não divulgada, e acima referida¹⁶, vejamos os seguintes resultados:

defesa. Assim, de 27 juizes entrevistados, "11 dão relevância às teses da defesa; 2 dão uma importância relativa; 13 dão pouca importância e 1 não dá qualquer importância". Deste mesmo grupo, 31 acham que a defesa nunca traz um aspecto novo ao processo; 15 juizes consideram que é raro que a defesa traga um novo aspecto; e 6 acreditam que a defesa costuma trazer aspectos novos."¹⁷

Esses elementos só agravam a complexidade de uma tentativa de análise. Como conciliar que uma classe profissional em sua maioria composta por pessoas desonestas e não merecedoras de confiança, e que se preocupam mais com o dinheiro do que com o destino do cliente, e a cujas iniciativas pro-

16. Cf. nota 14.

17. TERESA MIRALLES, *As Atitudes dos Juizes...*, cit., p. 64.

cessuais e idéias vota a maioria dos juízes criminais formal menosprezo, possa obter o nível de eficiência que os números parecem indicar? Parece claro que ou existe uma distorção entre o conceito prisionalizado de "honestidade", "confiança", e "preocupação com o dinheiro" e o significado dessas mesmas palavras no discurso social corrente, ou na verdade os juízes criminais conferem à argumentação defensiva maior relevo do que gostariam.

V

As sessões consagradas a "O Ministério Público e a Advocacia Criminal" 18 e "A Magistratura e a Advocacia Criminal" 19 pretendiam examinar os seguintes aspectos:

"Em que medida o exercício do Ministério Público e da Magistratura se vê tecnicamente facilitado e esclarecido pela advocacia criminal, atualmente? O advogado criminal cumpre sua função de enfatizar, em favor do acusado, os aspectos da prova que o beneficiem, ou dos quais se extraíam consequências jurídicas favoráveis, e de arguir em seu favor cláusulas legais que justifiquem ou exculpem a conduta, ou ainda atenuem especial ou genericamente a pena aplicável?

"De modo geral, os advogados criminais acompanham com dedicação os processos em trâmite, comparecendo às audiências, ministrando assistência aos acusados, requerendo as provas cabíveis? No exercício do Minis-

18. Realizada em 27/abr./76. Dela participaram os Promotores NADER COURI, LEÔNCIO DE AGUIAR VASCONCELLOS, MARIA C. PALHARES DOS ANJOS, PEDRO RÓTTA e LUIS F. DE FREITAS SANTOS.

19. Realizada em 28/abr./76. Dela participaram os Magistrados JORGE ALBERTO ROMEIRO, MÁRCIA HELENA RIBEIRO PEREIRA NUNES, HUMBERTO D. BAPTISTA, PAULO JORGE SIMÕES CORREIA e SÉRGIO VERANI.

tério Público ou da Magistratura serão constantes ou raras as situações nas quais uma iniciativa não tomada pela defesa deixa de beneficiar o acusado em certo aspecto, e é sugerida ou determinada *ex-officio* com o fim de esclarecer aquele aspecto?

"A que fatores se pode atribuir o quadro analisado, e que medidas seriam indicáveis para que a advocacia criminal alcançasse o desempenho que legal e socialmente dela se espera." 20

Dos dez promotores e juízes participantes do debate, seis negaram, de forma frontal ou indiretamente, haja atualmente uma crise especial da advocacia criminal. Dois deles (Leôncio de Aguiar Vasconcellos e Pedro Rotta) afirmaram cabalmente que não há crise na advocacia criminal; dois (Luís Fernando de Freitas Santos e Sérgio Verani) relacionaram a situação profissional do advogado a uma crise geral da cultura a nível nacional; dois outros (Humberto Decnop Baptista e Nader Couri) assinalaram o caráter "crônico" dos sintomas que se pretendia examinar.

As deficiências do ensino jurídico novamente foram referidas (Nader Couri mencionou os "estágios meramente formais" que são propiciados aos estudantes), e o problema do exame de ordem foi abordado, em opiniões vigorosamente favoráveis (Luís Fernando de Freitas Santos e Leôncio de Aguiar Vasconcellos).

Jorge Alberto Romeiro, em interessante intervenção, procurou relacionar a criação da defensoria pública a uma redução no mercado profissional da advocacia criminal. Num perspectiva diversa, Sérgio Verani consi-

20. Como se verifica, tanto ao Ministério Público quanto à Magistratura se propunham as mesmas questões. Por essa razão, não vimos inconveniente em examinar essas intervenções de forma conjunta.

derou que "os defensores públicos é que são os verdadeiros advogados criminais", sugerindo que se invertessem os termos propostos no documento de trabalho, e se verificasse em que medida o exercício da advocacia se vê tecnicamente facilitado e esclarecido pela magistratura. Esta posição de autocrítica funcional esteve presente, de modo menos radical, em outras intervenções (Maria Cristina Palhares dos Anjos, Luís Fernando de Freitas Santos).

Houve quase unanimidade com relação à deficiência da defesa, no cotidiano forense, de cumprir com sua função, cujo caráter público foi ressaltado por Márcia Helena Ribeiro Pereira Nunes, "de esclarecimento dos fatos e do direito", como a definiu Paulo Jorge Simões Correia. Afirmou-se que ordinariamente "os advogados criminais não trazem subsídios para os juízes", exemplificando-se com o número espantoso de *habeas corpus* rejeitados por "deficiência de instrução" (Jorge Alberto Romeiro). Várias vezes a prescrição tem que ser descoberta pelos juízes (Jorge Alberto Romeiro).

Houve quem colocasse ênfase no despreparo para discussão de provas técnicas" (Nader Couri), consignando que é comum, na experiência do foro, que o advogado criminal fique numa posição passiva, aguardando "o milagre da absolvição". Vários participantes ressaltaram o "despreparo técnico" (Luís Fernando de Freitas Santos) ou a "falta de adestramento técnico" (Maria Cristina Palhares dos Anjos).

O aspecto de independência e coragem foi por igual abordado, com referência à "tibieza moral" de alguns profissionais (Luís Fernando de Freitas Santos) diante de situações-limite que impõem firmeza e destemor, como o confronto com policiais arbitrários.

Um dos participantes destacou a "falta de sensibilidade para os problemas humanos do processo" (Sérgio Verani).

A conclusão parece ser no sentido de que

a advocacia criminal não vem cumprindo com suas funções processuais em nível satisfatório, ou pelo menos é esta a opinião de juízes e promotores, os quais não registram que o exercício do Ministério Público e da Magistratura esteja sendo tecnicamente facilitado e esclarecido pela advocacia.

Como já se viu, queixam-se os juízes de que os advogados criminais não lhes fornecem subsídios (Jorge Alberto Romeiro) para auxiliá-los na decisão da causa. Esperam eles do defensor um argumento que não é articulado (Márcia Helena Ribeiro Pereira Nunes). Comumente, o juiz tem que "converter o julgamento em diligência, proceder a acareações", enfim produzir uma prova "que a defesa não fez" (Humberto Decnop Baptista).

Essa "desorientação" (Maria Cristina Palhares dos Anjos) dos defensores dos réus costuma gerar uma síndrome de "desconfiança" (Luís Fernando de Freitas Santos) entre o Ministério Público e os advogados.

Sob o aspecto de dedicação, o quadro não se delineou menos melancólico. Humberto Decnop Baptista lembrou os famosos advogados que prometem a "liberdade provisória" a acusados presos em flagrante delito, mediante autos formalmente perfeitos, e tendo por conteúdo delitos como, por exemplo, roubo com emprego de arma. Em petições de meia página requer-se tal liberdade, mais ou menos como Calígula pedia a lua... E quando o requerimento seja viável e deferido, obtida a libertação, o processo é abandonado à sua própria e burocrática sorte.

Jorge Alberto Romeiro mencionou o "descrédito da oratória", e a decadência do júri como "vitrine da advocacia criminal e do Ministério Público". Hoje, afirmou ele, a defesa deve projetar-se de forma mais técnica. De fato, parece que a retórica é a cada dia menos eficaz para, sem qualquer fundamento

técnico, conduzir a resultados felizes em advocacia criminal.

Com isto, estaríamos fazendo o problema retornar ao ensino jurídico (programas de reciclagem para egressos da universidade, como sugerido por Juarez Tavares? renovação metodológica?) ou estaríamos projetando o problema na área da Ordem dos Advogados do Brasil (terá sido por acaso que vários participantes se pronunciaram favoravelmente ao exame de ordem?)

VI

A sessão consagrada à Ordem dos Advogados do Brasil e Advocacia Criminal²¹ pretendia examinar os seguintes aspectos:

"A Comissão de Ética e Disciplina e a Advocacia Criminal.

"O exercício da advocacia criminal e as prerrogativas profissionais.

"A experiência do exame de ordem.

"Rumo à especialização, por habilitações setoriais? O problema do interior do país".
22

Em sua intervenção, Serrano Neves de clinou como preocupações prioritárias da OAB

21. Realizada em 29/abr./76. Dela participaram os Conselheiros HELENO C. FRAGOSO, HUMBERTO TELLES, SÉRGIO TOSTES, SERRANO NEVES e TÉCIO LINS e SILVA.

22. Este último aspecto, que continha implicitamente uma sugestão, não foi debatido. A idéia que o presidía arrancava da necessidade absoluta do exame de ordem, e acrescentava que tal exame deveria realizar-se, com grande rigor, por áreas de aplicação profissional. Dessa forma, o advogado poderia habilitar-se (ou licenciar-se) em matéria cível, criminal, trabalhista, etc., ao custo de prestar um exame para cada uma. O objetivo evidente seria o aprimoramento técnico, por força da seleção que então se operaria. O argumento mais poderoso em sentido contrário reside na escassez de advogados no interior do país.

com relação à advocacia criminal: 1. o esvaziamento do setor; 2. as violações de prerrogativas na chamada "advocacia heróica"; 3. a advocacia ilegal, levada a efeito por certos funcionários públicos. Em sua opinião, é também missão da OAB "policiar o advogado".

Nesta mesma linha, porém de um ângulo preventivo, Humberto Telles considerava como uma das mais relevantes tarefas da OAB proceder a uma "filtragem, evitando que os desonrados ingressem em seus quadros". Dando por apodítico que o exercício da profissão exige dignidade e honradez — quiçá mais do que preparo técnico —, e constatando que "pessoas com antecedentes criminais têm obtido ingresso", sugeriu a criação de uma Comissão de Investigação Social, a exemplo do que se faz nos concursos para ingresso na carreira do Ministério Público ou Magistratura.

Sérgio Tostes, partindo do princípio de que a OAB e as Faculdades têm objetivos diversos, manifestou-se a favor do exame de ordem²³. Frisou que o despreparo para a expe-

23. Como vimos, participantes de outras sessões também se manifestaram neste sentido. Embora as demais intervenções se demitissem de uma apreciação explícita da matéria, é lícito concluir, por seu espírito e proximidade de colocações, que a opinião de SÉRGIO TOSTES representa o pensamento predominante na classe. Se se levar em conta (conforme alguém expôs na sessão dedicada a ensino jurídico) que, a despeito do timbre profissionalizante que deva ter, o curso de direito é sistematicamente procurado também, e de forma considerável, por pessoas que não pretendem trabalhar em advocacia, e se se adicionar a tal constatação a reconhecida deficiência do ensino, deficiência quantitativamente (pelo menos!) agravada pela profusão de Faculdades, a conclusão favorável ao exame de ordem — e a um *rigoroso* exame de ordem — é inevitável para quantos estejam convencidos de que a dimensão pública do exercício da advocacia é algo mais que uma fórmula legal elegante.

riência profissional é responsável pelo fato de "muitas vocações serem dizimadas logo nos primeiros embates". Abordou ainda as limitações a que está sujeita a alternativa do exame de ordem, que é o estágio profissional.

Técio Lins e Silva e Heleno Fragoso se ocuparam particularmente do problema da violação de prerrogativas profissionais, que acompanha por desgraça o exercício da advocacia criminal. Situando a OAB como "o advogado dos advogados", Técio Lins e Silva traçou um quadro das atividades da instituição, a respeito de violação de prerrogativas. Sobre os extremos de tibieza moral diante da força, que gera a covardia profissional, ou de reação achincalhadora contra decisões (ainda que equivocadas) de órgãos competentes, que gera o desacato ao funcionário público, relacionou-os em parte à prática universitária de nossos dias, que, com a extinção dos órgãos de representação acadêmica, privou o estudante da "experiência de confronto com o poder". Heleno Fragoso apresentou uma evolução histórica das associações de advogados, e se deteve nos tempos difíceis que este século reservou à profissão, constantemente mal compreendida por aqueles que procuram fazer de segmentos do judiciário instrumento para o jogo do controle do poder.

A última sessão tinha como tema Advocacia Criminal como Profissão e Vivência²⁴, e pretendia examinar os seguintes aspectos:

"A profissão de advogado criminal.

"Há hoje evasão de talentos para outros setores, notadamente advocacia fiscal, de empresas e certas áreas de direito privado? Em caso positivo, a que se deve o fato, e o que poderia ser feito para impedi-lo?

"O relacionamento do advogado crimi-

24. Realizada em 30/abr./76. Dela participaram os Advogados EVANDRO LINS e SILVA, EVARISTO DE MORAES, ALFREDO TRANJAN, GEORGE TAVARES e ARTHUR LAVIGNE.

nal com a polícia, o Ministério Público e a Magistratura.

"O caráter público e político da advocacia criminal."

Pretendia-se, através das informações prestadas por cinco advogados criminais da maior expressão, oferecer aos profissionais recém-formados e estudantes algumas bússolas acerca dos percalços na trajetória vocacional, haurindo-se uma experiência de valor incalculável.

Surgiu daí a idéia de empreender-se uma pesquisa.

Se do debate sobre problemas atuais da advocacia criminal resultara inequívoca a existência de uma crise; se tal crise se via confirmada em outros dados oferecidos pela pesquisa empírica; e se, não obstante, encontramos profissionais de excelente nível, o trabalho de conhecer melhor a atividade desses profissionais poderia ser útil não só como orientação aos novatos na profissão, mas também como elemento na diagnose das causas da própria crise.

Afinal, o atendimento profissional desses advogados reconhecidamente eficientes é quantitativamente inexpressivo face ao volume de usuários de serviços profissionais advocatícios.

Assim, resolvemos encaminhar a alguns advogados criminais, entre aqueles de reconhecidos prestígio e eficiência profissional, um questionário.

VII

Esse questionário, visando traçar um perfil superficial do advogado criminal bem sucedido, compõe-se de perguntas abertas e fechadas.

Como advogados bem sucedidos consideramos aqueles que têm conseguido ótimos resultados no interesse de seus clientes, atuando

de forma considerada honesta, vivendo de rendimentos profissionais compensadores. Essa atitude profissional deverá ter valido a esses indivíduos o respeito e confiança da comunidade. Alguns deles destacaram-se por atuação no magistério, participação em congressos, publicação de obras, dentre outras atividades ligadas ao Direito.

O questionário de que falamos foi enviado, juntamente com uma carta na qual se solicitava colaboração, a vinte e um advogados criminais escolhidos aleatoriamente dentre aqueles que ocupam uma posição de destaque no Fórum nesta cidade. Cabe observar, no entanto, que apenas nove dos solicitados devolveram o formulário com seus dados à ordenação da pesquisa; isso significa quase $\frac{2}{3}$ de omissões, embora tenha sido reiterado, posteriormente, o pedido de colaboração a todos aqueles com os quais se pensava poder contar. Devemos ressaltar que o desinteresse demonstrado no estudo em questão pode ser relacionado com características estruturais da própria profissão. Uma dessas características talvez seja exatamente a falta do hábito de reflexão sobre seu próprio trabalho e sobre a função que ele desenvolve no meio social. Com isso pode surgir todo um desinteresse em torno do que não seja redutível aos estritos termos da vida profissional, criando o risco de uma espécie de alienação na qual podem viver alguns profissionais, cujo único valor de referência seja a profissão em seu sentido operacional e rígido. Também a falta de tempo, dada a uma sobrecarga de serviço, contribui para que situações como essas surjam com frequência na vida de um profissional considerado realizado. Embora o número de advogados criminais reconhecidamente tidos como eficientes e prestigiados não seja elevado, o fato de apenas nove deles serem objeto de análise reduz a significância do estudo, embora não lhe tire o interesse.

É necessário esclarecer que dentre os profissionais solicitados não há nenhum do sexo feminino. Isso porque, no Fórum dessa

cidade, não se encontram, primeiramente, muitas mulheres trabalhando na área criminal e as que o estão fazendo não possuem de forma cabal as características utilizadas para distinguir os demais advogados.

Segue-se uma pequena análise dos dados enviados pelos nove advogados.

Quanto aos dados pessoais, podemos dizer que a idade média encontrada não foi avançada, tendo ficado quatro dos respondentes na faixa etária dos trinta a quarenta anos; quatro indivíduos indicaram ter entre 45 e cinquenta e um anos e outro 63 anos.

Assim sendo, os anos em que se formaram no curso de Direito estão entre 1966 e 1970 (3 respostas), 1961 a 1965 (2 respostas), 1950 a 1955 (2 respostas) e antes de 1950 (2 respostas). Com exceção de dois casos, os demais cursos de graduação foram feitos em faculdades do Rio de Janeiro.

Apenas três dos entrevistados (notadamente os localizados na faixa etária mais avançada) não fizeram cursos de especialização ou aperfeiçoamento. Supõe-se que os anos de prática até o momento acumulados por esses dois profissionais devam supri-los largamente dos conhecimentos obtidos nos cursos feitos pelos demais, que são cursos especialmente valorizados hoje em dia, dado a deficiência do ensino acadêmico, que torna o aperfeiçoamento cada vez mais necessário. Também o fato de que os cursos de pós-graduação têm sido exigidos pela maior parte das faculdades daqueles que pretendem lecionar deve ser levado em conta. O curso de mestrado foi feito por dois entrevistados, o de mestrado e o de doutorado também por dois e outros cursos de aperfeiçoamento, que não estes, foram feitos pelos outros dois advogados, sendo que apenas um desses cursos foi feito no exterior, tendo os demais sido feitos no Rio de Janeiro.

Quanto à formação acadêmica desses profissionais, três deles afirmam que os en-

sinamentos recebidos na Faculdade Ihes foram desnecessários no desempenho profissional. Quatro outros declararam que foram importantes os ensinamentos recebidos, sendo que esses respondentes estão dentro da faixa etária mais avançada; dois outros responderam que o aprendizado na faculdade Ihes foi complementar. Convém notar que a categoria "essencial" uma das opções de resposta do questionário, não foi escolhida por nenhum dos entrevistados. A maioria das respostas (8 respostas) indica que os advogados resolveram trabalhar nesta cidade por ser o local onde residiam, tinham suas relações sociais e familiares, enfim, toda uma estrutura de vida montada. Há ainda o caso de um respondente que graduou-se em outro estado e para cá veio em busca de informações e conhecimentos em seu campo profissional. Cinco dos advogados acrescentaram que já tinham relacionamentos na área profissional ao iniciarem a carreira.

Apenas um dos entrevistados, notadamente localizado na faixa etária mais avançada, não faz parte de nenhuma entidade profissional. Os demais estão vinculados a instituições tais como o Sindicato dos Advogados, o Conselho Seccional da OAB, e o Instituto dos Advogados do Brasil.

Exceto um caso, todos os demais disseram já terem participado de pelo menos um congresso internacional, sendo que alguns participaram de diversos desses encontros.

Quanto a outras atividades na área profissional, quatro dos advogados declararam já terem publicado pelo menos um livro jurídico. Também trabalhos não jurídicos foram publicados por quatro advogados, especialmente na área da literatura em geral.

Possivelmente a dificuldade de bibliografia especializada em língua portuguesa tenha levado essas pessoas a estudar outras línguas através das quais pudessem tomar conhecimento de obras não traduzidas. Também a participação em congressos internacionais, correspondência com profissionais estrangeiros, entre

outras atividades, parecem requerer o conhecimento de outras línguas; assim é que em espanhol, francês e inglês sete respondentes podem ler. Seis advogados lêem em italiano e dois em alemão.

Sete dos advogados afirmaram ter outras áreas de interesse intelectual fora do Direito, sendo essas as artes, literatura, filosofia, geografia, política e ciências sociais em geral, declarando ainda lerem habitualmente obras dentro dessas áreas.

Quanto à fonte de informações gerais diárias, todos os respondentes disseram que lêem o Jornal do Brasil, e ainda três deles lêem também o Última Hora, O Globo, a Folha de São Paulo ou o Estado de São Paulo respectivamente. A revista habitualmente mais lida é Veja (cinco respostas), seguida de Visão (três respostas). Há ainda uma resposta indicando a revista Time, uma a revista Manchete, uma a revista Técnica e um caso que indica não ler revistas não-jurídicas habitualmente.

As publicações especializadas habitualmente lidas são as seguintes: Revista de Direito Penal (seis respostas); *L'Indice Penale* (duas respostas); Revista Ciência Penal (duas respostas); Revista do Tribunal de Justiça (duas respostas); *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (duas respostas); Revista dos Tribunais (uma resposta); Litis (uma resposta); Revista Interamericana de Direito Penal (uma resposta); Revistas de jurisprudência em geral (uma resposta); ADCOAS (uma resposta); várias revistas sem especificação. (uma resposta).

Os autores preferidos dos respondentes, em direito Penal, são Ferri, Aníbal Bruno, Carrara, Reinhart Maurach, Nélson Hungria (duas respostas) e Heleno Fragoso (duas respostas). Uma das respostas indica vários autores, sem uma preferência específica, e uma pessoa não respondeu a essa questão. Já na área de Direito Processual Penal, os autores

preferidos são José Frederico Marques (quatro respostas), Eduardo Espínola Filho (quatro respostas), e Foschini (uma resposta). Um dos entrevistados indica gostar de vários autores sem preferência especial.

Através desses dados referentes a interesse intelectual, leitura, autores prediletos, podemos concluir que o advogado criminal de projeção é um indivíduo preocupado em estar informado do que está se passando no mundo; está em constante estudo de seu objeto de trabalho, preparando-se com dedicação e persistência e procurando suprir-se de conhecimentos e técnicas de trabalho com que declara não ter tido contato na Faculdade. Isso vem ao encontro de nossa afirmação inicial, quando dizíamos que essa vivência de estudo e dedicação do advogado criminal de que tratamos é esquecida pelo leigo, em prol de uma imagem mistificada ou, por outro lado, degradada por péssimas experiências com advogados criminais de pouquíssimo escrúpulo e capacidade.

ADVOGADOS ASSISTENTES

A	1
B	3
C	2
D	3
E	2
F	2
G	3
H	6
I	—

Quanto à função atribuída aos advogados-assistentes, quatro respostas indicam ser trabalho integral em qualquer caso; três respostas apontam ser, além da verificação, no Foro e Polícia, trabalho integral em casos mais simples (como acidentes de trânsito, por exemplo); uma resposta indica ser verificação no Foro e Polícia, elaboração de peças simples e participação em audiências menores.

Os cinco advogados que trabalham com

Quanto à estruturação da atividade advocatícia, em termos de funcionamento do escritório, cinco dos entrevistados consideram que atualmente o advogado criminal não deve trabalhar sozinho e sim com advogados-assistentes e estagiários. Três indicam que, além destes, o advogado deve formar juntas com outros colegas, em certos casos. Um dos advogados esclarece que qualquer uma das opções pode ser válida, inclusive o trabalho individual, dependendo isso apenas do número de circunstâncias ligadas ao tipo de causa, volume de serviço, etc.

Cinco entrevistados responderam trabalhar com advogados-assistentes e estagiários e três informaram terem apenas advogados-assistentes.

Em relação a cada um dos respondentes, é o seguinte o quadro das respostas dadas:

ESTAGIARIOS

1
—
1
2
1
2
—
—
—

estagiários lhes atribuem as funções de verificação no Foro e Polícia (três respostas) e, além dessa verificação, elaboração de peças simples (pequenas defesas prévias, etc) (duas respostas).

As relações do advogado criminal com os serventuários da Justiça, para funcionamento nos processos, foram consideradas importantes por oito dos entrevistados, tendo o outro declarado considerá-las irrelevantes.

Já quanto à Polícia, ainda no sentido de facilitar o funcionamento em inquéritos, quatro dos respondentes declaram que as relações são importantes e três disseram serem decisivas; um dos respondentes considera que o tipo de relação pode ser decisivo, importante ou irrelevante dependendo apenas do caso em questão. Isso evidencia que o trabalho do advogado criminal não pode se restringir ao estudo específico da causa, constituindo-se também uma série de atitudes que, embora não ligadas diretamente ao trabalho, passam a influir em seu desempenho.

O Tribunal do Júri, segundo sete advogados, já não é mais um significativo veículo de notoriedade para os profissionais que nele atuam, do que discordam dois dos entrevistados. Sete deles são de opinião, ainda, que a defesa de acusados por crimes políticos oferece mais dificuldades para o advogado, podendo, inclusive, testar sua independência profissional e coragem.

Quatro dos respondentes já exerceram alguma função pública (promotoria, defensoria pública, serventuário da justiça, assistência jurídica de serviço público federal, etc.) o que não ocorreu com os demais; cinco afirmam exercerem o magistério superior na área de Direito Penal em geral e consideram que isso influiu no trabalho que executam.

No que se refere a fatores que interferem no desempenho profissional as respostas dadas são as seguintes:

- 1 — preparo técnico, honestidade para com o cliente e dedicação (cinco respostas);
- 2 — honestidade para com o cliente, dedicação, independência e coragem (uma resposta);
- 3 — honestidade para com o cliente, dedicação e relacionamento pessoal com o juiz, promotor, etc. (uma resposta);

4 — preparo técnico e relacionamento pessoal com o juiz, promotor, etc. (uma resposta);

5 — independência, coragem e honestidade absoluta (uma resposta).

Como podemos notar, a honestidade e dedicação em relação ao cliente foram consideradas condições fundamentais para um bom desempenho por oito dos representantes, embora os conceitos de honestidade e dedicação possam não ser os mesmos para todos os respondentes. Preparo técnico é também muito valorizado (seis respostas). Os demais fatores de influência foram bem menos prestigiados.

Certamente esses profissionais, cujas idéias e métodos de trabalho estamos analisando, em quase nada se assemelham à grande maioria dos advogados criminais que, exercendo inescrupulosamente suas funções, mereceram severas críticas por parte da população carcerária, como comentamos no início do estudo. Sem dúvida que a população que habita nossas penitenciárias, por ser egressa das camadas economicamente mais desfavorecidas da sociedade, não tem acesso, em sua grande maioria, a determinado tipo de advogado criminal. Com isso não queremos dizer que apenas os grandes advogados criminais consigam êxito nas causas que defendem ou são os que se comportam corretamente em relação aos clientes, mas sim, que uma parte extremamente significativa desses profissionais atua sem qualquer noção ética ou humanitária com o tipo de cliente que consegue atrair com o baixo preço que cobra por seus serviços; estes clientes, estruturalmente sem condições de reclamar e fazer valer seus direitos, vêem suas causas perderem-se nos labirintos da justiça, tão distantes de seus entendimentos. São os incontáveis casos de abandono de causa, perda de prazos, desaparecimento com os honorários, ou uso inadequado de procurações, que fazem com que muitos indivíduos presos afirmem que a primeira coisa que farão ao sair da prisão será "ajus-

tar contas com o advogado", também chamado de "verdadeiro 171" (estelionatário), conforme foi dito diversas vezes às pesquisadoras do ICIPERJ na pesquisa *A Visão do Preso Sobre a Administração da Justiça*, anteriormente citada.

A razão principal de terem os entrevistados escolhido a especialidade em que trabalham foi, segundo quatro das respostas, o gosto pelo Direito Penal; duas outras afirmam que circunstâncias profissionais os lançaram na especialidade e uma resposta refere-se a isto juntamente com o gosto pelo direito Penal. Um respondente afirma ter escolhido a especialidade em razão de inclinações familiares e outro por influências de uma personalidade do meio jurídico.

A época em que essa especialidade do Direito foi escolhida, de acordo com três entrevistados, foi durante o curso da Faculdade, sendo que outros três afirmam terem-na escolhido desde criança. Dois advogados responderam que a escolha deu-se depois da Faculdade, no decorrer dos cinco primeiros anos de profissão, e um outro esclarece que a especialidade não foi exatamente escolhida e sim que circunstâncias profissionais encaaminharam-no a ela. Cinco desses profissionais já exerceram a profissão, anteriormente, em outras áreas do **Direito**.

Cinco dos entrevistados declararam que o que visam, principalmente, ao se encarregarem de uma causa, é responder da melhor forma possível aos interesses do cliente, ganhando a causa; dois outros afirmam o mesmo, acrescentando um compromisso com a ética. Duas pessoas não responderam a essa pergunta.

Quanto às expectativas dos entrevistados em relação à profissão, no sentido do que esperam eles que ela lhes conceda, as respostas foram as seguintes:

— realização pessoal e econômica (três respostas);

— satisfação pessoal, realização (duas respostas);
— influência sobre a realidade (uma resposta);
— satisfação econômica (uma resposta);
— reconhecimento do cliente e respeito do meio jurídico (uma resposta). Uma pessoa afirma que tudo o que desejava da profissão foi conseguido.

As causas às quais atribuem a notoriedade profissional alcançada são zelo, eficiência, competência (cinco respostas), honestidade (três respostas), estudo (duas respostas). Há um caso em que se aponta a tradição familiar da profissão e o começo de atuação muito cedo, e outro em que se indica atuação em causas importantes e de muita repercussão social. Duas pessoas não responderam à questão.

Conclusões

Primeiramente cabe notar que o pequeno número de questionários respondidos dificulta uma análise mais ampla, à medida em que a significância da amostra fica muito reduzida.

Como conclusões gerais podemos admitir que o advogado criminal da atualidade está organizado dentro de uma estrutura empresarial, trabalhando em escritórios maiores e mais bem aparelhados, com profissionais de vários níveis, o que parece estar ocorrendo em diversos setores da sociedade, onde a concentração está se tornando uma constante. Trata-se de um indivíduo que procura manter-se atualizado em termos de informações básicas e, principalmente, em termos profissionais. O constante estudo que os entrevistados deixaram transparecer é da maior importância no contexto geral dessa especialidade.

Também parece interessante notar as diversas atividades que compõem a vida desses advogados, ora em cursos de especialização, ora como professores universitários, ora pu-

blicando trabalhos ou participando de congressos, o que demonstra uma troca de informações bastante ampla e dinâmica que deve transmitir-lhes uma atualização mais profunda no que concerne a assuntos profissionais.

Uma preocupação com o que se passa além do campo profissional pode ser notada, embora não na proporção que seria desejado, dando a entender, ainda, que o lado humano da questão também deve ser levado em conta.

Um fato relevante é toda uma rede de influências que cerca esses indivíduos facilitando o trabalho na Justiça e Polícia, e que

deve ser valorizada pela análise como o é pelos próprios advogados. Dentro dessa perspectiva, conceitos tais como os de ética, honestidade, humanidade, etc., podem ser confundidos ou terem uma significação diversa, dependendo do entrevistado em questão.

Convém notar a existência de um *bias* em certa margem significativa de respostas, dadas as condições especiais em que os advogados foram solicitados, sendo todos do âmbito das relações da coordenação do trabalho, o que pode ter criado uma expectativa com respeito ao que esta gostaria de obter como resposta de algumas perguntas.

A PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO PENAL PRIVADA

SERGIO DEMORO HAMILTON

1. Assumindo o Ministério Público, na ação penal privada, posição nitidamente secundária em relação ao papel de relevo que desempenha na ação penal pública, sua participação, nos casos em que somente se procede mediante queixa, nem sempre tem merecido exame acurado no objetivo de fixar-se a exata dimensão da sua atuação em tais circunstâncias. Como se verá, larga é a sua atividade nos diversos momentos em que, chamado a officiar, deve trazer seu parecer a respeito de delicadas questões processuais, que, não raro, surgem e que nem sempre são enfrentadas com o desejado requinte, justamente porque descurado o estudo da sua participação nos casos de ação exclusivamente privada. Não só vasta como complexa é a esfera de atuação que a lei reservou ao Ministério Público em diversos momentos da ação penal privada, traçando uma variegada soma de atribuições, merecedoras, todas, de cuidadoso exame.

2. Demitindo-se da acusação, o Estado, pelo fenômeno da substituição processual, transfere ao particular o direito de acusar, reservando para si, apenas, o direito de punir. Fica, assim, o particular investido da qualidade de parte legítima extraordinária, exercitando o *ius persequendi in iudicio*, somente nos casos indicados em lei, por razões que escapam ao objetivo do presente tra-

balho analisar. Porém, o caráter publicístico que envolve toda a ação penal, pública ou privada, justifica e exige ampla participação do Estado no seu desenvolvimento, mesmo quando se cogita de exclusiva ação privada, no objetivo primacial da efetiva realização de justiça.

3. Nessa ordem de idéias, o Ministério Público atua, de comum, como fiscal da lei, tal como o permite o art. 257 do C.P.P., nos casos de ação privada. Ao afirmar que a presença rotineira do Ministério Público naquelas hipóteses é a de mero fiscal da lei, fi-lo de forma propositada pois, como adiante pretendo demonstrar, ocorrendo o aditamento da queixa, o Ministério Público, em face do nosso direito positivo, adquire legitimidade *ad causam* para atuar como órgão promotor da ação penal privada, pelo menos na fase inicial de aditamento.

4. O primeiro momento em que o Ministério Público é chamado a manifestar-se sobre a queixa dá-se quando, oferecida a inicial, os autos lhe vão com vista para o fim a que alude o art. 46 § 2º do C.P.P. O referido dispositivo faz referência, apenas, ao prazo para aditamento da queixa, podendo, numa primeira visão, fazer crer que somente para aquele fim é que se justifica a sua intervenção. É certo, não há duvidar, que a lei disse menos

que pretendeu, pois bem mais ampla e variada é a sua esfera de atuação nesta fase do procedimento, mesmo que não encontre razão para promover o aditamento da queixa.

5a. Examine-se, por primeiro, o problema do aditamento. ESPÍNOLA FILHO, se bem entendi seu pensar, manifesta opinião no sentido de que, caso não adite a queixa, o Ministério Público não mais deverá intervir no processo¹. Com vantagem, obtempera TOURINHO² demonstrando que, como defensor do interesse público, sempre presente em qualquer ação penal, cabe ao Ministério Público, como fiscal da lei, intervir em todos os termos subseqüentes do processo, haja ou não aditamento, buscando, com inteiro acerto, apoio na própria lei processual penal, que não fez distinção, nesse ponto, para as hipóteses de haver ou não aditamento (arts. 45, 257, 500 § 2º e 600 § 2º C.P.P.).

Ainda em matéria de aditamento, cumpre analisar algumas questões interessantes, que, segundo entendo, estão a exigir cuidadoso exame. Sabe-se que em matéria de ação exclusivamente privada vige o princípio da oportunidade ou da conveniência pelo qual é facultado ao particular exercer a ação penal; fica a seu alvedrio o *ius accusationis*. Pois bem: em homenagem ao princípio da indivisibilidade da ação, a lei autorizou o Ministério Público a promover o aditamento da queixa (arts. 45 e 48 C.P.P.) para nela incluir outros autores do crime excluídos da inicial. Ao exemplo: se Tício e Caio cometeram um crime de ação privada, compete ao particular promover, se quiser, a ação penal contra ambos, não lhe cabendo excluir da demanda um deles. Caso assim proceda, em obediência à lei processual, cabe ao Ministério Público aditar

a queixa para fazê-la extensiva ao co-partícipe excluído, formando-se, dessa forma, o inafastável litisconsórcio penal passivo necessário. É que a ação penal há de abranger todos os participantes da infração, visto que a eleição de apenas um tísaria a conduta do querelante com a marca de vindita privada à qual, evidentemente, a justiça não pode dar guarida.

Não deixa, neste passo, de ser curiosa e até paradoxal a solução dada por nossa lei processual ao problema, procurando conciliar o inconciliável, quando, para resguardar a indivisibilidade, sacrifica o princípio da oportunidade. Com efeito, na chamada queixa crime, como já salientado, dá-se o fenômeno que, na doutrina, recebeu o nome de substituição processual, pois o ofendido, que não é titular do *ius puniendi*, fica autorizado, por razões que, aqui, não teria sentido discutir, a deduzir a pretensão punitiva. Portanto, caso típico de legitimação extraordinária. Porém, quando do aditamento da queixa, o legitimado ordinário para o exercício do direito de ação (M.P.) volta a assumir a posição de órgão promotor, somando à inicial o nome do co-partícipe que, de forma indevida, fora excluído do processo pelo querelante. Ora, tal tomada de posição importa na propositura da ação penal contra o co-réu não chamado ao processo pelo legitimado extraordinário. Daqui não há fugir.

TORNAGHI, examinando o fenômeno processual em tela, salienta que a modalidade de intervenção do Ministério Público na ação privada, por meio do aditamento, faz dele *parte adjunta*, que irá atuar ao lado do querelante, parte principal, estabelecendo, do mesmo passo, nítida distinção entre a posição de parte adjunta, assessora da atividade do querelante, e a de fiscal da lei³, ambas exercidas pelo Ministério Público naquelas circunstâncias.

3. Cfr. "Comentários ao Código de Processo Penal", HÉLIO TORNAGHI, vol. I, Tomo II, págs. 91/92, "Forense", 1956.

Se a distinção que se faz entre ação pública e ação privada reside, única e exclusivamente, na legitimidade para agir, certamente o fenômeno processual ora em exame não recebeu, por parte do legislador, o devido tratamento científico. Diria, mesmo, que a solução encontrada pelo nosso Código é, ontologicamente, absurda, pois, diante da lei, a ação, embora efetivado o aditamento, continua sendo privada, daí advindo uma série de conseqüências práticas.

De fato, ocorrendo o aditamento, passam a figurar como parte autora dois sujeitos, o ofendido (parte principal) e o Ministério Público (parte adjunta), formando um exdrúxulo litisconsórcio penal ativo. Esdrúxulo porque a sorte da lide ficará sempre à mercê da iniciativa do querelante, não podendo o Ministério Público substituir-se à parte principal. Exercendo atividade secundária, não pode evitar que o querelante deixe ocorrer a perempção ou que conceda o perdão ao querelado, mesmo que se trate de réu incluído no processo por força do aditamento.

Talvez, por tratar-se de providência rara de ocorrer na prática, o aditamento não mereceu da doutrina adequado estudo especulativo, nem se costuma ver, nos repositórios de jurisprudência, julgados que espelhem o tema em exame.

5b. Mas não basta criticar o tratamento adotado pelo nosso direito positivo em relação ao aditamento; impõem-se buscar solução adequada para a matéria. A pergunta que, então, se impõe pode ser assim resumida: como conciliar os dois princípios, oportunidade e indivisibilidade, sem assumir a defeituosa posição adotada pela nossa lei processual?

Penso, em resposta, que a solução, doutrinária e cientificamente, correta importará em profunda revisão no tratamento legislativo do tema, já que, no meu entender, nos casos de exclusiva ação privada, a não inclusão, na

queixa, do nome de um dos autores da infração penal deverá importar na renúncia tácita em relação ao partícipe excluído, renúncia que se estenderá a todos os autores da infração penal, com a conseqüente extinção da punibilidade.

Desapareceria, assim, a figura anômala do aditamento por parte do Ministério Público em casos de exclusiva ação privada, cabendo ao juiz, desde que violada a indivisibilidade, julgar extinta a punibilidade pela renúncia, rejeitando a queixa (art. 43, II c/c 49 do C.P.P.).

A queixa haveria de abranger a todos os autores da infração penal ou, desobedecida a indivisibilidade, mereceria rejeição, que, em última análise, traduziria, para o particular, um castigo pelo sentimento de vingança ou pelo interesse pecuniário demonstrado, incompatíveis com os superiores objetivos da função punitiva do Estado.

Aqui fica a sugestão.

5c. Outra questão interessante, no que tange ao aditamento da queixa, relaciona-se com os limites da providência, pois, a meu ver, a iniciativa só encontra amparo na lei na medida em que protege a observância do princípio da indivisibilidade da ação penal privada em relação a todos os autores do crime, não admitindo qualquer outra iniciativa do Ministério Público no objetivo de ampliar o pedido formulado pelo querelante. É como deixam claro os artigos. 45 e 48 do Código de Processo Penal, que não podem ser vistos insuladamente mas, ao contrário, exigem exame conjunto e sistemático. Dessa forma, se o suporte fático da queixa evidenciar a ocorrência de outro crime de ação privada não excogitado na queixa, nem por isso estará o Ministério Público autorizado a promover o aditamento da inicial para, nela, incluir o delito omitido. Tal direito só é conferido ao Ministério Público quando em jogo crime de ação penal pública (art. 384 § Único C.P.P.). Ali-

1. Cfr. "Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, vol. 1, pág. 438, "Editor Borsoi", Rio, 1965.

2. Cfr. "Processo Penal", FERNANDO DA C. TOURINHO FILHO, 1º volume, pág. 380, 2ª edição, "Editora Jalovi", São Paulo, 1975

as, nem mesmo o juiz poderá pretender que o querelante promova o aditamento da queixa, pena de violar o princípio da oportunidade, norteador da ação privada. Se o fato apurado no sumário é idêntico ao descrito na queixa mas esta o classificou de forma equivocada, o juiz poderá alterar a classificação, ainda que para, aplicar pena mais grave, sem que tal importe na violação dos princípios básicos da ação privada, pois, ao deslocar a classificação, age o magistrado em estrita observância ao disposto no art. 383 da lei processual penal básica. Não há falar de punição *in pejus*, pois o querelado tomou a si defender-se da acusação narrada na queixa e não do delito aí capitulado. Não cabe aqui abordar a discutível constitucionalidade do aludido art. 383, atingindo o princípio da ampla defesa protegido pela Lei Maior, defesa que, na realidade, se exercita não somente em relação ao fato narrado mas também e, talvez, principalmente para definição jurídica que o fato mereceu. Seria assumir posição farsaica, não reconhecer tamanha verdade. Porém, o Pretório Maior, ao ferir de passagem a questão, já decidiu que a faculdade a que alude o art. 383 "deve ser usada com cautela" ⁴.

A esta altura tem pertinência a indagação: e o querelante poderá pretender o aditamento?

A lei não prevê a providência mas nada impedirá que, por interpretação extensiva ao art. 384 § Único do C.P.P., se permita à parte autora aditar a queixa, desde que, em contrapartida, se assegure à defesa o direito de resposta ao aditamento com o consectário lógico, daí decorrente, caracterizado pela faculdade da produção de provas.

5d. *Quid iuris* se, embora oferecida queixa, restar evidenciado que o fato narrado constitui crime de ação pública?

4. Cfr. "Jurisprudência Criminal", HELENO C. FRAGOSO, pág. 192, nº 266, "Forense", Rio.

Parece-me que, nesse passo, caberá ao Ministério Público manifestar repúdio à queixa, postulando no objetivo da sua rejeição, por carência de ação do particular (art. 43, III C.P.P.). Rejeitada a inicial e decorrido o prazo legal do recurso cabível (art. 581, I C.P.P.) ou improvido o interposto pelo querelante, os autos voltariam com vista ao Ministério Público para apreciar a peça de informação, oferecendo, desde logo, a denúncia ou requisitando a abertura de inquérito policial (art. 5, II C.P.P.). De qualquer forma não será possível ao Ministério Público substituir, desde logo, a queixa pela denúncia ou por outra qualquer providência, já que, bem ou mal, há um pedido formulado a exigir a devida prestação jurisdicional.

5e. Qual o *modus faciendi* do aditamento?

O Código não traçou normas regulando a forma do aditamento nos diversos momentos em que, dele, se ocupou (arts. 45 e 384 § Único), quer se trate de aditamento em caso de ação pública quer se cogite de aditamento em hipótese de ação exclusivamente privada. Não resta dúvida, porém, que, na sua essência, o ato processual de aditamento deve apresentar-se como uma peça formal, contendo todos os requisitos de uma petição inicial e, pois, revestindo-se das exigências contempladas no art. 41 do Código de Processo Penal. Assim, na petição de aditamento, o Ministério Público deverá indicar o nome do imputado (ou imputados), a qualificação completa ou os esclarecimentos pelos quais possa ele ser identificado, bem como indicar as provas que pretende produzir em prol do que afirma, tudo por força das regras contidas nos arts. 41, 45 e 48 do diploma processual. Desprezível a tomada por termo do aditamento, formalismo à *outrance*, muito em voga no foro, mas destituído de qualquer sentido técnico e prático. Essencial, sim, será o recebimento do complemento da inicial por parte do juiz, juntamente com a queixa originária, promovendo-se, ao empós, a citação de

todos os réus para o fim da formação da relação processual válida.

5f. Pode surgir delicada questão, caso o aditamento venha a ser rejeitado. Cabe recurso contra aquela decisão? Penso que sim, pois aquela providência jurisdicional não se reveste da natureza de mero despacho de expediente, apresentando o caráter de verdadeira decisão interlocutória terminativa. Resta saber qual o recurso cabível, questão que, a *vol d'oiseau*, pode parecer despida de maior dificuldade mas que, ao contrário, exige algumas considerações. A resposta intuitiva para a indagação indicaria que o recurso adequado vem gizado no art. 581, I do Cód. de Processo Penal. Mas cumpre ponderar que os casos de recurso inominado são, todos eles, de direito estrito, não admitindo, em consequência, a possibilidade de invocação à analogia. ELIEZER ROSA ⁵, discorrendo *ex professo* sobre o tema, refuta a possibilidade de haver aplicação analógica, "estendendo-se a hipótese legal à hipótese concreta não prevista literalmente". E acrescenta: "a vantagem ou desvantagem de um recurso casuista, de número fechado, está exatamente em não permitir aplicação analógica. Aliás, deixaria de ser recurso típico, estrito. O elenco legal é taxativo e obrigatório. E por ser obrigatório e taxativo é que não deve o juiz indeferir nenhum recurso que realize a tipicidade legal. Não deve e não pode legalmente indeferir. A matéria de cabimento de recurso de casuismo legal não admite interpretação. Ou está na lei ou não está. Não há ampliação possível a outros casos". A lição é perfeita. Na verdade, de duas uma: ou o recurso está na lei ou não está; *tertius non datur*. Sem embargo daquelas considerações, ESPÍNOLA FILHO ⁶ sustenta a possibilidade de ampliação, por analogia, dos casos de recurso em sentido estrito, fazendo, inclusive, referência à obser-

vação de Borges da Rosa no sentido de que a enumeração é taxativa quanto ao espírito do texto legal mas não quanto às suas expressões literais, de sorte que embora o novo caso não se subsuma, de forma exata, aos enumerados na lei deve ser admitido desde que se identifique com a finalidade de qualquer uma das hipóteses indicadas no texto legal. Assim sendo, embora não prevista a rejeição do aditamento da queixa no elenco do art. 581 da lei processual, teria cabimento, por auto-integração analógica da norma, a interposição do recurso com base no inciso I. A lacuna da lei ficaria preenchida por meio de norma homogênea, isto é, advinda do mesmo estatuto processual. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por sua Primeira Câmara Criminal 7, seguindo tal orientação, em hipótese semelhante, firmou o cabimento do recurso em sentido estrito contra o indeferimento da modificação (*sic*) da queixa, visando a tornar mais grave a acusação por meio de nova definição jurídica. Portanto, para os que admitem como não proscriita a ampliação por analogia dos casos de recurso em sentido estrito, a dificuldade estaria superada.

Porém, como ficam os que, em relação ao tema, se contrapõem àquele entendimento?

Parece-me que a lei processual penal dá recurso adequado para a espécie, ao conceder apelação contra as decisões definitivas ou com força de definitivas proferidas por juiz singular, nos exatos termos do art. 593, II.

Dada a natural dúvida que a matéria suscita, o uso de um ou de outro remédio processual não deverá acarretar prejuízo para o sucumbente, amparado, de qualquer modo, pela regra do art. 579, cabendo ao juiz, desde que reconheça a impropriedade do recurso interposto, mandar processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível, por meio da conver-

5. Cfr. "Dicionário de Processo Penal", ELIEZER ROSA, pág. 179, "Editora Rio", 1975.

6. *In op. cit.*, vol. 6, pág. 77.

7. *Apud*. "Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, vol. 6, pág. 90, "Editor Borsoi", Rio, 1961.

são do recurso impróprio no próprio, como o permite o princípio da fungibilidade.

5g. Cumpre, agora, perguntar: o Ministério Público fica obrigado a aditar a queixa desde que em jogo o resguardo do princípio da indivisibilidade?

TORNAGHI 8, com a segurança do seu saber, ensina que "a lei dá ao Ministério Público a *faculdade*, não o dever de aditar", daí dizer o art. 45 da lei dos ritos que a queixa *poderá* ser aditada. Em que pese o respeito que merece a opinião do precursor da sistematização científica do processo penal brasileiro, penso que o artigo 45 padece de dicção imprópria, não podendo ser visto insuladamente mas sim em cotejo com o art. 48 do Código de Processo Penal que *obriga* o Ministério Público a velar pela indivisibilidade da ação penal. Ora, se a queixa contra qualquer dos autores do crime *obrigará* ao processo de todos e o Ministério Público *velará* pela sua indivisibilidade, é evidente que o caráter imperativo da norma não dá opção àquele órgão do Estado, que, sempre que violado o princípio da indivisibilidade, deverá editar a queixa.

5h. O prazo para o aditamento da queixa, conforme soa o art. 46 § 2º, será de três dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos com vista (art. 800 § 2º C.P.P.), não se computando o dia do começo mas incluindo-se o do vencimento (art. 798, § I C.P.P.). Tratando-se de prazo de natureza processual não se pode incluir, no cômputo do prazo, o dia do começo, tal como se dá quando da aplicação da lei penal material. (Art. 8 C.P.). Nada impede, evidentemente, que leis extravagantes estabeleçam outros prazos para aditamento, como ocorre, por exemplo, com a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250 de 09.2.67), em que a providência pode ser tomada dentro em 10 dias. (Art. 40 § 3º).

8. *In op. cit.*, 91.

É interessante observar que a lei penal instrumental, na fase procedimental referida no artigo 46 § 2º, contenta-se com o silêncio do Ministério Público que, a rigor, pode deixar escoar o prazo sem emitir qualquer parecer, limitando-se a devolver os autos ao escrivão, desde que entenda desnecessário qualquer pronunciamento a respeito da queixa, quer em relação ao aditamento quer em relação a outras questões processuais.

O prazo para aditamento, segundo penso, é de preclusão forte; vale dizer: decorrido o tríduo estabelecido na lei processual (art. 46 § 2º), fica o Ministério Público impedido de aditar a queixa.

Pode ocorrer, no entanto, que *novos* fatos apurados na instrução indiquem a necessidade do aditamento. Agora, em face da revelação de novos dados, fica o Ministério Público autorizado a aditar a queixa, já que resta de pé o preceito contido na norma do art. 48 da lei processual penal. O aditamento, nestas circunstâncias, importará no refazimento dos atos de instrução já praticados, sem prejuízo da realização de outros atos de instrução probatória decorrentes do acréscimo.

Torna-se evidente que a medida será impossível caso o processo já tenha sido objeto de sentença final, embora não definitiva. Nessa emergência só restará, como único remédio capaz de resguardar a indivisibilidade, a instauração de novo processo pelo querelante caso não tenha ocorrido a extinção da punibilidade.

Agora, segundo entendo, somente o querelante pode, como parte principal, propor nova ação perante o mesmo juiz, já que a lei só dá ao Ministério Público o direito de aditar a queixa já proposta, atuando como parte adjunta, mas não lhe concede qualidade para propor ação penal privada, como parte principal, por falta de legitimidade *ad causam* ativa. Caso o querelante não promova a ação contra o co-partícipe excluído da primei-

ra demanda, restará violado o princípio da indivisibilidade da ação penal, que a lei, com tanto cuidado, buscou resguardar.

5i. No Projeto de Lei nº 633/75, relativo ao Código de Processo Penal, ora em fase final de exame pelo Congresso Nacional, o aditamento apresenta algumas novidades. Assim, é permitido o acréscimo da queixa quando aplicável medida de segurança ou pena indeterminada (art. 268 § 1º), indicando, ainda, o art. 271 que o aditamento deverá revestir-se dos mesmos requisitos de uma inicial (art. 265), no que for aplicável. Merece elogio a redação do art. 268 do Projeto quando salienta que nos crimes de ação privada, o juiz, depois, de ser-lhe apresentada a queixa, mandará ouvir o Ministério Público para aditá-la *ou requerer o que entender conveniente*. Como já assinalado (Cf. nº 4), não constitui única finalidade da vista ao Ministério Público, nesta fase, o aditamento ou não da queixa, tal como consua a defeituosa redação do Código em vigor (art. 46 § 2º). Corrige-se, dessa maneira, a fórmula incompleta da atual lei processual penal. Outra singularidade do Projeto consiste em ampliar o prazo de que disporá o Ministério Público para requerer providências (aditamento ou qualquer outra cabível), fixado, agora, em 5 (cinco) dias (art. 268).

6. Ficou dito, no início do presente estudo, que a atuação do Ministério Público, ao estudar a inicial, não se restringe ao eventual aditamento da queixa (Cf. nº 4), mas que, ao contrário, muito diversificada poderá ser sua atividade nesta fase do procedimento em que uma série de outros temas estão a exigir seu pronunciamento. De fato, compete-lhe, como fiscal da lei, examinar, nessa ocasião, os pressupostos processuais, as condições da ação, o suporte fático da queixa, o aspecto formal da inicial (art. 41 C.P.P.) e a instrução do pedido, manifestando seu parecer, conforme o caso, a respeito de cada uma dessas questões. É certo que se nada tivera arguir bastará apor o seu *nihil*

obstat, sem necessidade de analisar, em promoção fundamentada, cada um dos temas que foram objeto de seu estudo. É comum, na prática forense, afirmar a Promotoria, naquela oportunidade, que "nada tem a aditar à queixa", fala que, mais uma vez insisto, não me ressaibe adequada, pois incompleta, retratando uma atuação atrofiada do Ministério Público nesta fase do procedimento, tendo em vista o número infindável de assuntos da maior relevância, para o desenvolvimento regular da instância, que foram objeto de estudo.

7. Incumbe, em primeiro lugar, ao Ministério Público examinar os pressupostos processuais cuja falta pode comprometer a relação processual, impedindo-a de nascer, quando ausente um pressuposto de existência, ou viciando-a, se faltar um pressuposto de validade da instância, apontando, desde logo, ao magistrado a nulidade e indicando, conforme o caso, o caminho a seguir e a solução cabível.

Ausente uma das condições da ação, só restará ao Ministério Público opinar pela rejeição da queixa, em face da carência de de ação do autor. (Art. 43 C.P.P.).

Se a falta guardar relação com o aspecto formal da petição inicial (art. 41 C.P.P.), caberá ao Ministério Público, apontando as omissões, requerer sejam elas supridas, muito embora tais omissões não se apresentem como impeditivas do recebimento da queixa, pois, a todo o tempo, antes da sentença final, poderão ser supridas (art. 569 C.P.P.). Averte-se que o dispositivo em questão não trata da queixa inepta mas da inicial omissa em ponto secundário, pois, no primeiro caso, não há falar em sanatória, impondo-se rejeição liminar da inicial.

Em jogo o suporte fático da queixa, deverá o Ministério Público observar, sem grande profundidade, se a inicial guarda compasso com a instrução probatória que lhe serve de

base, salvo, é evidente, quanto a diligências que devam ser realizadas no juízo criminal. Aqui, não haverá necessidade de maior rigor, pois a instrução criminal que se produzirá em juízo colherá todos os esclarecimentos necessários para a realização de um julgamento justo, complementando-se ou não as eventuais deficiências de prova até a prolação da sentença.

No que respeita à instrução do pedido, a exigência mais comum, nesta fase, consiste na necessidade da regularização formal do mandato, que, em se tratando de queixa, deve obedecer às regras do art. 44 da lei processual penal. No mandato, além dos poderes especiais conferidos ao procurador, que deve possuir habilitação técnica, torna-se imprescindível a menção do fato havido como criminoso (não a classificação do crime), providência que visa a acautelar o mandatário dos riscos da prática do crime de denúncia caluniosa (art. 339 C.P.), sem falar na eventual responsabilidade civil a que estaria obrigado, caso não estivesse acobertado pelos termos da procuração. O querelante, caso não seja advogado legalmente habilitado, deverá constituir patrono para promover a ação penal. Ser-lhe-á lícito postular em causa própria desde que tenha habilitação legal ou, se for o caso, quando, no lugar, não houver advogado ou, ainda, no caso de recusa ou de impedimento dos que existirem. Aplica-se, por hetero-integração analógica, o disposto no art. 36 do Código de Processo Civil. É preciso ter em conta que são nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoas não inscritas na Ordem ou por inscritos impedidos ou suspensos, sem prejuízo das sanções civis ou penais em que incorrerem tais pessoas (art. 76 da Lei 4.215 de 27.4.63).

Caso a parte, por sua pobreza, não disponha de recursos indispensáveis para promover a ação penal ou, mesmo, para constituir advogado, caberá ao juiz providenciar na forma do art. 32 do Código de Processo Penal, gozando o querelante, do mesmo passo, da isenção do depósito de custas (art. 806

C.P.P.), desde que, evidentemente, comprove a sua pobreza. Em nosso Estado, cabe à Defensoria Pública, órgão de atuação da Assistência judiciária, propor a ação penal privada nos casos em que a parte for juridicamente necessitada (art. 22, VII da Lei Complementar nº 06 de 12.5.77).

8. Pode ocorrer que a peça de informação chegada ao conhecimento do Ministério Público demonstre a ocorrência de duas infrações penais conexas, uma perseguível por ação pública e outra com sua persecução criminal dependente de ação privada. Sabemos, outrossim, que a conexão importa em unidade de processo e de julgamento (art. 79 C.P.P.). Porém, na hipótese, as duas infrações só seriam reunidas em um mesmo processo e encontrariam deslinde em única sentença, caso o titular da ação privada resolvesse vir a juízo promover a persecução criminal, ocorrendo, então, cumulação de ações.

Aliás, no caso formulado, dada a diversidade de princípios que regem as duas ações, pública e privada, melhor seria que o juiz, usando da faculdade que lhe assegura o art. 80 da lei dos ritos, determinasse a separação dos processos. Julgo ser este o melhor caminho a seguir, visando a não prejudicar o andamento da ação pública.

9. Nas infrações penais perseguíveis por ação privada, pode o interessado requerer a abertura de inquérito (art. 5 § 5º C.P.P.), formalizando o requerimento de acordo com o disposto no art. 5 § 1º da lei instrumental penal. Pois bem; concluído o inquérito e remetido ao juiz natural do feito devem os autos permanecer em cartório, aguardando a iniciativa do interessado (art. 19. C.P.P.). No foro é comum, em tais casos, remeter-se o procedimento com vista ao Ministério Público, providência que, no meu entender, não tem qualquer sentido técnico, já que o Ministério Público nada tem a promover em relação ao feito. Porém, se de um lado a praxe não se apresenta revestida da melhor técnica pro-

cessual de outro apresenta a vantagem de permitir, desde logo, o exame da peça de informação por parte do Ministério Público, ensejando, inclusive, o início de atos de persecução criminal caso se verifique a existência de infração penal de ação pública conexa. De qualquer forma, se a iniciativa do interessado não se fizer sentir no prazo de decadência (ou ocorrendo outra causa de extinção da punibilidade), caberá ao juiz declarar, de ofício, a extinção da punibilidade (art. 61 C.P.P.), caso, antes, o indiciado ou próprio Ministério Público não hajam postulado aquela medida.

10. Merece exame especial a posição do Ministério Público em relação à questão de mérito ventilada no processo. Em outras palavras: deve o Ministério Público limitar sua atividade ao exame do aspecto formal da ação penal privada ou opinar, também, a respeito do mérito?

Chamado a atuar na queixa como fiscal da lei, sua participação, como órgão interveniente, deve ser a mais ampla possível, propiciando a ocasião de examinar não apenas os incidentes de forma mas, igualmente, o mérito do pedido.

Auditando ou não a queixa, quando convocado a officiar em alegações finais, preocupado com a correta aplicação da lei e com a restauração da ordem jurídica violada, o Ministério Público deve, igualmente, manifestar seu parecer a respeito do mérito. Aliás, mesmo quando exercita a ação penal pública, o Ministério Público atua como órgão do Estado voltado, exclusivamente, para a correta aplicação da lei, pois o Estado não tem qualquer interesse na condenação ou na absolvição do réu. O único objetivo do Estado é o da realização de justiça. Daí a distância que o Ministério Público guarda em relação às partes da relação jurídico material (imputado e ofendido). Assim também na queixa. Participando da contradição posta em juízo por outros (que-

relante e querelado), o Ministério Público deve empenhar-se, ao lado do organismo jurisdicional encarregado de entregar a prestação jurisdicional, no escopo comum da correta atuação da lei no caso concreto.

Aliás, no campo do processo civil, outra não é a posição do Ministério Público quando atua, em favor do interesse público, na qualidade de fiscal da lei, sem qualquer vinculação que não a de resguardar a neutralidade do juiz, figura central do processo e sujeito *piu eminente* da relação processual, no sábio dizer de Manzini⁹. Intervindo daquela maneira, terá vista dos autos depois das partes (art. 83, I C.P.C.), opinando sobre o mérito da maneira que lhe parecer mais justa.

Por que, nos casos de exclusiva ação privada, onde em jogo a liberdade individual, haveria o Ministério Público de restringir sua atuação ao campo, apenas, das questões processuais?

Assim, segundo penso, em alegações finais o parecer do Ministério Público deve ser abrangente de toda a matéria discutida, incluindo o mérito, questão principal.

Ainda aqui, o Código em vigor não concedeu tratamento adequado ao Ministério Público, mostrando-se distante da real posição que aquele órgão do Estado desempenha na ação penal privada. De fato, ao tratar do processo comum, estabeleceu regra segundo a qual, nos processos por crime de ação privada, o Ministério Público terá vista dos autos depois do querelante (art. 500 § 2º). Esta, em consonância com o que ficou dito, não pode ser a melhor posição, pois, atuando como fiscal da lei, o Ministério Público, tal como dispõe a lei instrumental civil (art. 83, I), deveria, necessariamente, officiar após a fala do querelado.

9. *Apud*. "Manual de Direito Processual Civil", JOSÉ FREDERICO MARQUES, vol. 1, pg. 172, Edição Saraiva", 1974.

11. A falta de intervenção do Ministério Público nos casos em que se procede somente mediante queixa acarreta nulidade para o processo?

Haverá nulidade, é fora de dúvida, quando não se der a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, *quando se tratar de crime de ação pública* (art. 564, III d C.P.P.). Assim mesmo, em casos que tais, cogita-se de nulidade relativa, sujeita a sanação, caso não argüida em tempo hábil (art. 572 C.P.P.). Aqui, como em tantas outras oportunidades, não seguiu o atual Código o melhor caminho, mostrando visível contraste com a posição tomada no atual Código de Processo Civil, que elevou à categoria das nulidades absolutas a falta de participação do Ministério Público no feito em que deva intervir (arts. 84 e 246 C.P.C.).

Este, no entanto, não é o objeto da indagação e se cogitei do tema foi, tão somente, para demonstrar o tratamento descuidado que o Ministério Público mereceu no Código Instrumental Penal em vigor.

Mas, sem delonga, volto a inquirir: os preceitos que regem a atuação do Ministério Público na ação privada apresentam-se como normas perfeitas?

A resposta não se reveste de tranqüilidade, pois dependerá da posição assumida pelo estudioso do problema em relação ao tema das nulidades no processo penal. TOURINHO¹⁰ é de parecer que em processos dessa natureza não há falar em nulidade pela omissão caracterizada pela não intervenção do Ministério Público. Mas acrescenta, em demonstração de certa perplexidade, que "poder-se-á dizer que a nulidade estaria prevista no item IV do art. 564, muito embora sanável. Mas, justamente aí, a questão torna-se polêmica,

pois grande parte da doutrina espousa entendimento no sentido de que a nulidade ocorrerá somente quando for omitida alguma formalidade substancial relativa a ato essencial do processo e tais atos viriam catalogados no inciso III do art. 564. Na verdade, parece difícil admitir que a omissão de um ato não essencial deixasse de ser erigida à categoria de nulidade para constituí-la a simples omissão de formalidade a ele inerente. Assim sendo, por não se encontrar referida no elenco do inciso III do art. 564, a falta de intervenção do Ministério Público, nos casos em que somente se procede mediante queixa, poderia ser vista, quando muito, como mera irritualidade, surgindo, assim, como normas imperfeitas os preceitos legais que regulam a atuação do Ministério Público naquelas hipóteses.

Abra-se exceção para os crimes de imprensa onde o tema não suscita dúvidas, pois a lei, expressamente, considerou obrigatória a intervenção do Ministério Público em todos os processos por abuso de liberdade de imprensa, *ainda que privados* (art. 40 § 2º da Lei 5.250 de 9.2.67).

12. *Last but not least*, algumas observações pertinentes à legitimidade e ao interesse que o Ministério Público possa ter em recorrer nos casos de exclusiva ação privada. O tema, para melhor análise, precisa merecer enfoque em função do que ficou assinalado (*supra* nº 3) a respeito da posição que o Ministério Público assume na relação processual em tais hipóteses assim como em face do pronunciamento de mérito que venha a emitir em alegações finais (*supra* nº 10). Se absolutória a sentença, aditando ou não a queixa, não me parece possível tenha o Ministério Público qualquer interesse na reforma do julgado. Cabe ao querelante, sucumbente, usar do recurso voluntário próprio (art. 593, I C.P.P.), caso pretenda a reforma da sentença proferida no primeiro grau de jurisdição. Assinale-se que a situação não muda de natureza inda que, em finais, tenha

o Ministério Público, secundando o querelante, opinado no sentido da procedência do pedido. É fácil explicar tal posição doutrinária, partindo do princípio segundo o qual o Estado, nos casos de exclusiva ação privada, só exerce o direito de punir se o interessado direto (ofendido) o quiser. Assim como, pelo princípio da oportunidade, o interessado poderia não ter exercido o direito de queixa, fica a mercê do querelante desistir da queixa, por força, agora, do princípio da disponibilidade, perdendo o querelado ou deixando ocorrer a perempção da ação penal. Por via de consequência, fica ao sabor do querelante deixar transitar em julgado a sentença favorável ao réu. A lei, por sinal, vai bem mais longe, ao permitir o perdão mesmo após a sentença condenatória desde que anterior ao trânsito em julgado. (Art. 107 § 3º C. P.).

Portanto, seria verdadeira aberração admitir-se o apelo do Ministério Público contra a sentença absolutória em caso de ação privada, por falta de interesse do Estado em ver punido o réu. É conclusão lógica, que deflui dos princípios informadores da ação penal privada.

Nada obstará, no entanto, que, havendo recurso do querelante, o Ministério Público junto ao primeiro grau de jurisdição, manifeste livremente seu parecer, quando chamado a oferecer razões (art. 600 § 2º), podendo, inclusive, opinar em favor do provimento da apelação interposta pelo querelante.

Diversa será a situação quando se tenha que examinar a sentença condenatória. Formule-se a hipótese de o Ministério Público, em sua fala, por ocasião das alegações finais, entender que o querelado merece absolvição; o juiz, discordando, prolata sentença condenatória e o querelado, por fás ou por nefas, deixa de interpor recurso. Em tal caso, com ou sem aditamento da queixa, o Ministério Público, como órgão do Estado

fiscal da correta aplicação da lei, tem, manifesto interesse na reforma da decisão que lhe parece, injusta, coerente, aliás, com o pronunciamento emitido por ocasião das alegações finais. Não colhe o argumento que, não sendo o Ministério Público parte na relação processual que se desenvolveu, careceria de legitimidade para recorrer. A objeção reveste-se de fragilidade pois, como pretendo haver demonstrado, em caso de aditamento, o Ministério Público não se limita a atuar como *custos legis*, mas, pelo impulso processual que dá à queixa, nela incluindo um novo querelado, assume, de forma inequívoca, a posição de parte. Demais disso, a clássica conceituação Chiovendiana¹¹ de parte ["aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada"], se bem que dominante na doutrina, vem sofrendo ampliação, partindo dos estudos de Liebman¹², que, ao examinar a atuação do Ministério Público como órgão interveniente, vislumbra naquela situação "*una posizione molto vicina a quella di una parte*". Partindo da observação do eminente Professor da Universidade de Milão, JOSÉ FERNANDO DA SILVA LOPES¹³, ilustre Promotor paulista, na premiada monografia "O Ministério Público e Processo Civil", defende opinião que o Ministério Público é sempre parte, embora sujeito processual que intervém num processo formado entre outros, pois quem participa do processo, desfrutando de um complexo de direitos e faculdades que vão influir no julgamento do mérito, é parte. E conclui, repetindo ALLORIO, "*perchè codesto nuovo sog-*

11. *Crf.* "Instituições de Direito Processual Civil". GIUSEPPE CHIOVENDA, vol. II, pág. 234, "Edição Saraiva", São Paulo, 1969.

12. *Apud.* "O Ministério Público e o Processo Civil", JOSÉ FERNANDO DE SILVA LOPES, pág. 78, "Edição Saraiva", S. Paulo, 1976.

13. *In op. cit.*, págs. 78/79.

10. *In op. cit.*, vol. I, pág. 381.

getto que c'immette nel processo è, indubbiamente, parte, dato che fa quel le parti solamente, non il giudice, possono fare". Dessa forma, dentro de uma conceituação ampla, o Ministério Público, muito embora atuando como mero fiscal da lei, poderia ser visto como parte e, pois, teria qualidade para recorrer. Porém, prescindindo da discussão doutrinária a respeito do conceito de parte, merece lembrança o fato de que a própria lei processual confere ao ofendido, terceiro que não foi parte na relação processual, o direito de apelar (art. 598 C.P.P.). É o fenômeno processual que, na doutrina, à falta de melhor designação, recebeu o nome de sucumbência reflexa. Ora, na realidade, o terceiro, por não haver integrado a relação jurídica processual, não sofreu qualquer gravame mas, no entanto, tem interesse em recorrer.

Mutatis mutandis, aqui também o Ministério Público, mesmo atuando como fiscal da lei, mesmo que lhe seja negada a qualidade de parte na relação jurídica processual, pode e deve recorrer contra a sentença condenatória ilegal ou injusta. Como salienta o professor PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO¹⁴, sem favor um dos novos valores mais expressivos do *Parquet* do Rio de Janeiro, ao examinar a legitimidade e o interesse do Ministério Público em recorrer de sentença condenatória, "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, por que no curso do processo, isto é, após a sentença do primeiro grau, não pode recorrer para a exata e correta aplicação

14. "Ministério Público. Legitimidade e interesse em recorrer de sentença condenatória", PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, in "Revista de Direito Penal", nºs 19/20, pág. 119.

ção da lei, que nada mais é que um dever do órgão?"

A observação, que me parece perfeita, vem mostrar, agora, que não estamos no campo da mera especulação doutrinária; ao contrário, a própria interpretação sistemática da lei só pode levar à conclusão de que o Ministério Público dispõe de interesse para recorrer em favor do réu, desde que a sentença condenatória traduza ilegalidade ou injustiça.

No processo civil, corrigindo-se lamentável omissão do Código de 1939, o Ministério Público dispõe, hoje, de legitimidade para recorrer "assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei" (art. 499 § 2º).

Por que não cogitou o Projeto de incluir no texto do futuro Código de Processo Penal dispositivo idêntico ao da atual lei instrumental civil, acabando, de uma vez por todas, com a polêmica que a matéria suscita?

É outra sugestão que teria a apresentar em prol do aperfeiçoamento do novo estatuto processual.

O tema comporta amplo estudo, superando os limites do presente trabalho, onde é visto apenas como um dos aspectos do campo de atuação do Ministério Público na ação privada.

13. Perdoe-me o leitor eventual e paciente. Já vão longas estas linhas, prolongando-se, talvez além do razoável. É que voltadas antes de tudo e sobretudo, para o estudo de temas processuais relegados ao esquecimento, em parte como decorrência natural do deficiente tratamento legislativo que mereceram, de outra parte fruto da raridade de incidência de algumas das questões aqui ventiladas. Todas elas, não há negar, do maior interesse para o estudioso do processo penal.

O JUDICIÁRIO E AS DETENÇÕES POLICIAIS

ALÍPIO SILVEIRA

Pela sua importância e dificuldade, o problema da relação entre o poder judiciário e as detenções policiais merece algumas palavras.

Quando são legais as detenções

O problema das detenções policiais envolve a difícil conciliação de dois princípios distintos: garantias da liberdade individual e as exigências da defesa social.

Na maioria dos países, os poderes conferidos à polícia para proceder a detenções sem ordem escrita emanada do juiz competente, se limitam aos seguintes casos:

1º) — Se o criminoso é apanhado em flagrante delito, ou imediatamente após tê-lo cometido;

2º) — nos casos em que o detido perturba a ordem pública;

3º) — se se pode suspeitar *razoavelmente* que foi cometido um crime grave pelo detido;

4º) — Se a pessoa detida pertence a uma categoria social suspeita; é o caso, por exemplo, dos vadios ou daqueles que não podem comprovar uma boa conduta.

Em bom número de países, incluindo-se o Brasil, o poder de prender um indivíduo, sem ordem escrita, existe nos casos da primeira e da segunda categorias. Atualmente, estas limitações só são observadas entre nós quando se trata da criminalidade comum. A criminali-

dade política, os crimes contra a segurança nacional, a economia popular e a ordem econômica e social não sofrem tais limitações.

A Inglaterra e os Estados Unidos admitem a terceira e a quarta categorias, em matéria de detenção policial. Em ambos os países, é possível proceder a uma detenção, sem ordem escrita, quando se tem *suspeitas razoáveis* de que foi cometido um crime grave. E, em alguns dos Estados da União americana, os marginais da quarta categoria são passíveis de detenção sem ordem escrita do juiz.

Vejamos mais detidamente as regras vigentes nos E.U.A.

A detenção mediante ordem escrita do magistrado pode ser feita por qualquer funcionário (da polícia ou da justiça), ou mesmo por qualquer pessoa, em qualquer crime, seja *felony* ou *misdeemeanor*¹.

Mesmo sem mandado judicial, o funcionário ou o cidadão podem prender os autores de *felonies* ou *misdeemeanors* em que há *breach*

1. Nos E.U.A., as ações puníveis se dividem *felonies* e *misdeemeanors*, segundo a gravidade do delito e a severidade da pena. Tal divisão corresponde, aproximadamente, aos nossos delitos e contravenções: não há coincidência geral.

of the peace, quando cometidos em sua presença (flagrante delito, primeira categoria) ²

Mas, contrariamente ao direito penal brasileiro comum ³, o agente americano tem atribuições para prender alguém, quando há fundamentos razoáveis para suspeitar que um crime grave (*felony*) foi cometido. E seu ato é perfeitamente legal (isto é, não lhe acarreta responsabilidade), quando resultar posteriormente que ele estava enganado (terceira categoria supra).

Quanto às infrações menos graves ou *misdemeanors*, a prisão se poderá dar em flagrante, e nunca por suspeitas, embora fundadas. Além disso, na maioria dos Estados da União, o flagrante só se admite nos *misdemeanors* em que há perturbação da paz pública (*breach of the peace*), e que se incluem na segunda categoria. Falamos em maioria dos Estados, pois nos outros, por força de leis inovadoras, a polícia e outros funcionários públicos podem prender sem mandado judicial, no flagrante de certos *misdemeanors* que não eram considerados como *breach of the peace* pela *common law*. Essas novas leis ordinariamente se aplicam a vadios ou vagabundos, violadores das leis de trânsito, bêbados e praticantes de jogos proibidos ⁴.

2. De outro lado, os *misdemeanors* em que há "*breach of the peace*" (i. é, "violação da paz pública"), são aqueles em que se trata de motim, rixa, desordem, embriaguez que ponha em risco o ébrio ou outrem, etc.

3. No Brasil, ninguém pode ser preso, a não ser em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos previstos em lei, com a conspícua exceção dos crimes contra a segurança nacional e dos outros citados no texto.

4. V. o trabalho, *Arrest without a warrant*, de R. Tresolini e outros, no *Journal of Criminal Law Criminology and Police Science*. 46-192.

Além disso, qualquer pessoa do povo, repitamo-lo, pode prender, sem ordem escrita, quer por crime grave (*felony*), quer por *misdemeanor* que envolva perturbação da paz pública, quando qualquer dos dois tipos de infração for perpetrado ou tentado em à sua vista, essa pessoa só poderá prender sem ordem escrita, se puder mostrar que um crime de fato foi cometido, e que ela tinha motivo razoável para suspeitar do detido. Ademais, se um crime grave não foi cometido na presença dum cidadão, e se houve tempo para ele obter um mandado de prisão, tal cidadão só poderá justificar a detenção efetuada sem ordem escrita, se puder provar que a pessoa detida era realmente culpada.

Em matéria de *misdemeanors*, o cidadão não pode, a não ser em casos em que uma lei especial o autorize, deter sem mandado, por infração não cometida em sua presença, ainda que haja fundadas suspeitas ⁵.

Por força de uma lei federal de 1951, os agentes do F.B.I. (*Federal Bureau of Investigations*) podem efetuar prisões, sem mandado, quer por qualquer infração (*felony* ou *misdemeanor*) prevista por lei federal e cometida em sua presença, quer por qualquer crime grave punido por lei federal quando tiverem fundamentos razoáveis para crer que a pessoa a ser detida cometeu tal *felony* ⁶.

Em matéria de "fundamentos razoáveis" acima referidos, tribunais federais americanos têm decidido que a indicação dum informante constitui fundamento razoável para a detenção, por infração da Lei Federal de Combate aos Entorpecentes ⁷.

5. V. o artigo *Arrest* na *Encyclopaedia of Social Sciences*; e o verbete do mesmo nome, na *Encyclopaedia of Criminology*, 1949 pág. 18.

6. V. o verbete *arrest* em *The Encyclopedia Americana*, ed. de 1959.

7. *Journal of Criminal Law* citado, 1957, vol. 48, pág. 574.

Aliás, as fontes informativas existentes no submundo do crime nos E.U.A. fornecem aos agentes do F.B.I. milhares de "avisos" e outros dados importantes sobre as atividades criminais dos bandos e quadrilhas, informa-nos Edgard J. Hoover, conhecido Diretor do F.B.I., em artigo.

Os homens da lei são unânimes ao enfatizarem que não podem trabalhar sem informantes. Recentemente, nas seqüelas de Watergate e outros escândalos do governo, foi vivamente discutido o relacionamento entre os executores da lei e o mundo de sombras do informante, e esse debate com certeza se intensificará.

Nessa polêmica, o partido tomado pelas autoridades policiais, por aquelas que controlam entorpecentes e sonegação fiscal, é terminante: "Sem informantes", afirma um agente federal de narcóticos "será melhor fechar a repartição". O F.B.I. relata que no ano passado os informantes auxiliaram a capturar 5.000 perigosos fugitivos e a recuperar 86 milhões de dólares de bens roubados. O F.B.I. mantém uns 20.000 informantes, os outros órgãos já referidos se valem de outros tantos. As polícias estaduais e municipais dispõem de centenas de milhares de alcaguetas e "dedos duros". (J. Footlick, *What Price Informants?*, em *Newsweek*, de 8.3.76 página 90).

Como surgiu e como age o F.B.I.

Cada um dos cinquenta Estados americanos tem suas próprias leis penais e seus próprios tribunais. Todavia, o governo federal, cedendo à necessidade de promover com mais energia a descoberta e a punição de várias categorias de crimes que infestam a nação, atribuiu à legislação penal, sua Polícia (o F.B.I.) e seus tribunais, essa tarefa. As leis federais sobre os crimes de tráfico de brancas (1910), extorção ou *racketeering* (1932), sequestro de crianças (*kidnapping*) e porte de armas, os crimes praticados por qua-

drilhas e aqueles em que os autores fogem para outros Estados; os crimes contra os correios, as leis de imigração, o imposto sobre a renda, os crimes aduaneiros, os crimes falimentares, etc., constituem um corpo legal de grande importância, aplicado por tribunais federais. O F.B.I. colhe as provas das infrações e as apresenta à justiça federal. Seu equipamento de laboratório é insuperável.

O *third degree* é rigorosamente proibido e nunca se pratica, ao contrário de certos países em que "o pau de arara", o choque elétrico e outros suplícios medievais são métodos de rotina na obtenção de "confissões", às vezes com conseqüências mortais.

É o F.B.I. uma polícia superiormente organizada, competente e honesta, e está muito acima do nível médio das polícias estaduais e municipais americanas. Edgard Hoover, seu fundador e diretor, no já citado artigo ⁸, nos dizia que o respeito e admiração, que os próprios delinquentes sentem pelos agentes do F.B.I. podem ser sintetizados nas seguintes frases extraídas de uma carta recebida de um fugitivo de 37 anos de idade, após ser preso como suspeito de haver praticado um desfalque num banco: "Dirijo-me aos senhores para exprimir-lhes meu profundo respeito e apreço pela forma como me trataram os agentes especiais que investigaram meu caso. Estes funcionários foram verdadeiros cavalheiros, gentis e atenciosos, em todo momento, em seu trato comigo..."

Os agentes do F.B.I. o haviam seguido desde os E.U.A. até o Havaí, atuando com a máxima cortesia e respeito quando o detiveram.

No desempenho de suas funções, o F.B.I. age como órgão compilador e informador de dados. Não emite opinião alguma quanto à culpabilidade dos suspeitos. Os dados com-

8. *Polícia Federal nos E.U.A.* na *Folha de São Paulo* de 8.8.62.

pilados durante as investigações são enviados ao Departamento de Justiça ou aos órgãos federais interessados. Eles contam a história completa, não só se indica a identidade dos delinquentes, como também se estabelece a inocência de pessoas inocentes acusadas falsamente. Nos 12 meses que terminaram a 30 de junho de 1961, um total de 12.390 condenações foi pronunciado em casos investigados pelo F.B.I.. Estas sentenças condenatórias representaram 96,6 por cento dos casos levados a julgamento, com base na prova fornecida pelo F.B.I. Tais provas, especialmente aquelas de laboratório, são de primeira ordem, e raramente pode a defesa destruí-las.

O que é suspeita razoável

Um caso da vida real nos mostrará como a polícia americana — quando age criteriosamente — configura a “suspeita razoável”, base para a detenção legal. Uma linda garotinha de 6 anos, Mary de Caussin, foi estupro, morta e mutilada, a 13 de junho de 1957. Depois de intensas investigações infrutíferas, a polícia de Detroit chegou a um novo suspeito, um ex-condenado de nome Turner. Uma investigação sobre sua vida progressiva revelou que havia passado mais de 23 de seus 50 anos em escolas-reformatórias, prisões e hospitais para doentes mentais. Havia estado metido em encrencas com a lei desde seus 14 anos de idade. Seus crimes incluíam arrombamentos, roubo de automóveis, falso testemunho, atentado violento ao pudor e estupro. Com efeito, em 1940, fora acusado de violentar uma senhora de 37 anos, mãe de quatro filhos, depois de arrastá-la da rua e amarrar suas mãos nas costas. Foi julgado e condenado em Detroit a cumprir de 15

a 30 anos⁹, na Prisão Estadual de Jackson. Foi sua última condenação, tendo sido solto a 1º de dezembro de 1956.

Nos crimes sexuais anteriores, ele havia amarrado as mãos de suas vítimas. As mãos da garota também tinham sido amarradas às costas. A semelhança com os outros casos, as mentiras que disse aos investigadores e o fato de morar muito perto da família da menina e trabalhar somente a seis quarteirões, tornaram-no o principal suspeito. Mas para justificar sua detenção, algumas provas mais concretas precisavam ser encontradas, e o álibi por ele apresentado (de que não se ausentara da loja em que era empregado nas horas críticas do crime), precisava ser destruído. Os policiais novamente começaram a bater os arredores para saber se alguém tinha ido à loja na quarta-feira à tarde ou ao anoitecer, ou se tinha visto Turner com a criança. Afinal, a polícia conseguiu quebrar o álibi, com duas testemunhas importantes, ficando provada a ausência de Turner da loja, durante as horas críticas. E fora justamente durante o tempo em que a loja estivera fechada, que o cadáver da garota fora colocado num arvoredo, a boa distância. Só depois disso, achando que já tinham “motivo suficiente” para prender o suspeito, é que os policiais lhe deram voz de prisão.

Aqui termina nosso objetivo, mas não é ocioso acrescentar que novas e decisivas provas, especialmente de laboratório, foram acumuladas contra ele, e tornaram insustentáveis suas negativas. E afinal confessou, tendo de-

9. Esta condenação entre um mínimo e máximo é peculiar ao sistema da sentença indeterminada, vigente nos E.U.A., por nós estudado em anterior trabalho com esse título, publicado nos *Estudos em Homenagem a NELSON HUNGRIA*, e nas seguintes revistas: *Rev. Forense*, vol. 196; *Revista Jurídica* de Porto Alegre, vol. 49; *Justitia*, Min. Púb. de São Paulo, vol. 26, e *Vozes de Petrópolis*, fevereiro de 1962.

clarado aos jornalistas: “Eles (a administração da prisão em que cumpria longa pena pelo estupro anterior) me soltaram e não o deviam ter feito, não deviam ter feito. Sem querer, ajudaram-me”.

A exigência de “suspeita razoável” para que a polícia possa efetuar prisões legais, daria resultados indesejáveis em certos países que conhecemos. Muitos figurões da política situacionista e do dinheiro, da alta administração, das cúpulas, os delegados de polícia, e os parentes próximos de todos, ficariam geralmente imunes, como “cidadãos acima de qualquer suspeita”.

Baste-nos referir os dolorosos casos, a curto intervalo, de duas meninas impúberes, drogadas, estupradas e assassinadas, uma em Brasília, e outra em Vitória, e até hoje no rol dos crimes insolúveis, com repercussão nacional.

E, ao invés, bastará ser um humilde operário, um desempregado, um egresso, ou alguém que tenha “cara de suspeito”, para uma provável detenção por suspeita.

Nos E.U.A., atualmente, em agudo contraste, nem sequer os Presidentes da República entram na classe dos “cidadãos acima de qualquer suspeita”, como se deu recentemente no lamentável episódio de Watergate.

Apresentação ao Juiz

A polícia americana só pode fazer detenções nos casos previstos em lei, como vimos na parte anterior. Mas se os atos da polícia não ficassem submetidos ao controle imediato e contínuo do Poder Judiciário, e se ela pudesse manter o detido durante o tempo que quizesse, e fazer com ele o que lhe aprouvesse, aquelas limitações legais representariam uma garantia muito precária na vida corrente.

O Juiz Felix Frankfurter, da Suprema Corte Americana, se pronunciou da seguinte forma, sobre as confissões pelo uso de vio-

lência (o célebre *third degree*) na polícia americana, em notável decisão: “Uma confissão na qual se arrisca a vida, deve ser expressão da vontade livre. Uma declaração, para ser voluntária, exige espontaneidade. Desde que a confissão se obtenha mediante pressão policial, é evidente que não se trata de livre escolha. Deter o acusado e dele arrancar provas que não seriam obtidas num tribunal com todas as garantias constitucionais, é não somente um abuso do poder de detenção, como igualmente uma violação do princípio constitucional do “due process”. Estando o processo penal americano enquadrado no sistema acusatório e, portanto, alheio ao sistema per *inquisitionem*, o suspeito se encontra sob a proteção imparcial dum juiz”¹⁰.

Na verdade, nos E.U.A., a detenção feita sem mandado de prisão deve ser confirmada pelo juiz competente num prazo bastante curto — 24 horas — que certos tribunais americanos, usando uma construção liberal, declaram significar “imediatamente, logo que possível”.

A Suprema Corte Americana tem-se revelado bastante liberal nesta matéria. Ela tem limitado o tempo — em determinados casos para apenas algumas horas — em que a Polícia do Distrito de Colúmbia (Distrito Federal) pode manter suspeitos em prisão, antes de serem intimados judicialmente. Em muitos Estados da União, todavia, a polícia, por autorização das respectivas magistraturas, pode dispor de mais de 24 horas para interrogar os suspeitos, até iniciá-los.

Examinemos o caso em que a detenção legal é feita pela polícia, sob o fundamento da suspeita razoável. Ele poderá ter as seguintes soluções, ao ser apresentado ao juiz:

1º) — Se o juiz julgar infundada a suspeita, o detido é libertado;

10. Frankfurter, no acórdão de 1949, no caso *Watts, v. Indiana*.

2º) — se o juiz a julgar fundada, mas se o crime de que é acusado for afiançável, o detido poderá ser libertado mediante fiança, arbitrada pelo juiz;

3º) — se o juiz julgar fundada a suspeita, e se o crime for inafiançável, o suspeito ficar preso preventivamente, salvo se antes da pronúncia ou do julgamento ficar estabelecida sua inocência;

4º) — se o juiz julgar fundada a suspeita, mas a infração é daquelas que nem sequer exigem fiança, o acusado será sem mais libertado, e defender-se-á solto.

Esta matéria, pela sua importância, tem sido debatida em conclave internacionais. Num deles, o Congresso Internacional de Juristas reunido em Nova Delhi em janeiro de 1959, as conclusões sobre o tema "O processo penal e o princípio da legalidade", foram deste teor. "Só uma jurisdição que goze de independência deve ter poderes para autorizar a polícia a deter um acusado, quando essa detenção deva ultrapassar 24 horas, e esta autorização deve ser objeto dum novo exame a intervalos razoavelmente curtos, sendo a autoridade policial detentora obrigada a demonstrar ao juiz ser justificada a prorrogação desta medida. Uma detenção prolongada antes do processo, seja qual for o motivo, constitui uma injustiça grave em relação ao acusado" 11.

Abusos da polícia nos Estados Unidos

Na União norte-americana, a despeito das leis protetoras dos direitos e liberdades dos cidadãos, são inúmeros os abusos dos agentes policiais. Começemos pelos menos graves. Um excelente estudo foi feito, em 1955 nos E.U.A. para verificar em que medida a lei é cumprida pela polícia 12. Os autores diri-

11. Volume editado por N. S. Mansel, Genebra, 1960, pág. 299.

12. *Detenção sem ordem escrita do juiz: extensão e aspecto social*, pelos professores Tresolini, Taylor e Barnett, no *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, vol. 46, págs. 196 e 197.

giram questionários a numerosas delegacias de polícia e entrevistaram muitas autoridades. Das 960 respostas das polícias das várias cidades à questão de "quando pode a polícia prender sem ordem do juiz", 230 estavam erradas, e tais erros atingiam as garantias da liberdade individual, quase sempre. Todos eles eram devidos à ignorância da lei e à rotina dos abusos inveterados. Acrescente-se que uma resposta acertada não é sinal infalível de observância da lei pela polícia, pois as ilegalidades são geralmente cometidas de má-fé.

Consignemos as conclusões gerais desta notável investigação: "Não há dúvida de que, em muitos casos, a prisão sem mandado judicial é não só necessária como desejável, no interesse da efetiva execução da lei, proporcionando-se à comunidade o máximo de proteção. A preferência pelas detenções sem mandado, por parte da polícia de hoje, é certamente compreensível. O delinquente, hoje, se move rapidamente, e a polícia precisa se movimentar ainda mais velozmente.

"Aquela grande percentagem de respostas erradas ao questionário (230 sobre 960), indica discrepâncias da lei e violação dela. Somando-se isso ao fato de que grande número de entrevistas com a polícia revelaram serem geralmente preenchidos pelos agentes os mandados de prisão que o juiz deixava assinados previamente com o resto em branco, poder-se-á presumir que o uso do mandado judicial fornece apenas uma limitada proteção contra as detenções ilegais na prática corrente. Nossa investigação está a indicar que o uso do mandado de prisão representa pífia garantia aos indivíduos. Do jeito que é usado, representará quando muito um valor psíquico para a polícia, pois muitos agentes sentem melhor ao prenderem alguém mediante mandado, muito embora este tenha sido previamente assinado em branco, às duzias, pelo juiz do distrito em cada semana entrante, e posteriormente preenchido pelos agentes".

Na verdade, o número de detenções ilegais nos E.U.A. é muito grande. Vejamos uma das mais recentes fontes informativas, o Professor Arnold Green, que escrevia em 1962: "Sabe-se, diz ele, que a polícia age às vezes ilegalmente na execução da lei, como quando fabrica provas contra pessoas que têm condenações anteriores".

E adiante: "A secção de Illinois da União Americana pró liberdades Cívicas, em 1959, noticiou, que mais de vinte mil pessoas por ano são detidas secreta e ilegalmente durante dezessete horas ou mais, nas Delegacias de polícia de Chicago, que é, em sua generalidade, acusada de ilegalidade organizada" 13.

Em Nova Iorque a situação é semelhante: Às vezes, as vítimas das ilegalidades e violências recorrem aos tribunais. Nessa cidade, de 1950 a 1956, foram pagos 38.000 dólares de indenização a 17 vítimas. Com o julgamento de muitas outras ações dessa natureza ajuizadas naquele mesmo período, o Estado irá despender meio milhão de dólares 14. É pouco, dado o vulto das ilegalidades reinantes. Mas já alguma coisa 15.

Comparação com outros países

Na França, são candentes as acusações contra a polícia. O grande criminalista Emile Garçon é muito expressivo 16. Outro insigne

13. Green, *Sociology*, 3ª. ed., 1961, pág. 555.

14. Tappan, *Crime, Justice and Correction*, 1960, pág. 289, nota 49

15. Dedicamos umas páginas à descrição do "terceiro grau" nos Estados Unidos, em nossa modesta monografia *"Introdução ao Direito e à Justiça Norte-Americanos"*, na revista *Justitia*, do M. Público de São Paulo, volumes 30-31, pág. 181.

16. *Apud* O. Denys. *Manuel de la Liberté Individuelle*, págs. 5-6.

penalista, Donnedieu de Vabres, não é menos vibrante, em seu pequeno grande livro 17. Os escândalos de Staviski e Mme. Hanau são notórios. "Em 1952, na França, houve uma onda de violência tal que o Ministro do Interior chegou a baixar enérgica portaria, reprimindo os excessos policiais, após o caso Deshay. Foi este indivíduo condenado, embora inocente do crime que lhe imputaram. Submetido a torturas, confessou circunstanciadamente, como o obrigaram os policiais" 18.

Mais recentemente, o Professor Pierre Bouzat escrevia: "O estudo aprofundado do sistema francês revela, primeiro, que as regras legais e jurisprudenciais que garantem a liberdade individual apresentam lacunas que restringem sensivelmente seus efeitos protetores. Tal estudo evidencia que as regras se revelam muitíssimas vezes ilusórias porque, ao serem aplicadas, os juizes, embora respeitandolhes a letra, violam o espírito e cometem abusos.

"A insuficiência das regras legais, os abusos cometidos em sua aplicação, têm conseqüências inquietantes, que ferem diariamente as liberdades individuais. Já é tempo de remediar essa situação. Não pode satisfazer aos cidadãos um regime que presta uma homenagem teórica à liberdade do acusado e — freqüentíssimamente a aniquila em sua aplicação prática" 19.

Ainda recentemente, Denis Langlois, advogado na Corte de Apelação de Paris, tratou desse problema em seu livro, *"Les Dessins Noirs de la Police Française"* (Ed. du Seuil, 1971). Sobre o modo como os cidadãos policiais franceses se julgam acima das leis,

17. Vabres, *La Justice Pénale d'Aujourd'hui*, págs. 113, 114, 115 e 116.

18. *Apud* Waldyr de Abreu, *Manual do Detetive*, 1962, pág. 92.

19. Bouzat, na *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1953, n.ºs. 1-2, pág. 110.

e de como sua atuação tem sido muitas vezes encoberta, sobre a escandalosa indulgência em que foram às vezes beneficiados estes culpados perante seus superiores ou os tribunais, sobre os perigos desta condescendência, o livro de Langlois reúne investigações muito precisas. Vejamos algumas considerações preliminares do livro. Um suspeito, preso, pode ser interrogado durante 24 horas sem autorização escrita do Ministério Público ou do juiz. De fato, esta autorização é quase sempre automática e semelha uma carta-branca. O tempo de repouso entre interrogatórios (que a lei concede ao detido) não é respeitado pela polícia, que se reveza nos interrogatórios. Mas além destas irregularidades, surgem as sevícias e brutalidade. Recentemente, três jovens arrombadores foram torturados no Cais dos Ourives segundo métodos que nada ficam a dever aos da ocupação nazista ou aos da guerra da Argélia (v. pg. 100).

É igualmente inquietante que a justiça tenha tendência a ir, em casos deste tipo, na fé dos relatórios da polícia e das declarações dos policiais ao deporem na justiça. Se o juiz não se dispuser a uma nova instrução, chega-se a esta solução aberrante: não é mais a justiça que julga, mas pura e simplesmente a polícia, que comunica sua convicção aos juízes.

"Isto não seria tão grave se a polícia oferecesse todas as garantias de independência e imparcialidade. Infelizmente, prossegue Langlois, ela depende diretamente do Poder Executivo, quer através do Ministério do Interior, quer daquele da Defesa Nacional. Não é a ela que encarregam de todas as baixas tarefas políticas que não ousam eles executar abertamente? Pode-se pedir a policiais, lançados com metralhadoras e fuzis contra manifestantes, que sejam plenamente respeitosos dos direitos e liberdades dos cidadãos em outras circunstâncias?

Suiça

Na Suíça, os abusos são menores, como se vê desta relação dos professores M. Wai-

blinger, R. Lang e R. Jaton: "A questão da cooperação dos órgãos da polícia no processo penal é um dos problemas mais espinhosos da justiça. Devemos infelizmente reconhecer que precisamente o caráter secreto e a ausência de formalidades do inquérito policial, arrastam (na Suíça felizmente se trata de raras exceções) graves atentados à personalidade e mesmo à integridade corporal de pessoas suspeitas de um ato punível, e indefesas, pois não existe defesa no processo policial. Acontece, infelizmente, que precisamente os policiais zelosos não se contentam de bem executar a tarefa que lhes foi confiada, mas visam atingir fins mais afastados obter confissões".

Concluem nossos autores:

"Hoje, reconhece-se geralmente, parecidos, que é preciso eliminar do processo penal moderno todos os processos tendentes a levar o acusado ou suspeito a fazer contra ou fora de sua vontade, uma declaração contra si próprio, especialmente uma confissão. Tais meios, trate-se de coerção física ou psíquica (promessas, ameaças, indicações de todas as espécies, questões capciosas) representam um atentado intolerável aos direitos da personalidade do acusado. Eles não são mais dignos de um Estado moderno civilizado, regido pelo direito, que não deve, em consequência, usar meios criminosos na luta contra o crime" 20. meios criminosos na luta contra o crime" 20.

A Inglaterra é o país em que a polícia mais respeita a legalidade. Nas raríssimas vezes em que ela se excede, ainda que ligeiramente, a reação da opinião pública é fortíssima e obriga o governo a agir. Eis o que nos conta um dos mais eminentes juristas da Inglaterra de hoje, o Professor Arthur Goodhart: "Não há muito, uma jovem humilde chamada Irene Savage foi conduzida a um posto policial de Londres e interrogada por infração às regras

sobre a matéria. No correr da semana, todos os jônais da Inglaterra protestaram, uma interpelação parlamentar foi interposta, e o governo viu-se obrigado a nomear uma Comissão de Inquérito" 21.

21. Goodhart, no *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, 1935-36, pág. 99 e segs.

20. Waiblinger e outros, na *Revue Internationale*, citada, pág. 228.

REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. RETROATIVIDADE BENÉFICA

LUIZ FERNANDO DE FREITAS SANTOS

1. Cuida-se de pedido formulado por NELSON DOS REIS SANTA ROSA, no sentido de que este Juízo reduza a pena que lhe foi imposta pela R. Sentença de fls. . . . , já transitada em julgado.

2. Argumenta o requerente que a Lei 6.416/77 deve *retroagir* para beneficiá-lo, visto que sua pena foi fixada acima da semi-soma da pena mínima com a pena máxima cominadas em abstrato para a infração que praticou, nos termos do art. 47, I, do Código Penal. Aduz o apenado que, revogado pelo recente diploma legislativo o art. 47, I, do estatuto penal, sua pena há de ser *reduzida*, porquanto já não subsistem as razões que determinaram a fixação da pena-base, tornada definitiva, em quantidade determinada.

3. Duas as questões: uma de natureza material e outra de índole processual.

4. Como não se ignora o Código Penal, no referente à aplicação da lei penal no tempo, estabeleceu três hipóteses diversas, a saber:

a) ninguém poderia ser punido por fato que a lei posterior deixasse de considerar crime (*abolitio criminis*), ocorrendo a cessação, em virtude da lei nova, da execu-

ção da condenação e dos efeitos penais do decreto condenatório (art. 2º, *caput*);

b) a lei que cominasse *pena menos rigorosa* se aplicaria ao fato criminoso, quer estivesse ele julgado por sentença irrecorrível, quer não (parágrafo único do artigo 2º, 2ª parte);

c) a lei que, *de outro modo, favorecesse* o agente — ou seja: que não a *abolitio criminis*, nem a apenação mais branda — só incidiria sobre o fato *não definitivamente julgado*.

5. Em 28 de setembro de 1946, entrou em vigor a Constituição Federal, estabelecendo, no § 29 do artigo 141, que "A lei penal regulará a individualização da pena e só *retroagirá quando beneficiar o réu*." (Grifou-se).

6. Por entender que a Constituição de 1946 havia estabelecido, *sem qualquer restrição*, a retroação benéfica da lei penal, a melhor doutrina conclui que *revogada* estava a *primeira parte* do parágrafo único do artigo 2º do Código Penal, ora em exame. Veja-se, por todos, a lição de NELSON HUNGRIA e ANÍBAL BRUNO: "O Código vigente adota duas regras paralelas: a da irretroatividade da *lex gravior* (corolário do art. 1º)

e a da retroatividade benigna, destacando quanto a esta, três hipóteses: a de *abolitio criminis*, a de pena menos rigorosa e a de qualquer outro favor rei; e enquanto nos primeiros casos desatende à *res judicata*, no terceiro manda que esta subsista, isto é, a retroação somente se dará em relação aos casos ainda não julgados. Com o advento da Constituição de 46 (que repetiu, neste particular, preceito da Constituição de 34), foram elevadas à categoria de "garantias individuais" a irretroatividade *in pejus* e a incondicional irretroatividade *in melius*. Segundo penso, deve entender-se, em face do preceito constitucional, cancelada a restrição que fazia o Código: toda vez que a lei nova beneficiar, de qualquer modo, o réu, fará marcha atrás pouco importando a coisa julgada. Voltou-se, assim, ao critério do Código de 90, segundo a interpretação liberal que se lhe dava." (Comentários, vol. I, tomo I, pág. 118, 5ª edição, 1977. Grifou-se.)

"O caso, aliás, está remediado pela Constituição em vigor, que, pondo a retroatividade da lei mais benigna entre as garantias individuais, sem nenhuma limitação, fez cessar a validade daquela restrição do Código. A lei de qualquer modo mais benigna retroage para beneficiar o réu em qualquer fase do processo ou da execução da pena, sem mesmo se deter diante de sentença irrecorrível." (Direito Penal, vol. I, tomo I, pág. 225, 2ª edição, 1959, Ed. Forense).

Assim também entenderam os constitucionalistas: "Permitindo-se a retroatividade excepcional da lei penal, tal preceito de retroatividade *in mitius* atinge as *causae finitae*?" Nos Comentários à Constituição de 1934 (II, 217), excluíramos a incidência da lei nova mais doce nos casos de *res judicata*. Hoje, após maior meditação, verificamos que o texto da Constituição de 1946 não contém, nem não continha o de 1934, nem ainda, o de 1937, simples preceito de aplicação da lei mais doce, mas, e aqui é que está o cerne da questão, preceito de

incidência retroativa da lei penal, de verdadeira retroatividade *in mitius*. Ora, desde que a regra se dirige aos juízes e aos legisladores, não há discutir-se se abrange os casos em que se já proferiu julgamento, ou em que já passou em julgado a decisão". (PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1946 vol. IV, pág. 408, 2ª ed., 1953, Ed. Max Limonad).

"Parece-nos, porém, que frente ao vigente parágrafo constitucional, que prevê sem distinções a aplicabilidade da lei mais benigna, a restrição do referido parágrafo penal a que se refere a letra c da lição supra transcrita não mais pode ser." (ALCINDO PINTO FALCÃO, Constituição Anotada, pág. 215, vol. II, Ed. José Konfino, 1957).

7. A revogação de que se cuida efetivamente ocorreu. Nesse particular é de se averbar o fumo de dissidência posto no sentido de sua não ocorrência, por se cuidar de superveniente incompatibilidade de texto ordinário com o constitucional. A perda de eficácia do primeiro — sustenta-se — só se daria em decorrência de declaração de *inconstitucionalidade*. Nesse sentido, C. A. LÚCIO BITTENCOURT, que julga indispensável a declaração de inconstitucionalidade, citando, em apoio de sua tese, acórdão do STF, relatado pelo Ministro OROZIMBO NONATO. Cf. O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, 2ª edição, 1968, Forense, págs. 131 e 132. Com algumas diferenças, essa também é a opinião de CASTRO NUNES, Teoria e Prática do Poder Judiciário, pág. 63).

10. A importância de tal ângulo do problema decorre do fato de que a corte Suprema, porque nunca provocada, jamais declarou a *inconstitucionalidade* do dispositivo legal em foco.

11. A posição de LÚCIO BITTENCOURT e CASTRO NUNES, porém não medrou.

12. PONTES DE MIRANDA, por exemplo, já ao ensejo de seus comentários à Constitui-

ção Federal de 1934, sustentava ponto de vista diverso, entendendo que a Constituição *revoga* todo o material legislativo que, em vigor quando de sua vigência, contrarie os seus preceitos. Eis a lição do Mestre: "A Constituição têm de amoldar-se as leis, assim as leis a serem feitas, as leis futuras, como as leis já promulgadas. Mas, a noção de constitucionalidade é juridicamente a partir do momento em que começa a ter vigor a Constituição; *tudo o material legislativo, que existe, considera-se revogado no que contraria os preceitos constitucionais*". (Comentários à Constituição de 1934, vol. II, pág. 559).

Desse entendimento não discrepou CARLOS MAXIMILIANO: "Cumprir frisar bem os corolários das regras de Direito intertemporal: as normas fundamentais entram em aplicação *imediatamente e irrestrita*, abrangendo o presente e o futuro; atingem as *situações em curso*; atuam, por vezes, até em sentido retroativo. Pelo simples fato do advento do novo estatuto supremo, quaisquer disposições legislativas ou regulamentares contrárias ao seu espírito ou à sua letra não mais se observam; ruem automaticamente. Não mais surgem, perduram ou se renovam os seus efeitos. O poder constituinte é absoluto." (Comentários à Constituição Brasileira de 1946, vol. I, pág. 149, 1948, Livraria Freitas Bastos).

13. Pela revogação pura e simples da lei ordinária pela Constituição, manifestam-se também diversos outros autores. Observa-se: "A Constituição consagra o direito normativo *estatutário, orgânico*, da nação constituída em Estado; e, considerada em seu todo, em sua unidade, como deve ser, possui força obrigatória mais intensa do que qualquer outra norma jurídica: a sua aplicação é imediata; tudo o que se lhe contrapropõe é eliminado." (VICENTE RÁO, O Direito e a Vida dos Direitos, págs. 387/8, 1º vol., Ed., Max Limonad, 1952).

"O princípio da hierarquia, contudo, não tolera que uma lei ordinária sobreviva a uma

disposição constitucional, que a contrarie, ou uma norma regulamentar subsista em ofensa a disposição legislativa. *Se após a existência da regra legal aparece princípio constitucional com ela incompatível, não se trairá de inconstitucionalidade da lei, pois que ao tempo de sua votação inexistia na Constituição preceito contrário*. Há simples revogação..." (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Instituições de Direito Civil, I, vol. 2ª ed., 1966, Ed. Forense, pág. 89).

"Se a lei é anterior à Constituição e diz o inverso do que esta afirma, *está revogada*, pura e simplesmente." (HÉLIO TORNAGHI, Instituições de Processo Penal, I vol., 1ª edição, 1959, Forense, pág. 167).

14. Em artigo publicado na Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara (vol. IV, pág. 53/70), o ilustre Promotor de Justiça, Dr. JUARI SILVA, a propósito do tema, trouxe à colação o ensinamento de ENRICO TULLIO LIEBMAN, para quem a posição de que a revogação da lei ordinária depende da declaração de inconstitucionalidade daquela importa conferir-se à norma constitucional uma eficácia menor do que das leis ordinárias, pois, ao passo que estas revogam, de plano, as leis anteriores com ela incompatíveis, as normas da Constituição só o fariam após o julgamento do Poder Judiciário

15. Na Itália, aliás, o assunto também foi examinado por CALAMANDREI: "*La Costituzione eserciterebbe così una diretta ed immediata efficacia abrogativa non soltanto sul piano delle legge costituzionali, ma altresì su piano delle legislazione ordinaria*." (Le Illegittimità Costituzionale delle Legge nel Processo Civile, pág. 83).

16. De resto, a jurisprudência dos nossos Tribunais também afirmou a *revogação* da lei ordinária pela Constituição. Se não, vejamos: "A lei anterior à Constituição e com ela incompatível se considera revogada e não inconstitucional." (STF, RE nº 21 533, in RDA, vol. 43, pág. 285).

"Uma lei contrária à Constituição posterior considera-se por esta revogada e não inconstitucional." (TJSP, A.C. nº 59 540, in RDA vol. 35, pág. 296).

17. Na verdade, não há negar ocorra a revogação da lei ordinária pela Constituição que lhe é posterior e que contenha dispositivo em sentido contrário. Seria verdadeiramente absurdo exigir-se, para a perda de eficácia da disposição enfocada a *declaração de inconstitucionalidade*, na medida em que, se assim se entendesse, letra morta se tornaria o preceito constitucional, ao passo que permaneceria em plena vigência artigo de lei ordinária cujo conteúdo colidisse com a vontade do poder constituinte.

18. Ultrapassada ficou, também, a objeção que nasceu da identificação do dispositivo em exame com regra que estaria apenas para admitir a retroatividade da lei penal quando benéfica, o que afastaria a incompatibilidade dos textos.

19. Não. É princípio de retroatividade, sem distinções, da lei penal menos grave. Ainda uma vez, a lição do doutor PONTES DE MIRANDA: "Mas o § 29 contém *princípio de incidência retroativa*, de modo que a retroatividade se dá por força da Constituição. Não importa saber-se se já foi condenado, ou se já passou em julgado a sentença de condenação. A Constituição não distinguuiu". (Ob. e loc. cit.).

20. Outra não é, quanto ao princípio, a disciplina da Constituição de 1967, com a preservação da retroatividade benéfica da lei penal, em qualquer caso

21. Dispõe, com efeito, o § 16 do art. 153 da Constituição em vigor que "a instrução criminal será contraditória observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu."

Leitura apressada do texto supratranscri-

to poderia conduzir a interpretação divorciada da vontade do constituinte. Em primeiro lugar, a Constituição reafirma o princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege*, ao determinar a observância da lei anterior, no concernente ao crime e à pena. Ao depois, a Constituição estabelece a incidência da lei posterior, se mais benéfica, também no atinente ao crime e à pena; ou seja: A TUDO QUE DISSER RESPEITO AO CRIME E A TODOS OS ASPECTOS DA PENA.

22. A Constituição vigente teve a clareza que talvez falte ao texto de 1946: agora, qualquer limitação que se procurasse estabelecer, em relação à retroatividade benéfica da lei penal, esbarraria no texto da Constituição.

Momento já é de se abordar a *questão* processual a que se referiu e que diz respeito à *competência* deste Juízo para proceder à adequação de pena que se postula, visto como algumas vezes se levantam no sentido de que a via processual correta seria a revisão criminal (Nesse sentido, porém sem sustentação, PONTES DE MIRANDA, ob e loc. citados.)

23. A matéria foi regulada pela Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941), cujo art. 13 e parágrafos têm a seguinte redação: "Art. 13. A aplicação da lei nova a fato julgado por sentença condenatória irrecorrível, nos casos previstos no art. 2º e seu parágrafo, do Código Penal, far-se-á mediante despacho do Juiz, de ofício, ou a requerimento do condenado ou do Ministério Público. 1º Do despacho caberá recurso em sentido estrito. 2º O recurso interposto pelo Ministério Público terá efeito suspensivo no caso de condenação por crime a que a lei anterior comine, no máximo, pena privativa da liberdade, por tempo igual ou superior a oito anos".

24. EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, situando com absoluta correção a *incidência da lei*

nova mais benéfica como *incidente da execução*, ensina que, em casos tais, "... a iniciativa, *ex-officio*, do juiz da execução é perfeitamente admitida." (*Código de Processo Penal Anotado*, vol. VII, 5ª edição, págs. 322 e s.

25. Nem há falar em *temporiedade* do art. 13 da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal. Está ele visceralmente ligado ao art. 2º, parágrafo único, do Código Penal e, em consequência, terá eficácia enquanto não revogado o dispositivo da lei penal material.

26. Inquestionável, pois, a competência deste douto Juízo para a providência postulada.

27. Assim — e já agora se inicia o exame do caso concreto —, se a lei nova dispõe forma mais branda sobre os critérios de fixação da pena-base, deve retroagir para beneficiar o réu, inobstante a existência de sentença condenatória com trânsito em julgado. É o que diz NELSON HUNGRIA: "A lei posterior apresenta-se mais favorável que a lei anterior, para o efeito de retroatividade, não só quando elimina a incriminação de um fato, como quando, de qualquer modo, beneficia o réu. Pode isto ocorrer, notadamente, quando: a) a pena cominada atualmente ao crime é mais branda, quanto à sua natureza, que a da lei anterior; b) a pena atual, embora da mesma natureza, é menos rigorosa quanto ao modo de execução; c) o *quantum* da pena in abstracto é reduzido ou mantido esse *quantum*, o critério de sua medida in concreto é menos rígido que o da lei anterior." (ob. e loc. citados).

28. Não se pode, afinal, perder de vista que o art. 47, I, do Código Penal determinava a fixação da pena-base em *quantidade determinada*: acima da semi-soma da pena mínima com a pena máxima cominadas in abstracto para a infração. Em consequência, tal dispositivo, apesar de inserido na parte geral do Código poderia e *deveria* (!) ser lido em cada tipo, na parte em que estabelece a pena correspondente ao crime. Por exemplo: furto: reclusão, de 1 a 4 anos; se *reincidente específico*, reclusão, de 3 anos e 1 dia a 4 anos. É que o fator determinante da inclusão do art. 47, I, do Código Penal na parte geral do estatuto foi a técnica legislativa, o que não significa dizer não ser o dispositivo entendido como *inserto em cada tipo da parte especial*.

29. Visto o problema por essa última ótica, mister seria reconhecer que, sem vigor ainda estivesse, na sua inteireza, o parágrafo único do art. 2º do Código Penal — admita-se por absurdo e no intento da proteção absoluta da pretensão deveria aplicar-se aos condenados como reincidentes específicos a lei nova, na medida em que para eles *estabeleceram pena menos branda*!

30. Pelo exposto, é de ser *deferida* a pretensão do apenado, fixando-se a pena no mínimo legal.

Nesse sentido é a manifestação do MINISTÉRIO PÚBLICO.

Rio de Janeiro, 24 de junho de 1977.

Apelação. Recolhimento à prisão.

A reforma introduzida no art. 594 CPP, através da L. 5.941, dando efeito suspensivo ao recurso de réu primário e de bons antecedentes, terá sido, certamente, a mais importante inovação em nosso deplorável processo penal, nos últimos anos.

Infelizmente, no entanto, tem sido comum ver nossos Juízes darem ao novo dispositivo da lei processual interpretação acanhada, admitindo timidamente a **inovação** e mantendo a força de inércia que advém do espírito conservador e autoritário de nossa lei do processo.

Sabem hoje todos quantos se ocupam dos problemas do Direito Penal que a prisão necessariamente deforma, corrompe e avilta, representando custo social extremamente elevado. É uniforme o pronunciamento de todos os estudiosos, no sentido de que todo esforço deve ser feito no sentido de afastar da prisão o condenado primário e de bons antecedentes.

A aplicação do art. 594 CPP foi objeto de divergência e largo debate no julgamento do RHC 52.267, na 2ª Turma do STF. No caso examinado, o paciente havia sido condenado à revelia por corrupção de menores (conjunção carnal com menor de 16 anos), antes do advento da L. 5.941. A sentença era omissa quanto aos antecedentes do réu, mas provocado, o juiz denegou requerimento de apelação em liberdade, referindo-se à revelia do réu no processo e a seu comportamento reprovável na ação delituosa.

Por empate na votação, o STF concedeu a ordem para que o paciente recorresse em liberdade. O eminente Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE fez, na ocasião, ponderações repassadas de bom senso e acuidade jurídica: "A partir da vigência dessa norma, a meu ver, o juiz não se pode omitir sobre se o réu tem bons antecedentes, porque dela deriva um direito do acusado. O juiz não se pode omitir para, pela pura omissão, sacrificar direito alheio. Mas, neste caso, a sentença é anterior à L. 5.941/73, e nela o juiz nem reconheceu, nem negou os bons antecedentes do réu. Depois, solicitado a deferir o benefício, já quando o réu apelou, fez uma análise e, em despacho mais longo, procurou mostrar que os antecedentes do réu não eram bons.

A meu ver, e ao ver do Relator, os fatos que ele tomou para caracterizar os maus antecedentes do réu não são propriamente antecedentes, são fatos relacionados com o próprio crime, que, por revelarem dolo intenso, já foram considerados pela sentença na fixação da pena imposta ao réu, com o que o juiz o está punindo duas vezes por esses mesmos fatos: uma vez, na fixação da quantidade da pena acima do mínimo legal, outra, na negativa do direito de apelar solto".

E mais adiante, acrescentou o ilustre magistrado: "O juiz carrega ao réu o desproveito correspondente a seu comportamento. Agora, negar que ele tivesse bons antecedentes, na sua vida pregressa, só porque se houve com tal ou qual intensidade dolosa na prática do crime, isso é que acho impossível. Se a lei condiciona

se o direito ao "bom comportamento", admitiria que o juiz confundisse o comportamento pretérito com o comportamento presente, inerente ao fato criminoso. Mas ela fala em "antecedentes", pelo que briga com a semântica considerar como antecedente circunstância presente e atual".

Ficaram vencidos os ilustres ministros ANTÔNIO NEDER e THOMPSON FLORES. Este último negava a ordem por que entendia não estar satisfeito o requisito legal de estarem reconhecidos os bons antecedentes pelo juiz "a quo". Exatamente o contrário ocorria. Era, no entanto, manifesta a ilegalidade ou o abuso de poder praticados pelo juiz da sentença, que exercia, assim, constrangimento ilegal afastável pela via do HC (RTJ 70/354).

Sendo a L. 5.941 posterior à sentença, incidia também sobre os processos em curso, criando para os réus primários e de bons antecedentes o direito de não se submeterem ao constrangimento da prisão, como condição para o recurso, desde que as qualidades pessoais exigidas pela lei constem da sentença.

Assim decidiu o STF no julgamento do RHC 52.242: "Recurso de habeas corpus. Réu condenado antes de L. 5.941, de 22.11.73. Pedido de expedição de alvará de soltura, para aguardar o julgamento do recurso em liberdade. Alegação da inaplicabilidade da Lei 5.941 a sentenças proferidas e a recursos interpostos anteriormente. *Improcedência dessa alegação, excluídos os casos de prisão preventiva e de prisão em flagrante*".

Nesse caso reclamava-se o favor da nova lei em recurso interposto antes de sua vigência.

Em seu voto, afirmou o eminente relator (Min. RODRIGUES DE ALCKMIN): "...tenho que a imediata aplicação da L. 5.941/73 se prende, como indisputável, aos casos de sentenças prolatadas na sua vigência.

"Será admissível, porém, por analogia (per-

feitamente autorizada em processo penal), estendê-la a recursos ainda em andamento, mas interpostos antes da referida lei?

"Tenho que a resposta afirmativa é exata. Visou a lei conceder, ao réu primário e de bons antecedentes, o benefício de ter suspensão, enquanto se processa recurso de apelação, o normal efeito da sentença recorrida: o de determinar a prisão do réu. Ora, se é a finalidade da lei evitar ao réu em tais condições a submissão ao cárcere, enquanto não definitivamente condenado, a mesma razão se estende aos réus que, preenchendo as mesmas condições, porque condenados antes da vigência da lei, aguardam o julgamento dos respectivos recursos". (H.C.F.).

Prescrição pela pena em concreto. Lapso entre o fato e o recebimento da denúncia. Fato anterior à Lei 6.416 de 24 de maio de 1977.

O conflito intertemporal entre o § 2º do art. 110 do Código Penal (criado pela lei nº 6.416, de 24/mai/77) e a antiga redação do art. 110 e seu § único (que ensejou a interpretação consagrada na Súmula nº 146) coloca alguns problemas, que só podem ser resolvidos pela conclusão de inaplicabilidade da lei nova aos fatos anteriores à sua vigência.

Contra tal conclusão, podem ser opostas duas ordens de argumentos: 1ª, — no sentido de que a prescrição pela pena em concreto não alcança o período compreendido entre o fato e o recebimento da denúncia; 2ª, — no sentido de que, com o advento da lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, criando o § 2º do art. 110 do Código Penal, existe proibição expressa a respeito.

Fácil é demonstrar a insubsistência de ambas objeções.

Quanto ao cabimento da consideração do período compreendido entre o fato e a de-

núncia nos casos de prescrição pela pena em concreto, antes da reforma da lei nº 6.416 de 24/mai/77, é sabido que o Supremo Tribunal Federal, em fins de 1975, alterara sua orientação de 1972, retornando a um mais amplo emprego da Súmula nº 146, dela extraindo todas as consequências lógicas.

Assim, no HC 53.299: julgado pelo Pleno, tendo como relator o eminente Min. CORDEIRO GUERRA: "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 4/jun/76, p. 40-42).

Também no HC 54.485, por igual decidido pelo Pleno, do qual foi relator o eminente Min. RODRIGUES ALCKMIN: "A nova orientação do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reconhecer a extinção da punibilidade pela prescrição da ação penal, com base na pena *in concreto*, tanto quanto ao período contado regressivamente da sentença condenatória ao despacho de recebimento da denúncia, quanto àquele compreendido entre este e o fato criminoso" (DJ 12/nov/76, p. 9.821).

Nessa mesma linha, poderíamos mencionar: HC 54.553, Min. CORDEIRO GUERRA, DJ 12/nov/76, p. 9.821; HC 53.712, Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, DJ 8/jul/76, p. 5.112; HC 53.779, Min. CORDEIRO GUERRA, DJ 26/dez/75, p. 9.638; HC 53.448, Min. CORDEIRO GUERRA, DJ 20/fev/76, p. 1.083. No Tribunal Federal de Recursos: HC 3.695, Min. JARBAS NOBRE, DJ 10/fev/76, p. 753; AC 2.700, Min. OTTO ROCHA, DJ 26/ago/76, p. 6.420.

Não cabe dúvida, portanto, quanto à extensão que, imediatamente antes da reforma

introduzida pela lei nº 6.416 de 24/mai/77, era conferida aos dispositivos legais (art. 110, § único) que embasavam a criação da súmula nº 146: alcançavam eles as hipóteses em que o lapso prescricional fluía entre o fato e o recebimento da denúncia.

Resta por examinar a objeção segundo a qual a reforma introduzida pela lei nº 6.416 de 24/mai/77 impede explicitamente a consideração de período anterior ao recebimento da denúncia. É bastante elementar a impropriedade da objeção: a lei nº 6.416 de 24/mai/77, no que tange à prescrição pela pena em concreto, é *lex gravior* em comparação com a antiga redação do art. 110 e seu § único do Código Penal, e não pode ser aplicada a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência.

A prescrição é instituto de direito material; pertence pois ao direito penal. Quem não afirma, repetindo lição comum da doutrina brasileira, é ANTÔNIO R. PORTO em sua excelente monografia: "A prescrição penal pertence ao direito material ou substantivo, e não ao formal ou adjetivo, embora algumas de suas consequências imediatas (sobre a ação penal e a condenação) pertençam ao direito processual" (Da Prescrição Penal, São Paulo, 1977, p. 29).

Como instituto de direito penal, está ela sujeita às regras que disciplinam a lei penal no tempo, a mais coezinha das quais reside na proibição de retroatividade da *lex gravior*.

Por essa razão, os autores que examinaram precisamente a matéria de que ora nos ocupamos são unânimes em proclamar que a lei nº 6.416 de 24/mai/77 não rege a prescrição pela pena em concreto de fatos ocorridos anteriormente à sua vigência.

Assim, DAMÁSIO E. DE JESUS: "Comparando-se os dois dispositivos, vê-se que o primitivo parágrafo único do art. 110 era mais liberal que o da nova lei. Diante disso, no conflito intertemporal, prevalece a ultra-atividade da

lei mais benéfica. Em consequência, a Súmula nº 146 e o art. 110 § único do CP continuam a regular as hipóteses de infrações cometidas antes de entrar em vigor a lei nova." (O Novo Sistema Penal, S. Paulo, 1977, p. 165).

Na mesma linha, PAULO JOSÉ DA COSTA JR.: "A lei antiga (art. 110, parágrafo único, do Código Penal de 1940), que serviu de base legal para a interpretação ampliativa da Súmula nº 146, por ser mais benéfica, é ultra ativa. Por isso que mais severa que a anterior, a nova lei, no que alterou o art. 110, não retroage, não devendo ser aplicada aos fatos cometidos antes da data de sua vigência" (A Nova Lei Penal, São Paulo, 1977, p. 75).

Como bem assinala DAMÁSIO E. DE JESUS, "não se trata de confrontar a Súmula nº 146 com os novos dispositivos", e sim o antigo texto legal, "que permitia o princípio sumular com todas as suas consequências" e o novo texto legal, que restringiu o alcance daquele princípio (op. cit., p. 165).

A Procuradoria Geral da Justiça de São Paulo criou um Grupo de Trabalho que veio a produzir o que se chamou de Anotações ao Novo Sistema Penal. Eis a Anotação nº 11ª: "A interpretação do antigo parágrafo único do art. 110 do Código Penal, objeto da Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal, por ser mais favorável ao réu (Constituição Federal, art. 153, § 16), aplica-se às infrações cometidas antes da vigência da lei 6.416/77" (apud PAULO JOSÉ DA COSTA JR., op. cit., p. 75).

Recentemente, o Procurador Geral da República, no processo PGR nº 34.246/78, onde se propunha arguição de inconstitucionalidade da inovação trazida pela lei 6.416/74 na matéria, proferiu o seguinte despacho: "Não é inconstitucional o § 2º do art. 110 do Código Penal, com a redação que lhe deu a lei nº 6.416, de 24-5-77, eis que não determina aplicação retroativa do preceito nele consignado. Publique-se. Arquive-se. Brasília, 15

de maio de 1978. a) Henrique Fonseca de Araújo" (DJ 24/mai/78, p. 3.617).

Se esta é a posição de tão expressivos e autorizados segmentos do Ministério Público, outra não é aquela adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

No julgamento do RHC 55.233, que teve por relator o eminente Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, estabeleceu a 2ª Turma da Corte Suprema o pensamento resumido na seguinte ementa: "Prescrição pela pena concretizada na sentença (Súmula número 146). Retroação ao período compreendido entre o fato criminoso e o recebimento da denúncia, admitida pela jurisprudência anterior a 1972, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal restabeleceu no RHC 53.712, de 29 de outubro de 1975. Inaplicabilidade da nova Lei número 6.416, de 24 de maio de 1977, que acrescentou o § 2º do art. 110 do Código Penal, por lhe ser anterior, no caso, a fonte da prescrição pela pena concretizada, vale dizer, o trânsito em julgado da sentença condenatória. Habeas corpus concedido" (DJ 12/set/77, p. 6.168).

O princípio da irretroatividade da lei 6.416 de 24/mai/77, no que respeita ao assunto sob exame, foi reafirmado no RHC 55.294, relator o Min. SOARES MUÑOZ, embora aplicando limitadamente o princípio sumular (DJ 18/nov/77, p. 8.233).

A decisão que motivou este comentário nos parece irretocável. O texto reformado não se pode aplicar a fatos anteriores à vigência da reforma, e essa proibição tem implicações de ordem constitucional. E, ao aplicar-se o texto antigo do art. 110 e seu § único do Código Penal de 1940, interpretado cristalinamente na Súmula nº 146, é forçoso aderir ao último entendimento da Corte Suprema a respeito, que verdadeiramente dele extraia a inevitável consequência de estender a prescrição pela pena em concreto tomando como referên-

cia o lapso decorrido entre o fato e o recebimento da denúncia.

A argumentação, de que se valem alguns eminentes Ministros da Corte Suprema dissidentes do entendimento majoritário, segundo a qual a nova redação veio fortalecer a inadequação de estender-se a prescrição pela pena em concreto a períodos anteriores ao recebimento da denúncia não impressiona. O novo texto demonstra precisamente que o legislador quis opor-se ao que lhe parecia uma consequência inoportuna da antiga redação; neste sentido, a proibição explícita vale por um reforço à posição de que aos fatos anteriores deva ser atribuído o tratamento jurídico das últimas decisões do Supremo Tribunal Federal (ou seja, abrangendo o período entre o fato e o recebimento da denúncia) (Nota de NILO BATISTA).

Lesão corporal. Debilidade permanente.

Decidindo o HC 52.421, o STF, por sua 1ª Turma, relator o eminente Min. ALIO-MAR BALEEIRO, teve oportunidade de fixar o conceito de debilidade permanente: "não pode ser a passageira ou transitória, mas há de ser a estável, perene, que não muda pelo tempo a fora."

Na hipótese, a vítima da lesão corporal sofrera perda de 12% da audição, mas laudos oficiais posteriores demonstraram que desaparecera a primitiva debilidade. Em seu voto, assinalou o relator: "O art. 129 § 1º somente no item I ("incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 dias") fixa um período que, se vencido, qualifica a lesão de grave. No item III ("debilidade permanente, de membro, sentido ou função"), não há especificação de tempo. O legislador exige que a debilidade seja "permanente", que em meu dicionário, não é sinônimo de "duradouro, passageiro, depois de certa duração". Permanente é o adjetivo correspondente àquilo

estável, perene, que não muda, mas continua, sempre indefinidamente pelo tempo a fora, com perseverança ou constância. Permanente é o antônimo de transitório, passageiro, transiente, momentâneo, enfim, de duração limitada.

"Dizer que a debilidade deve ser duradoura, não porém perpétua, equivale a nada dizer, no oceano da vagueza porque perpétuo é o imortal, é o que desafia os séculos, como o jazigo para todo o sempre, o monumento destinado à memória até às gerações futuras, os marcos e rumos, enfim o que toca à eternidade". E acrescentou: "Debilidade permanente do membro ou sentido é a que o suprime, em parte, sem extingui-la completamente, até o fim da vida do paciente, como por exemplo, a que lesa músculo ou nervo que nunca se restaura ou rompe parte da córnea, ou da membrana, tímpano, etc."

Como assinala o acórdão, há decisões do STF que, por via de *habeas-corpus*, desclassificaram a condenação quando evidente o conflito entre ela e a realidade ostensiva nos elementos dos autos: RHC 50.986; HC 51.556; RTJ 34/432; RTJ 34/208; RF 171/336; RTJ 72/25 etc. (H.C.F.).

Inquérito policial. Condução coercitiva.

Não pode a autoridade policial expedir ordem de prisão se o indiciado em inquérito policial se recusa a atender à notificação para prestar declarações. Neste caso, pode ordenar que o indiciado seja conduzido coercitivamente à sua presença, não podendo, porém, obrigá-lo a depor. O acusado tem direito ao silêncio. Ninguém pode ser compelido a prestar declarações, e, muito menos, a incriminar-se.

Decidindo o RHC 4047, o TFR, por sua 1ª Turma, relator o grande Juiz JORGE LA-

FAYETTE, assentou o tribunal, com precisão, essas regras: "O indiciado não tem a obrigação de responder, mas está obrigado a comparecer para declarações, quando regularmente notificado, ficando sujeito à condução coercitiva, se não o fizer. Não se justificando sua prisão, a fim de prestar declarações, confirma-se o HC preventivamente concedido". A decisão foi unânime (DJ 13/6/77. 3907) (H.C.F.).

Segurança nacional. Competência da Justiça Militar.

Repelindo a competência da Justiça Militar, em hipótese acusatória que envolvia crimes graves (arts. 11 § 1º, 26 e 39, I e II DL 898), o STM, por unanimidade de votos, reiterou a sua jurisprudência invariável nessa matéria: "Os crimes definidos no DL 898, de 29/9/69, em face de seu art. 7º, devem apresentar os pressupostos dos crimes contra a segurança nacional, que exigem finalidade político-subversiva". Foi relator o saudoso Ministro NELSON B. SAMPAIO. A decisão foi proferida no RC 4990 (DJ 15/6/77, *apenso*, 120).

Não há crime contra a segurança nacional sem que ocorra o chamado *dolo específico*, que, em verdade, é elemento subjetivo do tipo de injusto. Sem o fim especial de agir, que é o propósito de atentar contra a segurança do Estado, não há crime político (H.C.F.).

Confissão extra-judicial. Prova insuficiente.

Decidiu o STM, na AC 40.883, por maioria, relator o eminente Min. JACY GUIMARÃES PINHEIRO, no sentido de absolver o acusado porque no processo havia apenas a sua confissão, desacompanhada de outras provas. A ementa do julgado reza: "Prova. A simples confissão indiciária isolada não faz

prova. Há que ser corroborada, apoiada em outros elementos, colhidos em juízo, para esteirar a convicção do julgador" (DJ *apenso*, 15/6/77, 155).

Tratava-se no caso de crime contra a segurança nacional. Nessa espécie de crimes, os acusados são, em geral, virtualmente seqüestrados por agente da autoridade, mantidos presos e incomunicáveis, havendo sempre ampla confissão. Essa confissão somente poderia bastar para condenar perante tribunais de segurança, que abandonam os princípios da justiça para atender a supostas conveniências da segurança nacional.

A decisão, tomada por maioria, não só proclama que a confissão feita no inquérito não é admissível como prova, mas também alude à exigência de prova colhida *em juízo*, exigência intransponível da lei processual (art. 297 CPPM). (H.C.F.).

Justiça Militar. Recurso Ordinário. Desnecessidade de recolhimento do réu à prisão.

No caso de crime contra as instituições militares praticados por civil cabe recurso ordinário para o STF das decisões proferidas pelo STM, consoante o disposto na Constituição Federal.

No ROCr 1269, relator o eminente Min. BILAC PINTO, decidiu a 1ª Turma do STF, por unanimidade, que "para a interposição do recurso ordinário ao STF, não é necessário, por ausência de previsão legal, o recolhimento do réu à prisão" (DJ 22/10/76, 9227). Parece-nos importante deixar consignada a correta decisão sobre a matéria, que é objeto de controvérsia (H.C.F.).

Latrocínio

As Câmaras Conjuntas Criminais do TJ do Estado de São Paulo, nos embargos in-

fringentes nº 119.321, de São Paulo, em 1º de outubro de 1974, por maioria de votos sendo Relator o Des. ÁLVARO LAZZARINI, decidiram que "mesmo quanto não verificada a lesão patrimonial, ocorrendo o evento morte, a hipótese é de latrocínio consumado e não, apenas, tentado" (RT, 476/338).

O tema é controvertido na doutrina e na jurisprudência, como veremos a seguir.

1 — Quando o agente pratica homicídio consumado e subtração patrimonial consumada, responde por latrocínio consumado (art. 157, § 3º, segunda parte, CP).

2 — Quando o agente pratica tentativa de homicídio e subtração patrimonial tentada, responde por tentativa de latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*, combinado com o art. 12, II).

3 — Quando o agente pratica tentativa de homicídio e subtração patrimonial consumada, responde por tentativa de homicídio qualificado pela conexão teleológica ou consequencial (art. 121, § 2º, V, combinado com o art. 12, II).

4 — Quando o agente pratica homicídio consumado e tentativa de subtração patrimonial, responde por: a) — tentativa de latrocínio (art. 157, § 3º, segunda parte, combinado com o art. 12, II); b) — homicídio qualificado pela conexão teleológica ou consequencial consumado e tentativa de roubo simples, em concurso material (arts. 121, § 2º, V e 157, *caput* ou § 1º, combinado com o art. 12, II, ambos combinados com o art. 51, *caput*; c) — latrocínio consumado (art. 157, § 3º, *in fine*; d) — homicídio qualificado pela conexão (art. 121, § 2º, V).

5 — Quando o agente pratica homicídio consumado e subtração patrimonial consumada, responde por latrocínio consumado (art. 157, § 3º, *in fine*, CP).

Se a intenção do agente, ao usar de vio-

lência contra pessoa, causando-lhe a morte, é apoderar-se de coisa móvel pertencente à vítima ou sob sua posse, tem-se configurado o crime previsto no art. 157, § 3º, CP (HC 48.935-AM, 1ª Turma do STF, em 10/8/1971, votação unânime, relator o Min. BARROS MONTEIRO, RTJ 61/318).

"Quando se verifique homicídio consumado e roubo consumado, o crime praticado, será caracteristicamente, de latrocínio (CP, art. 157, § 3º)" (conflito de jurisdição nº 113.661, São Paulo, 1ª Câmara TJSP, em 13/08/1972, votação unânime na parte enunciada, relator o Des. ADRIANO MARREY, RT 441/382).

No mesmo sentido: STF — RT 210/500; RTJ, 39/330 e 46/821; Jurisp. do STF 7/61; TJSP — RT 224/108; 237/127; 246/114; 278/175; 292/151; 317/76; 341/118; 382/83; 398/100; 413/113; 419/75; 432/319; 441/371; 448/336; 451/359 e 462/353; *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*, 7/493; 13/469; 14/490; 16/422; 17/475, 482 e 536; 18/381 e 22/493.

Quando o sujeito pratica homicídio consumado e subtração patrimonial consumada, a doutrina é pacífica em afirmar que responde por latrocínio consumado (art. 157, § 3º, *in fine*, CP) e não por homicídio qualificado consumado em concurso material com a subtração patrimonial consumada (furto ou roubo), orientação contida na *Exposição de Motivos* do estatuto vigente (nº 38, *in fine*). Pelo princípio da especialidade, a norma que descreve o latrocínio é especial em relação à que define o homicídio qualificado pela conexão teleológica ou consequencial (art. 121, § 2º, V), que é genérica. Aquela prefere a esta. A norma genérica tipifica qualificadoras referentes às circunstâncias de o agente praticar o homicídio (crime-meio) a fim de assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (crime-fim), que pode ser qualquer um, menos a subtração patrimonial especializante, uma vez que neste

caso se aplica a norma específica descritiva do latrocínio. A lei penal, imprimindo o caráter de unidade às duas infrações (homicídio e subtração patrimonial), se fundamenta no princípio da necessidade de evitar que, aplicando-se a regra do concurso material, venha o agente a ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Essa orientação segue, principalmente, a lição de NELSON HUNGRIA, VII, 62, para quem o latrocínio, tendo em vista a sua unidade jurídica de crime complexo, "só se pode dizer consumado... quando... o homicídio e a subtração patrimonial se consumam". É a orientação pacífica do STF e do TJ de São Paulo.

6 — Quando o agente pratica tentativa do homicídio e subtração patrimonial tentada, responde por tentativa de latrocínio (artigo 157, § 3º, *in fine* combinado com o art. 12, II).

A tentativa de crime complexo se configura com o começo de execução do crime que inicia a formação do todo unitário, donde a conclusão de que no latrocínio a tentativa se configura com o começo de execução do crime-meio, ou homicídio, considerada, sempre, como é óbvio, a incindibilidade do todo complexo (HC 48.952-SP, 2ª Turma do STF, em 14/12/1971, maioria de votos, relator o Min. ANTÔNIO NEDER, RTJ, 61/321).

Se tiver ocorrido homicídio tentado e roubo tentado, o crime será de tentativa de latrocínio (CP art. 157, § 3º, combinado com o art. 12, II) (conflito de jurisdição nº 113.661, de São Paulo, 1ª. C. Crim. do TJSP, em 13/3/1972, maioria de votos, Relator o Des. ADRIANO MARREY RT, 441/382 (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21/564)).

No mesmo sentido: TJSP — RT 392/131.

Se o agente pratica homicídio e subtração patrimonial tentados, a doutrina unânime ensina que responde por tentativa de latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*, combinado com o art.

12, II). Assim, NELSON HUNGRIA afirma que o latrocínio só se pode dizer tentado quando o homicídio e a subtração patrimonial ficam em fase de tentativa (ob. e loc. cit.), No mesmo sentido: MAGALHÃES NORONHA, II, 255, HELENO C. FRAGOSO, Lições, I, 203 e 204. Tratando-se de crime complexo, a tentativa se configura com o início da prática do delito famulativo que serve de meio de execução do tipo unitário (RANIERE, *Il Reato Complesso*, 1940, 191 e s.; SANTORO, *Manuale di Diritto Penale*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1958, vol. I/ 535; VANNINI, *Il Problema Giuridico del Tentativo*, 1950, 147). Entre nós, a lição de VANNINI e RANIERE é adotada por JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Curso*, II, 361 e 362). É a orientação pacífica do STF e do Tribunal de Justiça de São Paulo.

7 — Quando o agente pratica tentativa de homicídio e subtração patrimonial consumada, responde por tentativa de homicídio qualificado pela conexão teleológica ou consequencial (art. 121, § 2º, V, combinado com o art. 12, II).

Se tiver ocorrido homicídio tentado e roubo consumado, o crime será de tentativa de homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º, V, combinado com o art. 12, II) (conflito de jurisdição nº 113.661, de São Paulo, 1ª Câmara do TJSP, em 13/3/1972, maioria de votos, relator o Des. ADRIANO MARREY, RT 441/383 (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21/565)).

Diverge a doutrina a respeito da hipótese de o agente praticar tentativa de homicídio e subtração patrimonial consumada. Para NELSON HUNGRIA, VII, 63, nº 24, responde por tentativa de homicídio qualificado. MAGALHÃES NORONHA ensina que há tentativa de latrocínio (ob. e vol. cit., 253, nº 473). De acordo com HELENO FRAGOSO há tentativa de homicídio qualificado em concurso material com roubo simples consumado (ob. e vol. cit., 204). Para BASILEU GARCIA, o agente

também responde por tentativa de homicídio qualificado e roubo simples consumado, embora não se incline expressamente no sentido de uma das duas formas de concurso (*Apostilas de Direito Penal*, 1957, 542, e segs.). A 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, pronunciando-se a respeito, acatou a orientação de NELSON HUNGRIA: o agente responde por tentativa de homicídio qualificado pela conexão (absorvida a efetiva subtração patrimonial). A solução de MAGALHÃES NORONHA não foi aceita, afirma o acórdão, porque, de acordo com NELSON HUNGRIA, só há tentativa de latrocínio quando o homicídio e a subtração patrimonial ficam em grau de tentativa, que não é o caso. Além disso, se houvesse tentativa de latrocínio, o agente incorreria em pena superior à da tentativa de homicídio qualificado pela conexão com "outro crime", ainda que este outro crime fosse muito mais grave que o roubo (NELSON HUNGRIA, ob. e loc. cit., págs. 62 e 63). A opinião de HELENO C. FRAGOSO, determinando o cúmulo material, também não foi aceita, uma vez que, de acordo com a decisão do Tribunal de Justiça, nos termos do ilustrado acórdão do Des. ADRIANO MARREY, "a soma das penas dos crimes em concurso seria superior à do homicídio qualificado consumado, e, portanto, com maior punição por crime menos grave" (RT 441/383). O STF ainda não teve oportunidade de apreciar a hipótese. De observar-se que, pronunciando-se a respeito da hipótese de homicídio e subtração patrimonial tentados, que diverge desta apenas pela consumação da subtração, a 2ª turma da Suprema Corte adotou a orientação de RANIERE e VANNINI: a tentativa de crime complexo se configura com o começo de execução do crime que inicia a formação da unidade jurídica, donde a conclusão de que no latrocínio a tentativa ocorre com o início de execução do crime-meio (homicídio), considerada a incindibilidade do todo unitário (RTJ 61/321 e segs.). A adotar-se a regra, a solução seria no sentido de punir o agente como autor de tentativa de latrocí-

nio. De ver-se, porém, como se afirmou, que o STF ainda não se pronunciou especificamente sobre essa hipótese.

8 — Quando o agente pratica homicídio consumado e subtração patrimonial tentada, a questão é resolvida por quatro orientações, a seguir sumariadas e desenvolvidas:

a) — Quando o agente pratica homicídio consumado e subtração patrimonial tentada, responde por tentativa de latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*, combinado com o art. 12, II).

Para haver tentativa de latrocínio é suficiente o princípio de execução do crime que inicia a formação do delito complexo. E isto pela simples razão de que as figura delituosas que o compõem perdem a sua autonomia (apelação criminal nº 115.713, de São Paulo, 3ª Câmara do TJSP, em 29/05/1972, maioria de votos, relator o Des. CAVALCANTI SILVA, RT 444/323).

No mesmo sentido: TJSP — Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo 7/548; RT 456/373 e 452/345.

No caso de homicídio consumado e subtração patrimonial tentada, JOSÉ FREDERICO MARQUES entende que o agente deve responder por tentativa de latrocínio, em face da unidade complexa que caracteriza esse delito, adotando a lição de RANIERE e VANNINI, SÍLVIO RANIERE ensina que se o crime inicial (homicídio, no caso) já estiver consumado, existirá, a *maggiore ragione*, il tentativo dell'intero reato complesso (*Il Reato Complesso*, 1940, 191; VANNINI, *Il Problema Giuridico del Tentativo*, 1950, 147; JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit.; no mesmo sentido: DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito Penal*, José Bu-shatsky Editor, 1972, 1/427 e nota 17, para quem um dos casos de tentativa de crime complexo ocorre com a realização de um dos crimes que o compõem). Essa orientação, que constitui posição isolada no Tribunal de Justiça de São Paulo, embora seja a de melhor feição doutrinária, com fundamento na lição

de JOSÉ FREDERICO MARQUES e se referindo às soluções dos que cindem o delito complexo para resolver a hipótese, fazendo com que o agente responda por homicídio qualificado consumado ou por tentativa de furto simples em concurso material com homicídio qualificado consumado, observa que apresentam uma falha comum: separam a unidade complexa do latrocínio, onde as infrações componentes se encontram ligadas indissolúvelmente. Desfazê-las é destruir a regra unitária do crime complexo, sem que haja norma permissiva a respeito, tal como acontece na extinção da punibilidade, em que o art. 108, parágrafo único, do CP, autoriza a separação dos delitos integrantes (JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. e loc. cit.; RT 444/322 e 323). Além disso, tratando-se de crime complexo, não se pode abstrair o crime-fim tentado, "desde que... a ação homicida, por si só, é o começo de execução do roubo" (*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de S. Paulo*, VII/548). É por isso que ASÚA diz que NELSON HUNGRIA apresenta soluções "incompletas" e "pouco convincentes" (*Tratado de Derecho Penal*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1970, VII/922, notas 94-bis e 95). Cuidando da tentativa de crime complexo e analisando especialmente a hipótese de latrocínio, embora falando em roubo, ASÚA ensina que "*en el robo..., la fuerza o la violencia ejercidas y consumadas con el fin de cometer el robo... aunque esa fuerza o violencia se consumen, lo único que habrá es tentativa de robo...*" (ob. e loc. cit., pág. 924). Embora essa posição seja a mais correta diante da doutrina do crime complexo, na prática não é a mais conveniente, uma vez que, respondendo por tentativa de latrocínio, o agente sofreria uma pena inferior à cominada ao homicídio qualificado. Isso, porém, decorre de uma falha do Código, que a orientação isolada do TJ de São Paulo entende não poder contornar. De observar-se que a 2ª Turma do STF, no HC 48.952-SP, a respeito de homicídio e subtração patrimonial tentados, adotou a opinião de RANIERI e VANNINI sobre a tentativa de crime comple-

xo, segundo a qual ocorre com o início ou consumação do crime-meio. Com base nisso, TEÓFILO C. FILHO, entende que a Suprema Corte acatou a lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES, de que o agente quando há homicídio consumado e subtração tentada, responde por tentativa de latrocínio (*Dúvidas sobre o Latrocínio*, Folha de São Paulo, ed. de 24/12/1972). A Suprema Corte, porém, ainda não analisou especificamente essa hipótese.

b) — Quando o agente pratica homicídio consumado e subtração patrimonial tentada, responde por homicídio qualificado pela conexão consumado e tentativa de roubo simples, em concurso material (arts. 121, § 2º, V e 157, *caput* ou § 1º, combinado com o art. 12, II, ambos combinados com o art. 51, *caput*).

"O latrocínio, como crime complexo, só se pode dizer consumado ou tentado quando, respectivamente, o homicídio e a subtração se consumam ou ficam ambos em fase de tentativa. No caso de morte e tentativa de roubo, o acusado deve responder somente pelo homicídio e pela tentativa do crime patrimonial" (apelação criminal nº 92.665, de São Paulo, 1ª Câmara do TJSP, em 13/11/1967, maioria de votos, relator o Des. THOMAZ CARVALHAL, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de São Paulo*, 6/439).

No mesmo sentido: TJSP - RT 243/82.

Essa orientação não tem apoio doutrinário, embora tenha semelhança com as posições de MAGALHÃES NORONHA e BASILEU GARCIA. Trata-se de posição isolada na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.

c) — Quando o agente pratica homicídio consumado e tentativa de subtração patrimonial, responde por latrocínio consumado (art. 157, § 3º, *in fine*).

"Tentativa de roubo com morte consu-

mada configura latrocínio" (AC 110.773, de Laranjal Paulista, 2ª Câmara do TJSP, em 11/10/1971, votação unânime, relator o Des. GOULART SOBRINHO, RT 440/332 e 333).

"Mesmo não conseguindo o agente subtrair algo da vítima, mas desde que surja o evento morte, a figura penal do latrocínio está inteiramente gizada em todos os seus contornos, não se podendo falar em homicídio" (conflito de jurisdição nº 116.390, de São Paulo, 1ª Câmara do TJSP, em 10/07/1972, maioria de votos, relator o Des. ONEI RAFAEL, RT 446/391).

Não, apenas, por tratar-se de crime complexo, mas, e principalmente, pela importância que a lei penal dispensou à incolumidade física no disciplinamento do roubo seguido de morte (tanto que o mínimo da condenação passou para 15 anos) é solução aceita capitular como latrocínio consumado, caso, como o dos autos, em que ocorreu o homicídio sem a subtração do bem (AC 118.219, de São Paulo, 3ª Câmara do TJSP, em 26/2/1973, votação unânime, relator o Des.

No mesmo sentido: TJSP - RT 178/624, MELO FREIRE).

222/67, 306/81, 382/104, 390/107, 393/95, 401/125, 425/297, 453/358, 451/388, 467/323, 470/327, 471/320 e 333 e 476/333 e 340; *Revista de Jurisprudência do Tribunal de J. de S. Paulo*, 6/433 e 449, 16/466 e 470, 20/387 e 21/514 e 459.

CARRARA já dizia que no latrocínio, o delito é perfeito, embora o culpado, depois de matar a vítima, não tenha podido consumir o furto (*Programa do Curso de direito Criminal*, parte geral, Saraiva, 1956, tradução de José Luiz V. de Azevedo Franceschini e J. R. Prestes Barra, I/274, nº 378). No mesmo sentido: PINCHERLE (*Manuale* página 49) CRIVELLARI (*Concetti Fondamentali*, págs. 79 e 80) e RICARDO C. NÚÑEZ, (*Delitos contra la Propiedad*, pág. 217). Essa lição é adotada entre nós por DARCY DE ARRUDA MIRANDA (*Latrocínio*, in *Revista do Institu-*

to de Pesquisas e Estudos Jurídico-econômico-social da I.T.-E., Bauru, 1966, vol. II/51; RT 315/87). Entende a corrente que o Código Penal não exige a efetiva subtração para que haja latrocínio consumado, uma vez que emprega a expressão "se resulta morte". Ora, se o fato produz a morte da vítima, é típico e consumado diante da figura do art. 157, § 3º, segunda parte. Além disso, confrontando-se os tipos do roubo próprio e impróprio (*caput*, e § 1º), vê-se que o Código não exige a consumação da subtração para a aplicação do § 3º: no roubo impróprio (§ 1º), o Código fala em "depois da subtração"; no próprio, fala em subtração mediante violência à pessoa (violência em sentido amplo). Assim, aplica-se a forma qualificada pelo resultado morte quando esta tenha sido produzida como meio para a subtração, embora não consumada. Essa orientação é a dominante do TJ de São Paulo e corresponde, na prática, à melhor posição, embora, tecnicamente, diante da conceituação legal do latrocínio, não seja doutrinariamente perfeita em face do sistema dos delitos complexos.

d) — Quando o agente pratica homicídio consumado e tentativa de subtração patrimonial, responde por homicídio qualificado pela conexão teleológica ou consequencial consumado (art. 121, § 2º, V).

"No caso, no assalto levado a cabo pelos réus, verifica-se que o homicídio (crime-meio) foi consumado, enquanto que o subtração da *res aliena* (crime-fim) foi tentada. Não houve, assim, um crime de latrocínio porque o que se tem em tal resultante é um homicídio qualificado" (AC 115.605, Pindamonhangaba, 3ª Câmara do TJSP, em 22.05.1972, maioria de votos, relator o Des. HOEPPNER DUTRA, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*, 21/513 e 514).

"Tendo os acusados praticado homicídio, sem consumir o roubo, o crime pelo qual devem responder há de ser o capitulado no art. 121, § 2º, V, do CP" (conflito de juris-

dição nº 113.661, de São Paulo, 1ª Câmara do TJSP, em 13/3/1972, maioria de votos, relator o Des. ADRIANO MARREY, RT 441/380).

No mesmo sentido: STF - RTJ 13/247; TJSP - RT 402/86, 441/356; 357; 450/359, 464/351 e 475/285; *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*, 8/508, 20/442, 21/562 e 22/517; RT 174/379 e 176/392; *Justitia* 42/144; TJG - KC 5.658, Câmaras Criminais Reunidas, votação unânime, relator o Des. PIO BORGES, DOE de 27/04/1972, 210.

Essa corrente adota a opinião de NELSON HUNGRIA: quando o homicídio se consuma, ficando apenas tentado o delito patrimonial, aplica-se unicamente a pena do homicídio qualificado pela conexão, ficando absorvida a tentativa de lesão patrimonial (ob. e loc. cit., pág. 63). Entende-se que nos delitos complexos, salvo disposição expressa em contrário, se um dos crimes-membros deixa de consumar-se, fica prejudicada a consumação do todo, e também não se pode ter simples tentativa quando um deles atinge a consumação. Assim, para que haja delito consumado, é preciso que o homicídio e a subtração atinjam a consumação; para que se tenha delito tentado, é necessário que ambos sejam apenas tentados. Ora, a hipótese não se adequa e nenhuma das regras, pelo que não se aplica a norma descritiva do latrocínio (RT 441/356 a 359). A absorção da tentativa patrimonial é explicada por HELENO CLÁUDIO FRAGOSO: "Absorvai-se a tentativa de roubo, porque se o agente devesse responder por roubo tentado, também, em concurso material, a pena seria superior à do roubo seguido de morte, consumado, o que é absurdo" (ob. e loc. cit. pág. 204). Trata-se de posição minoritária do TJ de São Paulo. O STF não possui decisão recente a respeito dessa hipótese.

A divergência doutrinária e jurisprudencial

é causada pela má formulação típica do latrocínio, a par da elevada pena cominada. Nas várias legislações, há três critérios de descrição das situações de subtração patrimonial e homicídio: 1º) descreve o resultado morte como qualificadora culposa do roubo (crime preterdoloso); 2º) deixa de prever o resultado morte como qualificadora do roubo e não define o fato em tipo especial; 3º) insere numa figura típica especial o dolo em relação à morte esclarecendo que é irrelevante a consumação da subtração patrimonial. Empregam o primeiro critério os Códigos da Espanha (art. 501, § 1º), Argentina (art. 165), Chile (art. 433, § 1º), Grécia (art. 380, n. 2) e Suíça (art. 139, n. 2). Essas legislações descrevem um crime preterintencional, em que o *primum delictum* é doloso, enquanto o resultado morte é culposos. Quando a morte é dolosa, o agente responde por homicídio qualificado em concurso com roubo. De acordo com o segundo critério, o Código não define o latrocínio em tipo especial e nem prevê a morte como qualificadora, do crime de roubo (CP boliviano, arts. 331 e 332; uruguaio, art. 344; mexicano, art. 372), respondendo o sujeito por dois crimes: homicídio e roubo. O terceiro critério adota a descrição do latrocínio como delito autônomo, prevendo todas as hipóteses (CP brasileiro de 1969, art. 168, § 2º, V e § 3º, primeira parte). Pela sistemática do CP de 1942, a hipótese do art. 157, § 3º, deveria contemplar um delito preterintencional, uma vez que a expressão "se resulta" indica que a morte tipifica o delito como resultado e não como meio de execução do roubo próprio ou impróprio. O Código, porém, cominou pena de tal severidade que não se harmoniza com delito preterdoloso: reclusão, de 15 a 30 anos. Então, se a hipótese fosse de crime preterdoloso, punindo-se o resultado morte a título de culpa, com a pena mínima de 15 anos de reclusão, estaríamos punindo o homicídio culposos qualificador do roubo com pena mais grave que a imposta ao homicídio doloso. Diante dessa iniquidade a doutrina passou a afirmar que

o tipo qualificado contempla a morte dolosa, culposa ou preterdolosa (NELSON HUNGRIA), dolosa ou preterdolosa (MAGALHÃES NORONHA), ou somente dolosa (JOSÉ FREDERICO MARQUES). Essas opiniões, a par das quatro hipóteses diferentes que o latrocínio apresenta, levaram a jurisprudência a verdadeira perplexidade (v. sobre o assunto: FRAGOSO, *Jur. Crim.*, II, 316 s.). O Código Penal de 1969, "eliminando dúvidas surgidas na aplicação da lei atual" (Exposição de Motivos, n. 55), adotou o terceiro critério de conceituação do latrocínio, que só ocorre quando a morte é dolosa: "Se, para praticar o roubo ou asse-

gurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa, o agente ocasiona dolosamente a morte de alguém, a pena será de reclusão de 15 a 30 anos, além da multa, sendo irrelevante se a lesão patrimonial deixa de consumar-se" (art. 168, § 3º, primeira parte). No caso de morte preterdolosa, o fato constitui roubo qualificado pelo resultado (art. 168, § 2º, V) e não latrocínio. As inovações foram aprovadas na 3ª Conferência dos Desembargadores (*Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 11/101). (Nota de DAMÁSIO E. DE JESUS)

RESENHA BIBLIOGRÁFICA

EVERARDO DA CUNHA LUNA, *O Resultado no Direito Penal*, J. Bushatsky ed., São Paulo 1976, 132 pp.

Dezessete anos após a primeira edição, surge "com o texto de origem conservado", como esclarece o A., a dissertação que fora submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Pernambuco, da qual o Prof. Everardo da Cunha Luna é catedrático.

O trabalho está dividido em cinco capítulos: o resultado e o direito, o resultado e o dano, o resultado e os elementos do crime, o resultado e a manifestação do crime.

Em apêndice encontra-se artigo já publicado na revista *Ciência Penal* nº 3 (S. Paulo, 1974) — "Os crimes qualificados pelo resultado" — no qual o A., em oposição ao princípio fundamental da inexistência da responsabilidade penal sem culpa (cf. art. 19 do Cód. Penal de 1969), afirma ser a mesma, em tais crimes, de natureza objetiva (pág 124).

Trata-se de trabalho sério, amparado em rica bibliografia, de méritos inegáveis, que no entanto, se ressentem da falta de uma visão mais moderna. Lamenta-se que não tenha sido revitalizado com as consequências sistemáticas da teoria final da ação, segundo a qual o resultado não pertence à ação, sendo elemento do tipo.

De qualquer modo, é obra de consumado mestre, que está a merecer a atenção de todos os que se ocupam da especialidade.

HEITOR COSTA JÚNIOR

HELENO FRAGOSO, *Direito Penal e Direitos Humanos*, Rio, 1977, ed. Forense, 204 pp.

É tradicional que professores de direito penal façam reunir em algum(ns) volume(s) aquela parte — não raro valiosíssima — de sua obra dispersa em artigos, relatórios, ensaios, pareceres, trabalhos forenses, etc. Dos *Opuscoli* de Carrara aos *Strafrechtliche Grundlagenprobleme* de Roxin, encontraremos uma série dessas publicações (os *Saggi* de Petrocchi, o *Criminalista* de Asúa, os *Trent'anni* de Nuvoletti, as inúmeras coletâneas de "scritti minori" que enriquecem a literatura jurídico-penal italiana, etc.), que comumente competem com as obras fundamentais ou sistemáticas dos mesmos autores, em termos de valor científico. No Brasil, tínhamos as Novas Questões de Hungria (1945), e temos agora este Direito Penal e Direitos Humanos de Heleno Fragoso.

Encontramos neste volume dez trabalhos, que podem ser reduzidos a quatro grupos. O primeiro grupo é constituído por "Os direitos do homem e sua tutela jurídica" (tese apresen-

tada à V Conferência Nacional da OAB), e pelos relatórios "Aspectos jurídicos da marginalidade social" (apresentado ao IX Congresso Internacional de Defesa Social) e "Igualdade e desigualdade na administração da justiça" (apresentado à VI Conferência Nacional da OAB). Nesses dois últimos trabalhos, liberado do formalismo com o qual habitualmente os juristas se aproximam de tais problemas, Fragoso questiona — a partir de uma empostação que parece ter ascendência beckeriana — a idéia de marginalidade corrente nos arraiais jurídicos, e examina as relações do controle social judicial com certas categorias de "marginalizados". Especialmente importantes são as considerações sobre vadiagem e perigosidade extra-delitual. O farisaísmo da igualdade perante a lei é igualmente estudado, em suas formas históricas mais evidentes, e na atualidade brasileira.

O segundo grupo se forma com os trabalhos "Objeto do crime" e "Elementos subjetivos do tipo", que interessam à teoria do delito. São estudos de natureza técnica, o último dos quais inédito. "Objeto do crime" é um estudo magnífico, seguramente a melhor página escrita em português sobre o assunto. "Elementos subjetivos do tipo" apresenta a evolução da teoria dos elementos subjetivos do injusto, desde os trabalhos pioneiros de Fischer e Nagler até a posição assumida pela questão em nossos dias.

Dois artigos sobre direito comparado ("Apontamentos sobre o conceito de crime no direito soviético" e as excelentes "Notas sobre o direito penal anglo-americano") compõem o terceiro grupo.

Por fim, poderíamos rotular de problemas especiais um quarto grupo, constituído pelo exame do crime de apoderamento ilícito de aeronaves (rico de informações sobre o tratamento internacional que a matéria recebeu), pelas reflexões sobre pena de morte que participaram do famoso colóquio de Coimbra, e o parecer dado no caso do deputado Francisco Pinto, a propósito do delito de ofensa a chefe de estado estrangeiro.

O volume configura, enfim, um painel de proposições da maior relevância, cuja leitura se recomenda a todos os estudiosos e profissionais do direito criminal.

Nilo Batista

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *A apropriação indébita no direito tributário brasileiro*, São Paulo, Bushatsky, 1975, 218 págs.

O autor examina neste pequeno trabalho a problemática jurídica da apropriação indébita por equiparação que aparece na lei da previdência social, na do imposto sobre a renda e na do imposto sobre produtos industrializados. Trata-se de textos extremamente defeituosos, porque a equiparação *quoad substantiam* torna difícil a configuração do delito e duvidosa a aplicação da lei.

O autor estuda inicialmente o crime de apropriação indébita em nossa legislação, com informação e crítica sem maiores pretensões. Percebe-se, pelos autores invocados (Bento de Faria, Ary Franco, Galdino Siqueira e Francisco Campos), que o Dr. Ives Gandra está fora de seus domínios. Conclui que o crime de apropriação indébita "possui três elementos constitutivos: (a) — tenha a pessoa a posse ou a detenção de coisa móvel alheia: (b) — que a coisa

móvel seja apropriada para si ou para outrem; (c) — que esteja o detentor ou possuidor imbuído da intenção (dolo) de apropriar-se".

A parte mais interessante é a que se refere à parte tributária, sendo valiosas e corretas as apreciações feitas sobre a incriminação tributária contida nas leis especiais.

Para os que estudam direito penal, e que, por seu turno, desconhecem a matéria tributária — terreno movediço e instável — o livro será útil, pois proporcionará subsídios valiosos para o desenvolvimento do tema.

H.C.F.

ZAHIDÉ MACHADO NETO, *Direito Penal e Estrutura Social*, São Paulo, Saraiva, 1977, 110 págs

Trata-se de análise sociológica sobre o Código Criminal de 1830, que a autora preparou em 1970, com base em trabalhos realizados na Universidade de Brasília, nos anos de 1962-1965, com vistas a dissertação de mestrado.

São raros os trabalhos deste tipo entre nós e por isso entendemos que se deve dar atenção a todos os estudos que submetem a análise crítica a estrutura normativa de dominação e poder que constitui o direito em geral, e, em especial, o direito punitivo.

A obra se divide em apenas três capítulos: no primeiro se faz apresentação do tema e do objeto de estudo ("aplicação dos elementos fundamentais da análise sociológica do direito às instituições jurídico-penais do Código Criminal de 1830"). No segundo capítulo, examina-se a ideologia e a personalidade dos homens que compunham a Câmara dos Deputados no período de 1826/1830, destacando-se a figura central de Bernardo Pereira de Vasconcelos.

A parte final e mais importante do livro está no capítulo 3º ("Direito Penal e Estrutura Social"), que se inicia com extensa nota sobre as Ordenações do Reino e seu livro V. Examina depois, a autora, os antecedentes imediatos dos projetos e pareceres e a ideologia dos projetos, bem como as bases teóricas e doutrinárias do código de 30. Conclui a obra com o comentário sociológico do código, através do estudo das penas e dos crimes. Suas hipóteses gerais são as seguintes:

1) — O Código Criminal de 1830, embora influenciado pelas idéias penais mais avançadas da sua época, por força da pressão da estrutura econômica colonial do país, admite dispositivos e penas específicas para alcançarem uma camada da população que por ser escrava está fora do alcance da proteção geral dos direitos civis e políticos dos cidadãos; 2) — a independência recém-adquirida é responsável por dispositivos normativos específicos, cuja função é garantir e manter a estrutura político-jurídica do país e seu funcionamento administrativo; 3) — os valores patriarcais marcam os dispositivos penais que mais diretamente se referem à honra feminina e às relações da família; 4) — na disposição das penas há diferenças de tratamento punitivo não só entre livres e escravos, mas nos próprios dispositivos relativos a crimes que mais geralmente possam ocorrer em certas camadas da sociedade. Assim, as penas mais degradantes (como as galés) não são conferidas a crimes mais prováveis de serem cometidos por pessoas das camadas mais altas ou mais "ilustradas", preferindo-se para os crimes públicos que importem em algum planejamento (ou que expressem alguma ideologia) a prisão ou a tradicional e socialmente res-

peitada pena de desterro; 5) — certos dispositivos diagnosticam a *presença* do acatamento aos costumes religiosos, à superioridade dos mais velhos, o acatamento aos valores tradicionais e os comprometimentos na salvaguarda da estrutura sócio-econômica do país.

A obra de Zahidé Machado Neto receberá certamente a atenção dos especialistas e dos estudiosos da matéria em geral.

H. C. F.

Revista Mexicana de Derecho Penal, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, nº 16, abril-jun. 1975, México, 203 págs.

Este número da revista publica estudo do prof. F. Blasco Fernández de Moreda, em homenagem ao saudoso Raul Carrancá y Trujillo, sobre a pena de multa: *Reflexiones sobre el fundamento de la pena pecuniaria, como sanción atribuible a los delitos cometidos por codicia o ánimo de lucro*. O autor teve presente a reforma do CP argentino introduzida em 1968 (revogada quando o presidente Cámpora assumiu o governo da república). Suas valiosas observações de caráter histórico, no entanto, permanecem em vigor.

A edição inclui também trabalho do prof. Raúl Navarro García, sobre vários aspectos altamente positivos da reforma penal de 1971 (*Comentarios acerca de la reforma penal de 1971*), notadamente sobre a pena de multa, que agora pode ser imposta, em substituição, a toda pena privativa da liberdade até um ano.

Além de suas seções habituais, acha-se incluído neste número o texto integral do CP para o Estado de Guanajuato, de 1956, no qual se observam os graves defeitos técnicos das leis inspiradas na velha legislação espanhola.

H.C.F.

Revista Argentina de Ciencias Penales nº 4, Set. Dez. 1976, Buenos Aires, 166 págs.

Este número da revista certamente prestará serviço importante a seus leitores, pois apresenta o texto integral do CP alemão, na versão atual, após as leis que o reformaram. A tradução é de EUGÊNIO RAUL ZAFFARONI e ERNEST JÜRGER RIEGGER.

O diretor de revista, prof. RICARDO LEVENE (hijo), escreveu nota introdutória, na qual se dá precisa informação sobre os trabalhos de reforma do CP alemão.

H.C.F.

JOSÉ RAFAEL MENDOZA TROCONIS, *Curso de Derecho Penal Militar Venezolano*, Caracas, Empresa El Cojo, 1976, 2 vols.

Já não mais surpreende, a quem tem acompanhado a vida e a obra do prof. Mendoza, a sua invulgar capacidade de trabalho e a excelência de todos os seus escritos. Apesar da idade avançada, continua o mestre a produzir, com empenho e dedicação, novos estudos sobre temas pouco versados.

Agora nos chegam os dois volumes de um curso de direito penal militar, no qual são examinados, com a mestria usual, os princípios gerais e os crimes em espécie. Neles encontramos estudo completo da matéria, que, o leitor brasileiro certamente consultará com proveito.

H.C.F.

MARCELO ARAUJO, *Quadrilha ou Bando*, Rio de Janeiro, 1977, ed. Liber Juris, 74 pp.

O A., que é professor de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas, e destacado membro do Ministério Público do mesmo Estado, situa a origem do presente trabalho em estudos destinados a uma intervenção funcional no famoso processo dos cheques de viagem, "ligado às atividades do chamado Esquadrão da morte" (p. 15).

Desligado de sua destinação originária, o estudo empreendido se desempenha muito bem como abordagem monográfica ao crime de quadrilha ou bando, conceitos cujas distinções formais são oferecidas (p. 40).

O trabalho se inicia por uma reconstituição da evolução, nas leis e projetos de leis penais brasileiros, do crime em exame (p. 27 ss). O problema do eventual concurso entre o tipo do art. 288 CP e a figura especial de quadrilha da legislação referente a abuso e tráfico de drogas é enfrentado (p. 35), e solucionado, a nosso ver corretamente, com recurso ao princípio da especialidade.

A tradicional questão do inimputável, com relação ao número de pessoas exigido é vencida (p. 41), erigindo o A. como critério a "capacidade física para delinquir" do inimputável. Também a delicada questão do momento consumativo é versada com propriedade (pp. 52 - 56).

Sem embargo de divergências eventuais (como, por exemplo, no que tange ao concurso entre quadrilha e furto qualificado pelo concurso — p. 61ss —, ou no que tange à forma qualificada do bando armado — p. 72 —), não hesitamos em recomendar o trabalho aos estudantes e profissionais do direito criminal.

O trabalho é enriquecido por um prefácio do saudoso magistrado Deocleciano d'Oliveira, cuja memória é objeto de afetuosa homenagem.

Nilo Batista

Revista Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1977, Imprensa Oficial, ano I, nº 1 e 2 (junho e setembro de 1977), 118 e 154 pp.

Saudamos o aparecimento da publicação em epígrafe, que se destina a estimular o estudo de questões penitenciárias e a promover, como diz o Prof. Augusto Thompson em sua nota introdutória, "um intercâmbio dinâmico com as administrações penitenciárias de outros Estados".

O primeiro volume contém estudo de Armida Bergamini Miotto sobre o condenado, o pes-

soal penitenciário e a comunidade (p. 17-28); artigo de Carlos Magno M. Przewdowsky a propósito da retroatividade da lei nº 6.368, de 21/out/1976; e uma reflexão de Avelino Gomes Moreira Neto sobre a execução penal na Penitenciária Regional de Avaré. No segundo volume, encontramos trabalhos de Milton Rodrigues sobre Penitenciarismo, de Jorge Adelino R. da Silva (Personalidade e Crime); interessante artigo de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro a respeito da Súmula nº 146; e um estudo de Sydney Monarcha da Costa sobre seguro de acidentes do trabalho no sistema penitenciário.

Em ambos os números, seções de legislação, jurisprudência e pareceres. Há uma seção (A Palavra do Preso) que pode constituir-se num repositório extraordinário de material para exame.

Do Thompson não se esperava menos.

Nilo Batista

GIULIANO VASSALI, *La riforma penale del 1974. Lezioni integrative del corso di diritto penale*. Milão, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1975, 102 págs.

Belo serviço aos estudiosos presta o excelente professor VASSALI com este pequeno volume, destinado ao exame das importantes alterações ao CP italiano, introduzidas em 1974. Num texto enxuto e sem notações supérfluas, apresenta-se inicialmente uma resenha histórica do direito penal italiano, a partir da unificação do país, até o CP de 1889, completada pelo estudo dos trabalhos preparatórios deste último e do próprio código. A seguir, o A. examina o surgimento do projeto FERRI e da legislação até 1930, realizando análise magistral do Código Rocco e de sua legislação complementar, indicada de forma completa. Segue-se informação sobre os projetos de reforma do CP a partir de 1945, para finalmente fazer-se o estudo da reforma de 11 de abril de 1974.

A reforma foi introduzida através de um decreto-lei, motivado pela urgência e pela necessidade, que o congresso aprovou com pequena modificação, transformando-o em lei.

Na parte processual, a nova lei deu nova redação ao art. 272 CPP, que fixa os prazos de duração máxima da prisão preventiva, entre outras modificações de menor alcance, aos artigos 502 e 503.

No que tange ao CP, a primeira alteração é a do art. 69, ampliando-se a extensão do balanceamento entre circunstâncias agravantes e atenuantes, que o direito em vigor conhecia de forma limitada.

A segunda alteração foi no art. 81 primeira parte do CP, relativo ao concurso formal de crimes, adotando-se a regra do cúmulo jurídico ao invés do princípio *tot crimina tot poena*, que o Código incorporava e que conduzia a soluções aberrantes.

Modificou-se também a regra do crime continuado (art. 81 §§ 1º e 2º) para permitir a continuação entre diversas disposições de lei, desde que a execução se tenha feito com o mesmo desígnio criminoso. Trata-se de inovação importante, que altera, de forma radical, o conceito de crime continuado, que passa a ser possível entre crimes de índole diversa, ligados por

uma relação de meio a fim. Desta forma se operou, segundo VASSALI, uma implícita abrogação da agravante prevista no art. 61 nº 2 (ter cometido o crime para realizar outro), pois não é possível que se contemple ao mesmo tempo uma regra que atenua e outra que agrava.

Outra importante inovação se fez em relação à reincidência (arts. 99 e 100 CP), transformada em circunstância agravante facultativa, e não obrigatória, e reduzindo-se o *quantum* do aumento devido.

Quanto à suspensão condicional da pena (arts. 163, 164 e 168 CP), a nova lei aumentou o limite da pena para permitir a suspensão, de um ano, para dois, ampliando-se sensivelmente os casos em que é possível conceder o benefício por uma segunda condenação. Modificaram-se, para reduzir, os pressupostos obstativos à concessão do *sursis*, bem como os princípios relativos à sua revogação.

Como se percebe, as inovações introduzidas vieram atenuar o excessivo rigor do CP e se projetam na linha que vem caracterizando as leis penais modernas. O legislador de nosso tempo não mais acredita na pena de prisão, e muito menos na eficácia das longas penas privativas da liberdade.

O professor VASSALI estuda também, na parte final do volume, as outras reformas penais de 1974: as novas normas contra a interceptação e outros abusos contra a intimidade da vida privada; as chamadas novas normas contra a criminalidade e a última lei sobre o controle de armas, munições e explosivos. O texto integral das novas leis aparece em apêndice.

Para o leitor estrangeiro, o trabalho do professor VASSALI proporciona informação preciosa e segura sobre o estado atual do direito penal na Itália, e porisso mesmo, não pode passar despercebido.

H.C.F.

RICARDO LEVENE, *El delito de homicidio*, Buenos Aires, Depalma, 1977, 3ª edição, 421 págs.

É oportuna a nova edição do excelente trabalho realizado por RICARDO LEVENE (h.) sobre o crime de homicídio, examinado em todos os aspectos técnicos, com ampla informação jurisprudencial. O autor é jurista de grande porte, que domina amplamente a matéria, apresentando-nos uma tratção completa do tema, que se presta como se sabe, ao reexame de várias questões importantes da Parte Geral. Capítulos especiais são dedicados ao estudo do corpo de delito e da perícia; ao homicídio como crime da multidão; ao tratamento médico-cirúrgico; à eutanásia e à psicologia do homicida. Trata também o autor do infanticídio, da ajuda ou instigação ao suicídio (homicídio-suicídio), do homicídio preterintencional, do homicídio culposos e do homicídio em rixa.

G.A.P.

Supremo Tribunal Federal — Extradicações, Julgamentos e legislação, Brasília, 1976, 806 págs.

Registramos o aparecimento deste importante volume, editado pela gráfica do Senado Federal, no qual se contém informação preciosa para todos quantos se ocupem da extradição em nosso sistema de direito.

Trata-se de coletânea de todos os julgados do STF sobre a matéria, a partir de maio de 1968, num total de 64 casos. Neles pode-se acompanhar a evolução jurisprudencial da alta Corte, hoje bastante liberal na concessão dos pedidos.

O volume inclui também toda a legislação brasileira pertinente, inclusive o DL 394, de 1938, hoje revogado, bem como 13 tratados de extradição, celebrados com diversos países.

O trabalho está valorizado pelo índice alfabético minucioso, que facilita a consulta e permite melhor aproveitamento da obra, que será de consulta obrigatória. Como bem afirma o eminente Min. DJACI FALCÃO, na nota que apresenta o volume, com ele se dá prosseguimento à deliberação de proporcionar aos militantes da seara do direito consulta mais acessível dos julgados da Corte sobre os temas de maior significação e repercussão em nosso sistema jurídico-político.

H.C.F.

C. LOBÃO FERREIRA, *Direito Penal Militar*, Brasília, 1975, 210 pp.

Registrar-se-ia com prazer o lançamento de um livro sobre Direito Penal Militar, até face aquilo que o A. chama de "penúria de obras sobre o assunto", em sua Apresentação; todavia, a satisfação do registro é maior porque se trata de um livro honesto, descontraído e útil.

Magistrado com larga experiência no setor, o A. tempera a tradicional deficiência da literatura especializada com constantes remissões ao pensamento da Superior Corte Militar, o que engaja o volume na experiência judiciária brasileira, tornando-o valioso repositório de informações práticas para advogados, procuradores e juizes que funcionam em auditórios militares.

O estudo do aspecto fundamental e peculiar da parte geral do CPM — conceito de crime militar — é realizado através de critério felicíssimo que toma como referência o sujeito ativo. Na discutida hipótese do civil que pratica o delito contra militar no exercício de função militar, o A. toma partido, exigindo que o agente *tenha conhecimento* de que se encontra o militar no exercício de tal função (p. 22). Esta solução — com a qual, adiante-se estamos de pleno acordo — é tecnicamente curiosa, pela estrutura que sugere tenha o tipo subjetivo destes crimes que ESMERALDINO BANDEIRA chamaria "impropriamente militares".

O problema do crime culposos praticado por civil — caudatário da questão que viemos de registrar — é tratado com apuro, vencendo-se inclusive o problema singular de uma interpretação autêntica verdadeiramente embaraçada, qual a da famosa passagem da exposição de motivos que afirma o oposto do que se possa, com visão de sistema, deduzir da lei.

Segue-se um estudo dos crimes propriamente militares. Se não é, como não é, servido por uma teoria do delito moderna; se se ressentem, como se ressentem, de aprofundamento em alguns aspectos, é forçoso ressaltar os muitos méritos do trabalho. Enquanto aí estão os tribunais comuns reconhecendo a majoração do uso de arma em casos de roubo com arma de brinquedo, LOBÃO não tem dúvidas em proclamar que só quando se trate de *armas próprias* haverá a mencionada majorante, no crime de violência contra superior (p. 85). Nessa linha, traceja áspera e procedente crítica ao dispositivo que determina aplicação cumulativa das penas correspondentes à violência no crime de arrebatamento de presos, uma vez que a violência é *constitutiva*

do arrebatamento (p. 131). Ademais, violência é *nomem iuris* de um crime militar — ao contrário do que sucede no CP comum —. A solução de aplicação cumulativa das penas correspondentes às lesões corporais ou morte é por ele enunciada.

Não excedendo os limites de uma nota informativa, há que declarar a seriedade do trabalho, e formular votos de que futuras edições aprimorem e desenvolvam a obra.

Nilo Batista

LIVROS NOVOS RECEBIDOS

MIDDENDORFF (Wolf), *Estudios de psicologia criminal*, vol. XIII. *Rapto, toma de rebenques, secuestro de personas y aviones*, Madrid, Espanha — Calpe, 1976, trad. José Belloch Zimmermann, 107 págs.

NELLI (Humbert S.), *The business of crime, Italians and the syndicate crime in the United States*, Nova Iorque, Oxford University Press, 1976.

OTTO (Harro), *Grundkurs Strafrecht, Allgemeines Strafrechtslehre, Ein Lehrbuch*, Berlin, Nova Iorque, Gruyter, 1976.

GIMBERNAT ORDEIG (E.), *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Editorial Civitas, 1976.

FIGUEIREDO DIAS (J.), *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, Coimbra Editora, 1976. *Capítulo Criminológico nº 4*, órgão do Instituto de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de Zúlia, Maracaibo, 1976.

LEIS E PROJETOS

Convênio de Assistência recíproca para a repressão do tráfico ilícito de drogas que produzem dependência entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo da República da Bolívia

O Governo da República da Bolívia,

Reconhecendo que o tráfico ilícito e o uso indevido de drogas que produzem dependência constituem um problema que afeta as comunidades de ambos países;

Admitindo que as fronteiras territoriais dos dois países possibilitam o tráfico ilícito de drogas; e

Considerando que é seu dever combater esta modalidade delitativa em todas as suas formas; Convieram o seguinte:

ARTIGO I

As Partes Contratantes empreenderão todos os esforços no sentido de lograr a efetiva repressão do tráfico ilícito de drogas que produzem dependência, mediante cooperação mútua e adequada.

ARTIGO II

Para fins do presente Convênio, entende-se por drogas que produzem dependência quaisquer substâncias naturais ou sintéticas que, ao serem administradas ao organismo humano, alteram o estado de ânimo, a percepção ou o comportamento, provocando modificações fisiológicas ou psíquicas.

ARTIGO III

As Partes Contratantes comprometem-se a adotar as medidas legislativas e administrativas que forem necessárias para o cumprimento do presente Convênio, no mais breve prazo.

ARTIGO IV

As Partes Contratantes reiteram as recomendações da I Conferência Regional de países limítrofes subscritas em Cochabamba, em 11 de julho de 1975, por Delegados da Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e do Peru.

ARTIGO V

Para alcançar os objetivos do presente Convênio, os serviços competentes encarregados

da repressão do tráfico ilícito de drogas e os organismos de saúde de ambos os países manterão mútua assistência técnico-científica, assim como também estimularão o intercâmbio de informações sobre traficantes individuais ou associados.

ARTIGO VI

Para efeitos do presente Convênio, entende-se como serviços competentes os organismos policiais encarregados da repressão do tráfico ilícito de drogas, em seus respectivos territórios.

ARTIGO VII

As Partes Contratantes, por intermédio dos organismos responsáveis pela repressão do tráfico ilícito das substâncias mencionadas no Artigo 2º, efetuarão as ações necessárias para que os autores, cúmplices e encobridores deste delito sejam submetidos a processo, observando as disposições legais vigentes em cada país.

ARTIGO VIII

As sentenças condenatórias pronunciadas por este delito serão comunicadas reciprocamente.

ARTIGO IX

As Partes Contratantes, com a finalidade de assegurar uma maior coordenação para a repressão do tráfico ilícito de drogas, designarão nas respectivas Embaixadas um funcionário encarregado desse serviço.

ARTIGO X

Os serviços competentes das Partes Contratantes deverão realizar, pelo menos uma vez ao ano, uma reunião num ou noutro país, alternadamente, para consulta e intercâmbio de informações, assim como avaliação dos resultados obtidos na repressão do tráfico ilícito de drogas.

ARTIGO XI

As Partes Contratantes procurarão efetuar intercâmbio do pessoal de seus serviços competentes para o estudo dos organismos e técnicas especializadas do outro país, com o fim de conseguir o aperfeiçoamento de sua participação na luta contra o tráfico ilícito de drogas em seus respectivos territórios.

ARTIGO XII

As Partes Contratantes, em casos concretos de tráfico ilícito de drogas ou de atividades conexas que pela sua expressão e natureza interessem a ambos os países, prestarão a cooperação necessária para a realização de operações conjuntas, em zonas de fronteira.

ARTIGO XIII

As Partes Contratantes intensificarão medidas para detectar e erradicar plantações e cultivos clandestinos dos quais possam ser extraídas substâncias consideradas como drogas na área de seus respectivos territórios.

ARTIGO XIV

Os organismos competentes de cada país estabelecerão os procedimentos e mecanismos necessários que permitam uma adequada execução do presente Convênio.

ARTIGO XV

O presente Convênio vigorará provisoriamente a partir de sua assinatura e entrará em vigência permanente na data em que ambos os Governos se informem, por troca de notas, que procedaram à sua aprovação, de conformidade com suas legislações internas.

ARTIGO XVI

Cada uma das Partes Contratantes poderá denunciar este Convênio em qualquer momento, mediante uma comunicação dirigida à outra, e a denúncia produzirá seus efeitos no prazo de 90 dias depois de recebida por esta última.

Feito em dois exemplares, nos idiomas português e espanhol, sendo ambos igualmente válidos e assinados na cidade de Brasília, em dezessete de agosto de 1977.

(Publicado no D.O. de 1/6/1978)

LEI Nº 6.453 — DE 17 DE OUTUBRO DE 1977

Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências.

O Presidente da República

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

CAPÍTULO I

Das definições

Art. 1.º — Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I — "operador", a pessoa jurídica devidamente autorizada para operar instalação nuclear,

II — "combustível nuclear", o material capaz de produzir energia, mediante processo auto-sustentado de fissão nuclear;

III — "produtos ou rejeitos radioativos", os materiais radioativos obtidos durante o processo de produção ou de utilização de combustíveis nucleares, ou cuja radioatividade se tenha originado da exposição às irradiações inerentes a tal processo, salvo os radioisótopos que tenham alcançado o estágio final de elaboração e já se possam utilizar para fins científicos, médicos, agrícolas, comerciais ou industriais;

IV — "material nuclear", o combustível nuclear e os produtos ou rejeitos radioativos;

V — "reator nuclear", qualquer estrutura que contenha combustível nuclear, disposto de

tal maneira que, dentro dela, possa ocorrer processo auto-sustentado de fissão nuclear, sem necessidade de fonte adicional de neutrons;

VI — "instalação nuclear":

a) o reator nuclear, salvo o utilizado como fonte de energia em meio de transporte, tanto para sua propulsão como para outros fins;

b) a fábrica que utilize combustível nuclear para a produção de materiais nucleares ou na qual se proceda a tratamento de materiais nucleares incluídas as instalações de reprocessamento de combustível nuclear irradiado;

c) o local de armazenamento de materiais nucleares, exceto aquele ocasionalmente usado durante seu transporte;

VII — "dano nuclear", o dano pessoal ou material produzido como resultado direto ou indireto das propriedades radioativas, da sua combinação com as propriedades tóxicas ou com outras características dos materiais nucleares, que se encontrem em instalação nuclear, ou dela procedentes ou a ela enviados;

VIII — "acidente nuclear", o fato ou sucessão de fatos da mesma origem, que cause dano nuclear;

IX — "radiação ionizante", a emissão de partículas alfa, beta, neutros, ions acelerados ou raios X ou gama, capazes de provocar a formação de ions no tecido humano.

Art. 2º — Várias instalações nucleares situadas no mesmo local e que tenham um único operador poderão ser consideradas, pela Comissão Nacional de Energia Nuclear, como uma só instalação nuclear.

Art. 3º — Será também considerado dano nuclear o resultante de acidente nuclear combinado com outras causas, quando não se puderem distinguir os danos não nucleares.

CAPÍTULO II

Da Responsabilidade Civil por Danos Nucleares

Art. 4º — Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear:

I — ocorrido na instalação nuclear;

II — provocado por material nuclear procedente da instalação nuclear, quando o acidente ocorrer:

a) antes que o operador da instalação nuclear a que se destina tenha assumido, por contrato escrito, a responsabilidade por acidentes nucleares causados pelo material;

b) na falta de contrato, antes que o operador da outra instalação nuclear haja assumido efetivamente o encargo do material;

III — provocado por material nuclear enviado à instalação nuclear, quando o acidente ocorrer:

a) depois que a responsabilidade por acidente provocado pelo material lhe houver sido transferida, por contrato escrito, pelo operador da outra instalação nuclear;

b) na falta de contrato, depois que o operador da instalação nuclear houver assumido efetivamente o encargo do material a ele enviado.

Art. 5º — Quando responsáveis mais de um operador, respondem eles solidariamente, se impossível apurar-se a parte dos danos atribuível a cada um, observado o disposto nos artigos 9º a 13.

Art. 6º — Uma vez provado haver o dano resultado exclusivamente de culpa da vítima, o operador será exonerado, apenas em relação a ela, da obrigação de indenizar.

Art. 7º — O operador somente tem direito de regresso contra quem admitiu, por contrato escrito, o exercício desse direito, ou contra a pessoa física que, dolosamente, deu causa ao acidente.

Art. 8º — O operador não responde pela reparação do dano resultante de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza.

Art. 9º — A responsabilidade do operador pela reparação do dano é limitada, em cada acidente, ao valor correspondente a um milhão e quinhentas mil Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional.

Parágrafo único — O limite fixado neste artigo não compreende os juros de mora, os honorários de advogado e as custas judiciais.

Art. 10 — Se a indenização relativa a danos causados por determinado acidente nuclear exceder ao limite fixado no artigo anterior, proceder-se-á ao rateio entre os credores, na proporção de seus direitos.

§ 1º — No rateio, os débitos referentes a danos pessoais serão executados separada e preferentemente aos relativos a danos materiais. Após seu pagamento, ratear-se-á o saldo existente entre os credores por danos materiais.

§ 2º — Aplica-se o disposto neste artigo quando a União, organização internacional ou qualquer entidade fornecer recursos financeiros para ajudar a reparação dos danos nucleares e a soma desses recursos com a importância fixada no artigo anterior for insuficiente ao pagamento total da indenização devida.

Art. 11 — As ações em que se pleiteiem indenizações por danos causados por determinado acidente nuclear deverão ser processadas e julgadas pelo mesmo Juízo Federal, fixando-se a prevenção jurisdicional segundo as disposições do Código de Processo Civil. Também com-

petirá ao Juízo prevento a instauração, *ex officio*, do procedimento do rateio previsto no artigo anterior.

Art. 12 — O direito de pleitear indenização com fundamento nesta Lei prescreve em 10 (dez) anos, contados da data do acidente nuclear.

Parágrafo único — Se o acidente for causado por material subtraído, perdido ou abandonado, o prazo prescricional contar-se-á do acidente, mas não excederá a 20 (vinte) anos contados da data da subtração, perda ou abandono.

Art. 13 — O operador da instalação nuclear é obrigado a manter seguro ou outra garantia financeira que cubra a sua responsabilidade pelas indenizações por danos nucleares.

§ 1º — A natureza da garantia e a fixação de seu valor serão determinadas, em cada caso, pela Comissão Nacional de Energia Nuclear, no ato da licença de construção ou da autorização para a operação.

§ 2º — Ocorrendo alteração na instalação, poderão ser modificados a natureza e o valor da garantia.

§ 3º — Para a determinação da natureza e do valor da garantia, levar-se-ão em conta o tipo, a capacidade, a finalidade, a localização de cada instalação, bem como os demais fatores previsíveis.

§ 4º — O não cumprimento, por parte do operador, da obrigação prevista neste artigo acarretará a cassação da autorização.

§ 5º — A Comissão Nacional de Energia Nuclear poderá dispensar o operador, da obrigação a que se refere o caput deste artigo, em razão dos reduzidos riscos decorrentes de determinados materiais ou instalações nucleares.

Art. 14 — A União garantirá, até o limite fixado no artigo 9º, o pagamento das indenizações por danos nucleares de responsabilidade do operador, fornecendo os recursos complementares necessários, quando insuficientes os provenientes do seguro ou de outra garantia.

Art. 15 — No caso de acidente provocado por material nuclear ilicitamente possuído ou utilizado e não relacionados a qualquer operador, os danos serão suportados pela União, até o limite fixado no artigo 9º, ressalvado o direito de regresso contra a pessoa que lhes deu causa.

Art. 16 — Não se aplica a presente Lei às hipóteses de dano causado por emissão de radiação ionizante quando o fato não constituir acidente nuclear.

Art. 17 — As indenizações pelos danos causados aos que trabalham com material nuclear ou em instalação nuclear serão reguladas pela legislação sobre acidentes do trabalho.

Art. 18 — O disposto nesta Lei não se aplica às indenizações relativas a danos nucleares sofridos:

I — pela própria instalação nuclear;

II — pelos bens que se encontrem na área da instalação, destinados ao seu uso;

III — pelo meio de transporte no qual, ao produzir-se o acidente nuclear, estava o material que o ocasionou.

CAPÍTULO III

Da responsabilidade Criminal

Art. 19 — Constituem crimes na exploração e utilização de energia nuclear os descritos neste Capítulo, além dos tipificados na legislação sobre segurança nacional e nas demais leis.

Art. 20 — Produzir, processar, fornecer ou usar material nuclear sem a necessária autorização ou para fim diverso do permitido em lei.

Pena: reclusão, de quatro a dez anos

Art. 21 — Permitir o responsável pela instalação nuclear sua operação sem a necessária autorização.

Pena: reclusão, de dois a seis anos

Art. 22 — Possuir, adquirir, transferir, transportar, guardar ou trazer consigo material nuclear, sem a necessária autorização.

Pena: reclusão, de dois a seis anos

Art. 23 — Transmitir ilicitamente informações sigilosas, concernentes à energia nuclear.

Pena: reclusão, de quatro a oito anos

Art. 24 — Extrair, beneficiar ou comerciar ilegalmente minério nuclear.

Pena: reclusão, de dois a seis anos

Art. 25 — Exportar ou importar, sem a necessária licença material nuclear, minérios nucleares e seus concentrados, minérios de interesse para a energia nuclear e minérios e concentrados que contenham elementos nucleares.

Pena: reclusão, de dois a oito anos

Art. 26 — Deixar de observar as normas de segurança ou de proteção relativas à instalação nuclear ou ao uso, transporte, posse e guarda de material nuclear, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

Pena: reclusão, de dois a oito anos

Art. 27 — Impedir ou dificultar o funcionamento de instalação nuclear ou o transporte de material nuclear.

Pena: reclusão, de quatro a dez anos

Art. 28 — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 29 — Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 17 de outubro de 1977; 156º da Independência e 89º da República.

(Publicada no D.O. de 18/10/1977).

Dispõe sobre as entidades de previdência privada, e dá outras providências.

O Presidente da República,

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

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

Art. 1º Entidades de previdência privada, para efeitos da presente Lei, são as que têm por objeto instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, considera-se participante o associado, segurado ou beneficiário incluído nos planos a que se refere este artigo.

omissis

Art. 77 — Constitui crime contra a economia popular, punível de acordo com a legislação respectiva, a ação ou omissão dolosa, pessoal ou coletiva, de que decorra a insuficiência das reservas ou de sua cobertura, vinculadas à garantia das obrigações das entidades de previdência privada.

omissis

Art. 80 — Qualquer pessoa que atue como entidade de previdência privada, sem estar devidamente autorizada, fica sujeita a multa nos termos do art. 78 desta Lei, e à pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos. Se se tratar de pessoa jurídica, seus diretores e administradores incorrerão na mesma pena.

§ 1º — A pena de detenção a que se refere este artigo, será aplicada nos casos de reincidência ou quando, recebida notificação do órgão fiscalizador, os responsáveis não cessarem imediatamente suas atividades.

§ 2º — Na hipótese do parágrafo anterior, o órgão fiscalizador comunicará a ocorrência à autoridade policial, para interdição do local, e ao Ministério Público, para as medidas de sua competência, dando publicidade a essas providências, para conhecimento de terceiros interessados.

omissis

Art. 88 — Esta Lei entrará em vigor 120 (cento e vinte) dias após a data de sua publicação.

Art. 89 — Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 15 de julho de 1977; 156º da Independência e 89º da República.

PROJETO DE DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE A TORTURA

O V Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado de 1º a 12 de setembro de 1975, em Genebra, aprovou o seguinte Projeto de declaração sobre a proteção de todas as pessoas para que não sejam submetidas a tortura ou outro qualquer tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante.

O V Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes.

Apoiando a rejeição da Assembléia Geral, nas suas Resoluções 3059 (XXVIII), de 2 de novembro de 1973 e 3218 (XXIX), de 6 de novembro de 1974, à tortura e ao tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante,

Compartilhando da convicção da Assembléia Geral, ante o aumento de alarmantes relatórios que demonstram estar a tortura sendo praticada em muitos países, em todas as partes do mundo, de que é necessário desenvolver e manter esforços no sentido de proteger, sob todas as circunstâncias, o direito humano básico de não ser submetido a tortura ou outro qualquer tratamento ou punição cruel ou degradante,

Observando a decisão da Assembléia Geral, de considerar, em sua 30ª Sessão, a questão da tortura e qualquer outro tratamento ou punição, cruel, desumano ou degradante,

Recomenda que a Assembléia Geral adote a seguinte Declaração, para a proteção de todas as pessoas, a fim de que não sejam submetidas à tortura ou a qualquer outro tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante:

A ASSEMBLÉIA GERAL,

Considerando que, de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade e de direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana, é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que, tais direitos derivam da dignidade inerente à pessoa humana,

Considerando, também, a obrigação dos Estados, signatários da Carta das Nações Unidas, em particular no artigo 55, de promover o respeito e a observância universal aos direitos humanos e às liberdades fundamentais,

Tendo presente o art. 5 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o art. 7 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, os quais estabelecem que ninguém pode ser submetido à tortura, tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante,

Adota esta Declaração sobre a proteção de todas as pessoas, para que não sejam submetidas à tortura ou a qualquer outro tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante, como orientação para todos os Estados e outras entidades que exerçam efetivo poder.

Artigo 1

Para os fins desta Declaração, tortura significa qualquer ato pelo qual severa dor ou sofrimento, seja físico ou mental, é intencionalmente infligido a alguém por funcionário público ou por instigação deste, com o objetivo de obter dele ou de terceira pessoa, informação ou confissão, para puni-lo por um ato que haja cometido ou é suspeito de ter cometido, ou intimidando-o ou a outras pessoas. Não inclui a dor ou o sofrimento advindos de sanções legais, incidentes ou a elas inerentes, desde que ocorram em extensão compatível com as Regras Mínimas Padronizadas para o Tratamento de Prisioneiros.

Tortura constitui forma agravada e deliberada de tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante.

Artigo 2

Qualquer ato ou tortura ou outro tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante é uma ofensa à dignidade humana e será condenada como negação dos princípios da Carta das Nações Unidas e como violação de direitos humanos e liberdades fundamentais, proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Artigo 3

Nenhum Estado pode permitir ou tolerar a tortura ou outro tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante. Circunstâncias excepcionais, tais como: o estado de guerra ou de ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública não podem ser apresentadas como justificação para tortura ou outro tratamento ou punição cruel desumano ou degradante.

Artigo 4

Todos os Estados tomarão medidas efetivas, de acordo com o que se contém nesta Declaração, para prevenir que a tortura ou outro qualquer tratamento ou punição cruel desumano ou degradante, seja praticado dentro de sua jurisdição.

Artigo 5

O treinamento do pessoal da polícia e de outros funcionários públicos, que possam ser responsáveis por pessoas privadas de sua liberdade, assegurará que se terá em consideração a proibição da tortura e de outro tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante. Esta proibição será, também, quando apropriado, incluída nas regras gerais ou instruções emitidas relativamente aos deveres e funções de quem quer possa ser envolvido na custódia ou tratamento de tais pessoas.

Artigo 6

Todos os Estados manterão sob sistemática revisão, os métodos e práticas de interrogatório, assim como as condições para a custódia e tratamento de pessoas privadas de sua liberdade, em seu território, com vistas a prevenir qualquer caso de tortura ou de outro tratamento ou punição cruel desumano ou degradante.

Artigo 7

Cada Estado assegurará que todos os atos de tortura, como estão definidos no artigo 1, se-

jam considerados crimes em sua lei penal. O mesmo se aplica a respeito dos atos que constituam participação, cumplicidade, incitamento ou tentativa de praticar tortura.

Artigo 8

Qualquer pessoa que alegue ter sido submetida à tortura ou a outro tratamento ou punição cruel desumana ou degradante por funcionário público, ou por instigação deste, terá o direito de apresentar queixa e de ter o seu caso examinado, imparcialmente, pelas autoridades competentes do Estado concernente.

Artigo 9

Onde quer que existam razoáveis motivos para crer que um ato de tortura, como definido no artigo 1, tenha sido praticado, as autoridades competentes do Estado concernente procederão, prontamente, a investigação imparcial, mesmo que não haja qualquer acusação formal.

Artigo 10

Se uma investigação, com base nos artigos 8 ou artigo 9, estabelecer que um ato de tortura, como está definido no artigo 1, parece ter sido cometido, será instaurado processo criminal contra o alegado ofensor ou ofensores, de acordo com a lei nacional. Se uma alegação de outras formas de tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante for considerada bem fundada, o alegado ofensor ou os ofensores serão submetidos a processo criminal, disciplinar ou a qualquer outro processo apropriado.

Artigo 11

Quando estiver provado que um ato de tortura ou de outro tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante, tenha sido cometido, por um funcionário público ou por instigação deste, a vítima será indenizada e compensada, de acordo com a lei nacional.

Artigo 12

Qualquer declaração ou depoimento que se verifique ter sido feito, como resultado de tortura ou de outro qualquer tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante, não pode ser invocado como prova contra a pessoa a que se refere ou contra qualquer outra pessoa, seja qual for o processo.

DECRETO Nº 80.603 — de 24/10/77

Concede indulto, reduz penas e dá outras providências

O Presidente da República,
no uso da faculdade que lhe confere o art. 81, inciso 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 no convívio social,

DECRETA:

Art. 1º — 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 1977, 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. 2º — 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. 3º — 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. 4º — Primário, para feitos 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. 5º — O indulto previsto no artigo 1º 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 2º ensejar imediatamente soltura ou livramento condicional.

Art. 6º — 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 medida de segurança;

III — ter boa conduta prisional, reveladora de disposição e condições pessoais para a re-integração no convívio social, se presentes os demais requisitos para o indulto, ou de, pelo menos, sincero esforço para alcançá-lo, se se tratar de redução de pena;

IV — ter, na forma do inciso anterior, boa conduta também na comunidade, quando beneficiado por qualquer das concessões previstas no artigo 30; § 6º, incisos II a VII do Código Penal, na sua nova redação, dada pela Lei nº 6.416, de 1977.

Art. 7º — Este decreto não beneficia os condenados por:

I — crime contra a Segurança Nacional;

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

III — homicídio qualificado;

IV — roubo;

V — seqüestro e cárcere privado, quando a vítima tenha sido menor de 14 anos;

VI — extorsão qualificada e extorsão mediante seqüestro;

VII — rapto não consensual, estupro e atentado violento ao pudor;

VIII — crime doloso de perigo comum.

Art. 8º — 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, prestando desde logo, informações circunstanciadas sobre a vida prisional e a conduta de cada um.

Art. 9º — 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. 10 — Este decreto entra em vigor na data da sua publicação.

Art. 11. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 24 de outubro de 1977; 156º da Independência e 89º da República.

ERNESTO GEISEL

ARMANDO FALCÃO

CARTA DE CURITIBA

O Departamento de Direito e Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, em conjunto com a OAB, o Instituto dos Advogados do Paraná e o Centro Acadêmico Hugo Simas, realizou, no ano acadêmico de 1977, um Painel de Direito Penal e Processual Penal, com a participação dos professores Alcides Munhoz Neto, Damásio Evangelista de Jesus, Ariosvaldo de Campos Pires, Miguel Reale Jr. e Antônio Acir Breda. O conclave se realizou em homenagem ao prof. Laerte de Macedo Munhoz, e ao final, foi aprovada uma declaração, denominada "Carta de Curitiba", nos seguintes termos:

- 1) a legislação penal tem como finalidade primordial limitar o poder punitivo do Estado.
- 2) as sanções penais, pela gravidade de que se revestem, devem ficar reservadas para as condutas intoleráveis à livre realização da personalidade ética do homem.
- 3) o direito penal liberal é incompatível com a tipificação de condutas inspirada na preocupação de impor concepções morais ou de ajudar o destinatário da norma.
- 4) o direito penal deve ser escoimado das infrações para as quais a pena é desnecessária ou comprovadamente inútil.
- 5) a segurança nacional é o somatório da segurança de cada cidadão, quanto aos seus direitos humanos fundamentais. Consequentemente, a legislação sobre segurança nacional deve manter apenas as infrações realmente graves, excluindo as condutas de simples exposição de idéias filosóficas e ou políticas. De qualquer forma, a pena deve guardar proporcionalidade com a gravidade das infrações.
- 6) o direito penal liberal é incompatível com a pena fundamentada na periculosidade. A sanção penal só é justa quando imposta em relação à culpabilidade, entendida como a censura pessoal sobre quem tinha condições de abster-se da ação.
- 7) o direito penal não é responsável pelo combate à criminalidade. Compete-lhe apenas ofertar um elenco de penas que permita uma integração harmônica entre os seus fins e o direito individual de liberdade.
- 8) as exigências de funcionamento e eficiência do Poder Judiciário não podem prevalecer sobre os valores de justiça, igualdade e paz social.
- 9) a busca, pelo Estado contemporâneo, de maior eficiência administrativa, através de

crescente burocratização, deve compatibilizar as perspectivas e contribuições dos humanistas com as dos técnicos.

10) a independência do Poder Judiciário é condição irrenunciável à realização da justiça penal.

11) a justa aplicação do direito penal só é possível através de julgamento presidido por autoridades jurisdicional independente e imparcial.

12) a lei processual que prejudique o direito de defesa ou que desconsidere a garantia constitucional do contraditório, não deve ser aplicada.

13) a detenção ou a prisão de qualquer pessoa deve ser precedida de controle jurisdicional. A prisão para averiguações é incompatível com os postulados democráticos do direito processual.

14) a prisão provisória só deve ser tolerada em casos excepcionais.

15) a pessoa acusada da prática de um delito, antes da sentença transitada em julgado, deve ser presumida inocente. A presunção de inocência é um direito individual supra constitucional.

16) o direito processual penal democrático é incompatível com qualquer restrição ao remédio constitucional do "habeas corpus".

DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO

A Anistia Internacional realizou no dia 11 de dezembro de 1977 reunião em Estocolmo, tendo nessa oportunidade adotado unanimemente uma *declaração* sobre a pena de morte, com o seguinte teor:

A Conferência de Estocolmo sobre a Abolição da Pena de Morte, composta de mais de 200 delegados e participantes, da Ásia, África, Europa, Oriente Médio, América do Norte, América do Sul e região do Caribe,

RELEMBRA QUE

— A pena de morte é a mais cruel, desumana e degradante punição, violando o direito à vida.

CONSIDERA QUE

— A pena de morte é freqüentemente usada como instrumento de repressão contra a oposição racial, étnica, religiosa ou de grupos desfavorecidos,

— A execução constitui ato de violência, e a violência tende a provocar violência.

— A imposição e a aplicação da pena de morte constitui a brutalização de todos os envolvidos no processo.

— A pena de morte nunca mostrou ter efeito preventivo especial.

— A pena de morte cada vez mais aparece sob a forma de desaparecimentos inexplicados, execuções extra-judiciais e assassinatos políticos.

— A execução é irrevogável e pode ser imposta a um inocente.

AFIRMA QUE

— Constitui dever do Estado proteger a vida de todas as pessoas no território sujeito à sua jurisdição, sem exceções.

— As execuções, com o propósito de coerção política, seja por órgãos do governo ou por quaisquer outros, é igualmente inaceitável.

— A abolição da pena de morte é imperativa, para alcançar os padrões internacionais declarados.

DECLARA

— Sua total e incondicional oposição à pena de morte.

— Sua condenação a todas as execuções, qualquer que seja a sua forma, realizadas ou aprovadas pelos governos.

— Seu compromisso de trabalhar pela abolição universal da pena de morte.

CONVOCA

— Todas as organizações não-governamentais, nacionais e internacionais, para trabalharem coletiva e individualmente a fim de proporcionar materiais de informação pública destinados à abolição da pena de morte.

— Todos os governos para que decretem a imediata e total abolição da pena de morte.

— As Nações Unidas para que declarem, de forma a evitar ambigüidades, que a pena de morte é contrária ao direito internacional.

SUMÁRIO

DOCTRINA

Alessandro BARATTA, <i>Criminologia crítica e Política Criminal alternativa</i>	7
Helena CLAUDIO FRAGOSO, <i>Notas sobre a prova no processo penal</i>	23
Heitor COSTA JÚNIOR, <i>Elementos Subjetivos nas Causas de Justificação</i>	41
Juarez CIRINO DOS SANTOS, <i>As origens dos delitos de imprudência</i>	55

ATUALIDADES E COMUNICAÇÕES

Elisabeth SUSSEKIND - NILO BATISTA, <i>Advocacia criminal no Rio de Janeiro</i> . .	67
Sérgio DEMORO HAMILTON, <i>A presença do Ministério Público na ação penal privada</i>	83
Alípio SILVEIRA, <i>O Judiciário e as detenções policiais</i>	95

PARECER

Luiz FERNANDO DE FREITAS SANTOS, <i>Reincidência específica. Retroatividade benéfica</i>	105
--	-----

COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA

<i>Apelação. Recolhimento à prisão</i>	111
<i>Prescrição pela pena em concreto .</i>	
<i>Lapso de tempo e o recebimento da denúncia. Fato anterior à L. 6416</i>	112
<i>Lesão corporal. Debilidade permanente</i>	115
<i>Inquérito policial. Condução coercitiva</i>	115
<i>Segurança Nacional. Competência da Justiça Militar</i>	116
<i>Confissão extra-judicial. Prova insuficiente</i>	116
<i>Justiça Militar. Recurso ordinário. Recolhimento à prisão</i>	116
<i>Latrocínio</i>	116

RESENHA BIBLIOGRÁFICA 125

LEIS E PROJETOS

Convênio de assistência recíproca para repressão do tráfico ilícito de drogas entre Brasil e Bolívia	135
L. 6453, 17.10.77 — Responsabilidade por danos nucleares	137
L. 6435, 15.07.77 — Entidades de previdência privada	142
Projeto de declaração sobre tortura (ONU)	143
D. 80.603, 24.10.77 — Concede indulto e reduz penas	145

NOTICIÁRIO

Carta de Curitiba	149
Declaração de Estocolmo	150