

N.º 25 / JANEIRO - JUNHO / 1978

REVISTA DE DIREITO PENAL

ÓRGÃO OFICIAL DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS
DO RIO DE JANEIRO

CONJUNTO UNIVERSITÁRIO CANDIDO MENDES

Nº 0140 /P

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

FORENSE / RIO DE JANEIRO / 1979

(c) Copyright

Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro

Rua Paulino Fernandes, n.º 32, 1.º andar — Botafogo
22270 Rio de Janeiro - RJ

Revista de direito penal, v. 1.

n. 1

1971 -

Rio de

Janeiro : Forense : Institu-
to de Ciências Penais do Rio
de Janeiro, 19

v.

1. Direito penal — Periódicos I.
Instituto de Ciências Penais do Rio
de Janeiro

CDU J 343 (05)

Reservados os direitos de edição e distribuição deste número pela

COMPANHIA EDITORA FORENSE

v. Erasmo Braga, 299, 1.º e 2.º andares - 20020 - Rio de Janeiro - RJ.
Filial : Largo de São Francisco, 20, loja - 01005 - São Paulo - SP.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

A posição do jurista diante do sistema punitivo do Estado é hoje eminentemente crítica. A Criminologia da reação social submetendo a análise o próprio sistema policial-judiciário e o mecanismo de feitura das leis penais, provocou impacto notável, impondo ao jurista necessariamente uma reavaliação crítica de sua atividade. A essa temática se refere o estudo de Francisco Muñoz Conde, professor na Universidade de Sevilha, com que abrimos, neste número, a parte relativa à doutrina. Nela, por igual, aparece um estudo do prof. Juarez Cirino dos Santos, de nosso corpo permanente de redatores, sobre o aborto, tema que tem merecido larga atenção, nos últimos anos, em virtude das alterações legislativas importantes, introduzidas, em muitos países.

O problema novo que constitui o transexualismo, na perspectiva da intervenção cirúrgica, é examinado em parecer, do diretor desta revista, que focaliza os aspectos jurídico-penais da matéria.

Na seção de Atualidades e Comunicações, publicamos conferência do juiz Ederson de Mello Serra, professor da Faculdade de Direito Cândido Mendes, sobre o tema tão atual da violência. Aqui o leitor encontrará também a interessante comunicação feita pelos professores Nilo Batista e Yolanda Catão, sobre a justiça estadual de primeira instância no Rio de Janeiro. Esse trabalho foi apresentado à 1ª Conferência Regional da OAB-RJ. Esta seção termina com o estudo do Dr. Fernando de Almeida Pedroso, do M.P. de São Paulo, sobre a ação penal pública condicionada, que constitui exaustivo exame técnico-jurídico da matéria.

Na seção de Pesquisas aparecem dois documentos importantes. O primeiro se refere ao projeto para uma investigação comparada sobre crimes de colarinho branco, na América Latina, de autoria da profª. Lola Aniyar de Castro, do Instituto de Criminologia da Universidade de Zulia (Maracaibo, Venezuela). Trata-se de projeto a ser realizado por várias instituições científicas do continente, tendo sido aprovado em reunião realizada em Bogotá, em 1978. A esse projeto se associou o nosso Instituto, que deverá patrocinar a próxima reunião do grupo, a ser realizada no Rio de Janeiro, em julho de 1979. O leitor encontrará nesta mesma seção, o projeto de pes-

quisa sobre a criminalidade violenta no Rio de Janeiro, que nosso Instituto também está realizando. Esse projeto é de autoria do prof. Juarez Cirino dos Santos e trata de questão que está na ordem do dia.

O leitor encontrará também nesta edição, as nossas seções habituais de noticiário, resenha bibliográfica e jurisprudência. Esta última valorizada com dois excelentes comentários do Dr. Celso Delmanto (sobre perdão judicial) e do procurador Cláudio L. Fontes (sobre a competência para processo e julgamento de crimes praticados por e contra oficiais e praças das milícias dos Estados).

Na parte de leis e projetos reproduzimos o Acordo Sul-Americano sobre entorpecentes e Psicotrópicos, recentemente promulgado por decreto, com os seus Protocolos Adicionais, bem como a importante lei nº 6.544, que alterou o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar.

H.C.F.

DOCTRINA

PARA UMA CIÊNCIA CRÍTICA DO DIREITO PENAL (*)

Francisco Muñoz Conde

O panorama atual do direito apresenta-se dividido em duas grandes correntes ou tendências, às quais, simplificando um pouco, podemos denominar, criminológica e jurídico-dogmática.

A orientação criminológica ocupa-se do delito como fenômeno social e biopsicológico, analisando as suas causas e prevendo remédios para evitá-lo. A orientação jurídica estuda o delito como fenômeno jurídico regulado e previsto por normas jurídicas que devem ser interpretadas e aplicadas. A primeira orientação usa, em sua investigação, métodos sociológicos ou antropológicos, segundo o caráter social ou individual do seu enfoque e ambos conjuntamente. A orientação jurídica emprega um método técnico-jurídico ou dogmático que serve para interpretar e sistematizar as normas jurídicas referentes ao delito e suas consequências.

A esta situação dualista, atualmente considerada como satisfatória, chegou-se após uma polêmica que durou quase cem anos, e que perdura ainda entre os partidários de uma ou outra corrente.

A origem desta polêmica remonta ao poderoso despertar das ciências sociais e naturais em meados do século XIX, a época do positivismo. Para esta corrente científica, a única atividade que merecia o qualificativo de ciência era a que se baseava na experiência e nos fatos incontestáveis que podiam ser apreendidos com um método puramente causal ou explicativo. A atividade jurídica negava-se o caráter de ciência, justamente pela falta destas qualidades. Portanto, a consideração jurídica do delito devia ser substituída por uma sociológica ou antropológica, as únicas a garantir resultados

* Versão espanhola da comunicação apresentada em francês ao Simpósio Internacional de Jovens Penalistas, realizado em Varna (Bulgária) em maio de 1977. Tradução da Prof^a. Ester Kosowski.

seguros e autenticamente científicos. Surgiu assim uma nova ciência, a Criminologia para o estudo científico do delito, como fenômeno social ou antropológico, com exclusão total dos seus aspectos jurídicos.

Diante desse positivismo científico, surgiu concomitantemente um positivismo jurídico que, como reação, prescindiu das dimensões sociais e políticas do delito, alijando-as do seu âmbito e estudando o delito de um ponto de vista exclusivamente jurídico, com ajuda de um método também puramente jurídico.

Já no século atual, o neokantismo, com a intenção de superar o conceito positivista de ciência, tratou de fundamentar o caráter científico da atividade jurídica, fazendo a distinção entre ciências da natureza e ciências do espírito. Tanto umas como outras, diziam os neokantianos, são ciências autênticas porque têm um objeto determinado e precisamente por isto diferem entre si. As ciências da natureza estudam o seu objeto, do ponto de vista causal ou explicativo, e as ciências do espírito estudam-no, empregando um método compreensivo referente ao valor. A Ciência do Direito insere-se entre estas últimas, porque nos seus esforços para conhecer o direito positivo, objeto da sua investigação, tem que acudir a uma valoração.

A influência dessa corrente filosófica na ciência do Direito Penal foi considerável e fez surgir um impacto muito benéfico, ao dividir o estudo do delito em duas vertentes distintas com o mesmo cunho científico: a causal explicativa, de um lado, e a compreensiva axiológica, de outro. A Criminologia e a Dogmática ficavam assim perfeitamente delimitadas, sem se sujeitar uma à outra. Porém esta clarificação conceitual, tão necessária por outro lado, ao mesmo tempo pressupôs uma separação radical entre ambas as formas de considerar o delito. Daí em diante a Criminologia e a Dogmática vão marchar cada uma por um caminho, sem relação entre si, como dois mundos distintos, inclusive falando idiomas diferentes. O divórcio entre o ser e o valor, entre as esferas ontológica e axiológica, conduziu a Ciência do Direito Penal a uma situação especial e paradoxal de que, pode ser certo do ponto de vista jurídico, o que é falso do ponto de vista criminológico e vice-versa.

Atualmente deseja-se superar de algum modo este pernicioso dualismo no qual incorreu a Ciência do Direito Penal. Não se trata agora de retornar a esse confusionismo conceitual entre Criminologia e Dogmática, do qual em boa hora se saiu, nem de ser absorvida uma ciência pela outra; o que se pretende é integrar ambas, conservando a autonomia de cada uma, numa visão totalizadora da realidade penal.

Nesta visão totalizadora da realidade penal, aparece como tarefa essencial e vivificadora a atitude crítica do penalista. Com a crítica, o penalista deixa de ser um mero instrumento a serviço do poder absoluto do Estado e se converte em um vigilante desse poder e do seu exercício. O penalista não só deve aceitar o Direito Penal, tal como é, como também e na medida em que o aceita deve aceitá-lo para criticá-lo. Aceitar uma realidade, qualquer que seja, não quer dizer aceitá-la criticamente. A crítica supõe confrontar o objeto aceito e interpretado com o resto da realidade, e nesta realidade entra também, certamente, outro tipo de considerações, políticas, sociais e psicológicas — além das puramente jurídicas, de que o penalista não pode prescindir.

A interpretação e a sistematização do Direito Penal apresentam-no tal como é em determinado momento. Porém essa realidade jurídica pode não estar de acordo com determinados princípios ou com a finalidade atribuída à sua existência. O Direito Penal interpretado e sistematizado pode ser injusto, antidemocrático e prejudicial para a convivência; pode estar a serviço de uma minoria e atacar direitos fundamentais da maioria; pode impedir o progresso e o desenvolvimento das liberdades humanas; pode, enfim, ser um direito que não mereça sequer este nome. E apesar disso o penalista deve interpretá-lo, ordená-lo num sistema e procurar fazer dele um instrumento apto para regular justamente os problemas sociais. Mas estas intenções podem estar de antemão destinadas ao fracasso. A técnica jurídica, como qualquer outro tipo de técnica, tem as suas limitações e não pode converter o preto em branco nem evitar que assim seja.

Por isso a Ciência do Direito Penal, se não quer merecer o qualificativo de “reacionária”, tem que ser também uma Ciência “crítica” do Direito Penal, obrigando-se à crítica do Direito Penal vigente do momento em que o aceita como objeto da sua investigação. Mas esta crítica não é uma fase posterior ou justaposta à atividade jurídica propriamente dita; conseqüentemente, não há que esperar a última fase para criticar o Direito Penal já interpretado e sistematizado. Se o desejo é de que a crítica seja útil também à praxis jurídica, deve ser utilizada também já na fase de interpretação e sistematização do Direito Penal, procurando que os seus resultados sejam os mais convenientes para uma convivência livre, pacífica e democrática. Somente quando isto não se possa conseguir por via da interpretação e sistematização “críticas” do Direito Penal vigente, passa a crítica a cumprir uma função distinta de *lege ferenda*, procurando a reforma, a mudança ou a ruptura com o Direito Penal anterior.

A dificuldade principal desta função crítica da Ciência do Direito Penal é a que apresenta as bases a partir das quais essa crítica tem que ser feita. O labor crítico supõe um distanciamento do objeto a criticar e a existência de um ponto de referência com o qual confrontá-lo.

Normalmente, afirma-se que essa função crítica pode ser exercida, no âmbito do direito, a partir de duas vertentes: a jurídica, utilizando critérios que pertencem ao âmbito do objeto criticado, e a política, que se apóia em critérios de ordem social. Ambos os procedimentos oferecem desvantagens: o primeiro, a de não se distanciar suficientemente do objeto que vai ser criticado; o segundo, a de distanciar-se demais, perdendo o contato com a realidade jurídica que se pretende criticar. O defeito do primeiro é incorrer num "juridicismo exacerbado"; o segundo, o de cair em um "sociologismo" do fenômeno jurídico.

A solução está em combinar ambos os critérios, evitando os excessos unilaterais; para isso, o penalista, como qualquer cientista, tem que estabelecer a busca da verdade como totalidade e não como um saber parcial alheio a outras esferas do saber. A visão totalizadora da realidade é muito mais necessária na fase crítica do que em qualquer outra, porque só a partir da compreensão global de um fenômeno se pode ter a perspectiva necessária para apreendê-lo criticamente. Portanto, falar de bases jurídicas ou de bases políticas da crítica implica numa espécie de divisão da realidade que unicamente pode ter como resultado a manipulação do penalista. É preciso conscientizar-se de que a realidade, como um todo que se possui, não pode ser dividida. O que pode ser objeto de divisão é o trabalho que recai sobre a realidade e a exposição, de efeitos clarificadores, dessa realidade.

A divisão do trabalho não significa, entretanto, a divisão da realidade, que continua sendo a mesma para todos; nem as limitações do conhecimento humano para aprender a realidade como um todo eximem de pretender alcançá-la um dia.

Em resumo: é típico da atual Ciência do Direito Penal esquecer ou marginalizar os problemas políticos, econômicos e sociais em benefício dos puramente técnico-jurídicos ou dogmáticos. O penalista, diz-se, tem só que interpretar e sistematizar as leis penais vigentes; se estas leis são injustas, por exemplo, ou antidemocráticas, é algo, diz-se também, que não lhe compete. Produz-se assim uma espécie de esquizofrenia jurídica, podendo ser certo do ponto de vista jurídico o que é falso do ponto de vista político e vice-versa.

A consequência desta visão esquizóide da realidade é a manipulação do penalista, fazendo dele um simples tecnocrata do Direito, quando não, um instrumento ou um cúmplice da classe dominante.

Para escapar desta armadilha, é preciso apresentar os problemas jurídicos de um modo totalizador e conseqüente. As categorias jurídicas são também categorias políticas e não meros silogismos para distrair a mente dos problemas reais. A crítica, já se afirmou, é a porta pela qual pode entrar essa visão totalizadora da realidade jurídica. Só através dela pode tornar-se realidade, também no âmbito do Direito, a famosa tese XI de Marx sobre Feuerbach que vou repetir aqui com uma ligeira variante: "Os juristas até agora, só se ocuparam em interpretar o direito, mas o que é preciso fazer, é mudá-lo".

No que se refere ao Direito Penal, esta mudança é tanto mais necessária quanto o sistema penal repressivo atual, deixa, por inúmeras razões, bastante a desejar. As críticas que lhe são dirigidas ultimamente, vindas dos mais diferentes setores, são, ao meu ver, absolutamente justificadas. A Política Penal seguida nos últimos anos por muitos países, vem se caracterizando fundamentalmente por um aumento da dureza na repressão punitiva, que ameaça voltar aos tempos de uma política penal autoritária da qual parecia já se ter saído definitivamente.

Diante desta situação, é preciso renunciar a uma proposição puramente juridicista e considerar o Direito Penal, por sua vez, como parte e reflexo de um contexto social muito mais amplo. A mudança do Direito Penal supõe, com efeito, a mudança da situação política, econômica e social que o condiciona; somente tomando consciência dessa situação e denunciando-a, poder-se-á conseguir essa mudança algum dia.

Concretamente, é necessário denunciar o abuso do Direito Penal por parte dos que têm o poder de ditar normas penais e de fazer com que sejam cumpridas. Isto acontece não só quando, em nome da moral e dos bons costumes, se ataca o direito que todo o mundo tem de "ser diferente", como também quando se recorre ao sistema penal repressivo para perseguir e encarcerar a oposição política ou certos grupos de opinião contrária à dos detentores do poder. Neste sentido poder-se-ia falar de um autêntico Direito Penal terrorista que se caracteriza pela evidente desproporção e gravidade das penas impostas aos delinquentes políticos e, quando estas, apesar de tudo, não podem ser impostas, pela aplicação de sanções administrativas tão ou mais graves do que as puramente penais (prisão subsidiária por falta de pagamento de multas administrativas de elevada quan-

tia, incapacidade para exercer determinadas funções públicas, cancelamento de passaportes, etc.). Igualmente é preciso denunciar a ausência de toda a função motivadora racional nas normas penais não só nos casos acima citados, como também quando as normas são ditadas por grupos minoritários de pressão que manipulam o poder em seu benefício ou quando estas normas não estão em harmonia com o sistema geral de valores que prevalece no meio social.

Realmente o Direito Penal representa um papel secundário na prevenção do delito, porque não só a pena como o próprio conceito do delito está manipulado. Denunciar esta situação é também uma tarefa fundamental da **Ciência Crítica do Direito Penal**.

ABORTO, A POLÍTICA DO CRIME

Juarez Cirino dos Santos

Certos comportamentos proibidos (o consumo de drogas, a exploração do lenocínio, o jogo do bicho, o aborto, etc.) definem práticas sociais cuja extensão só é comparável à magnitude da hipocrisia normativa respectiva. O traço comum de empreendimento lucrativo explica a difusão e a impunidade dessas práticas: esquemas de suborno protetor bloqueiam a aplicação da lei e são transferidos, a título de custos operacionais, aos usuários de tais serviços. Essas proibições legais, mais aparentes do que reais, promovem uma desenfreada predação social, que este estudo tenta condensar concentrando-se em uma dessas práticas: **o aborto**.

Manuais de medicina definem o aborto como a terminação da gravidez antes da viabilidade da criança (ou feto). Esse processo frustrado de renovação da vida e conservação da espécie, é universal e inevitável: expressão de falhas ou defeitos de produção da reprodução do homem. Erros ou acidentes nos processos naturais, em geral, correm por conta dos desequilíbrios da organização e desenvolvimento internos da matéria. Mas, nem todo aborto é espontâneo, ou determinado por causas naturais exclusivas; pode, também, ser o produto de uma decisão humana. No aborto voluntário, os processos naturais de reprodução humana são interrompidos por uma causa social: um ato de vontade.

Os processos de produção ou reprodução biológica não são inteiramente dependentes dos processos de produção ou reprodução social, pois em qualquer sistema político as mulheres engravidam segundo rituais comuns, e a inseminação artificial é prática laboratorial sem potencial substitutivo das relações sexuais. O precário controle da fecundação feminina está na origem de engravidamentos inesperados, ou contra a vontade, que geram impulsos abortivos e, em proporções determinadas, decisões de abortar. Por outro lado, a organização social possui regras de controle do aborto, cujo sistema exprime a política oficial quanto aos processos de renovação

biológica da população. O objeto deste estudo pode ser, enfim, precisado: a interrupção voluntária da gravidez para evitar a procriação, em face das regras de controle social do aborto.

O problema do aborto em face do quadro legal apresenta-se sob duas categorias gerais: (a) o aborto proibido (ou criminoso) e (b) o aborto permitido (ou terapêutico, ou humanitário). O acesso ao problema com um método dogmático distribui a matéria pelo princípio da legalidade, orientando o enfoque pelos tipos legais, e destacando a posição sistemática, a estrutura objetiva e subjetiva da conduta, as formas qualificadas, e, finalmente, os tipos de abortos permitidos. Esse método, necessário para precisar os conteúdos e limites normativos, fragmenta o problema real para adequá-lo às formas da lei, construindo uma perspectiva que não abrange todo o problema: privilegia a dimensão formal, variável conforme a política oficial, subordinando a base material, físiopatológica e social, constante. O estudo do aborto como problema social, concreto e geral, exige um método inverso: começa pelo conceito geral de aborto, seguindo-se o aborto terapêutico (e humanitário), os efeitos posteriores, o aborto ilegal, a repressão legal, as percepções e atitudes da mulher, e, em conclusão, uma política criminal alternativa. Assim, as questões gerais são colocadas em primeiro plano, e as particulares, depois.

I — O ABORTO TERAPEÚTICO

A interrupção da gravidez por razão de necessidade médica propõe relações entre a **necessidade** e a **legalidade** da interrupção, para determinar a compatibilidade entre a indicação científica, fundada na teoria aceita, e a permissão legal, estampada na lei. Segundo o estágio atual do conhecimento científico na área, as indicações são as seguintes:

a) proteção da vida e da saúde da mulher.

A interrupção da gravidez para (a) proteger a vida da mulher é indicada sempre que (1) constituir o único meio de salvar a vida da mulher (alternativas excludentes: ou a vida da criança, ou a vida da mulher, ausente uma terceira hipótese) ou (2) a continuação da gravidez produzir sério risco para a vida da mulher (a colisão não é absoluta, mas altamente provável, admitindo uma hipótese alternativa improvável, em face dos dados conhecidos); a interrupção da gravidez para (b) proteger a saúde da mulher é indicada sempre que (1) a continuação da gravidez, (2) a realização do parto, ou (3) os cuidados maternos posteriores, afetarem, seriamente, suas condições orgânicas.

O progresso da ciência médica fez declinarem (a) as taxas de aborto para proteger a vida e a saúde da mulher, permitindo gravidez exitosa em hipóteses anteriormente impossíveis (mulheres com lesões cardíacas, distúrbios renais hipertensivos, tuberculose, vômitos graves na prenhez, etc.), e (b) as taxas de letalidade da mulher nos abortos realizados, como efeito de técnicas mais sofisticadas e menos perigosas (curetagem, dilatação, etc.).

Legislações de vanguarda permitem o aborto para proteger a vida ou a saúde da mulher, como indicado no texto: a sueca e a inglesa, são as mais citadas¹. A maioria, porém, restringe a permissão à proteção da vida da mulher, nas situações em que (a) a continuação da gravidez cria um sério risco para a vida, ou (b) a interrupção da gravidez constitui o único meio de salvá-la. A lei brasileira está no extremo mais exíguo dessa orientação (art. 128, I, do Código Penal).

Por outro lado, o progresso da ciência ampliou as hipóteses de aborto terapêutico.

b) indicação eugênica.

A interrupção da gravidez por indicação eugênica objetiva evitar reprodução defeituosa, protegendo o interesse individual e social na sanidade da descendência. A comprovação (em 1941) de que a rubéola, se contraída pela mulher até a 12.^a semana de gestação, afeta gravemente o produto da concepção, produzindo, em 30% dos casos, lesões cardíacas, microcefalia, cataratas congênitas, surdez, etc., e a experiência desastrosa com drogas, como a thalidomide, estão na origem de indicações médicas para evitar descendência monstruosa, ou defeitos físicos e psíquicos hereditários².

1. A lei sueca, de 1º.09.39, ampliada em 1946, dispõe: "Quando, por causa de doença, deformidade ou fraqueza da mulher, o nascimento da criança colocaria em perigo sua vida ou saúde. O aborto é, também, permissível, quando, em virtude das condições de vida da mulher, e outras circunstâncias, pode ser assumido que o nascimento e os cuidados da criança esperada afetarão, seriamente, sua saúde mental ou física". A lei inglesa, de 1.967 (**Medical Termination of Pregnancy Bill**), permite o aborto quando, "... a continuação da gravidez envolveria risco à vida da mulher grávida, ou dano à saúde física ou mental da mulher grávida".

2. Ver SCHUR, Edwin M., **Crimes Without Victims**, Prentice Hall, Inc., Englewood Cliffs, N. J., 1.965, p. 15; também, MESTIERI, J. "Curso de Direito Criminal", Editora Alba Ltda., 1.970, p. 186.

Poucas legislações permitem o aborto eugênico: a sueca e a inglesa são as mais conhecidas, também³. A lei brasileira não permite o aborto eugênico: a rejeição de imperativos sanitários não deixa alternativa decente fora da violação da lei.

c) indicação psiquiátrica.

A indicação psiquiátrica é uma subespécie do aborto terapêutico para proteger a saúde da mulher: doenças mentais latentes ou manifestas da mulher estão na origem dessa indicação, especialmente quando a perturbação mental ou as desordens psicomotoras dos processos neuróticos produzem acentuada tendência ao suicídio. É óbvio que a tendência ao suicídio não precisa se realizar, e é evitável pelos métodos psiquiátricos convencionais, mas existem hipóteses em que a gravidade dos distúrbios mentais e nervosos faz tão provável o suicídio, ou outras consequências graves, que o risco não pode ser corrido. Essas perturbações mentais não são idênticas aos distúrbios fisiológicos e psicológicos da mulher durante ou após a gestação, período de profunda reorientação pessoal a partir da nova situação. A significação social dessa indicação foi pesquisada: 1/4 dos abortos em hospitais da Califórnia (em 1950), e 40% dos abortos em hospitais de New York (em 1953), foram realizados por indicação psiquiátrica⁴. Exemplos de leis permissivas são a sueca e a inglesa, novamente. A lei brasileira não permite o aborto por indicação psiquiátrica: expressão institucional de desequilíbrio entre velhos parâmetros normativos e novas exigências psicológicas e sociais, definidas pelo progresso do conhecimento científico.

d) indicação humanitária.

Razões humanitárias indicam o aborto no engravidamento (a) por estupro, (b) por incesto, ou (c) de meninas muito jovens. A gravidez violenta (estupro), ou a degeneração da prole (incesto), ou a inconveniência do processo reprodutivo (meninas com menos de 15 anos, p. ex.), e os conflitos psíquicos comuns a tais casos, mostram a conveniência de uma política flexível, preservando a reprodução biológica sem destruir ou comprometer as matrizes humanas desses processos. A violência sexual nas metrópoles, ou a promiscuidade dos cinturões de miséria dos centros urbanos, aumentam a frequência desses casos: as estatísticas criminais, reduzidas à cri-

3. A lei sueca, de julho de 1963: "Quando existe razão para assumir que a criança sofre de grave doença ou deformidade por causa de lesão sofrida durante a vida fetal". A lei inglesa (*Medical Termination of Pregnancy Bill*): "Quando existe risco substancial de que a criança sofra, se nascer, de anormalidades físicas ou mentais de tal ordem que seria seriamente prejudicada".

4. Ver SCHUR, Edwin M., op. cit., p. 15.

minalidade aparente, não indicam a quantidade real de estupros, o incesto é camuflado em versões de "infelicidade", e brincadeiras entre menores, ou abusos impuníveis, explicam a aparição de meninas "barrigudas" no limiar da puberdade.

A maioria dos sistemas legais o permite, variando certas exigências complementares. Representativa da mais moderna política sobre abortos, em geral, é a sugestão do American Law Institute (*Código Penal Modelo*)⁵: "Um médico licenciado está justificado em terminar uma gravidez, se acreditar existir risco substancial de que a continuação da gravidez colocará em perigo a saúde física ou mental da mulher, ou de que a criança nascerá com grave defeito físico ou mental, ou de que a gravidez resultou de estupro, incesto ou outra relação sexual criminosa. Toda relação sexual com uma menina abaixo da idade de 16 anos deve ser considerada criminosa para os propósitos desta subseção".

A lei brasileira o limita à gravidez resultante de estupro, se precedido do consentimento e realizado por médico. Como a existência do estupro só pode ser afirmada em sentença, mais demorada do que a gestação, ou a lei permite o aborto sob suspeita de estupro, ou, de fato, não permite o aborto sentimental: quando for declarada a existência do estupro, a autorização só poderá ser para o homicídio da criança⁶.

A experiência do aborto terapêutico apresenta certos problemas, como o do controle administrativo ou judicial (mecanismos e instâncias decisórias da necessidade), ou o do tratamento desigual (segundo diferenciais de classe da mulher). O controle administrativo objetiva: a) dar maior convicção da necessidade; b) excluir as pressões dos interessados; c) policiar a atividade dos médicos. O tratamento desigual decorre da posição social da mulher: **status** superior ou inferior significa tratamento mais ou menos adequado. A distorção mais séria refere-se à artificialização da **necessidade médica**, reduzindo a legalidade ou a ilegalidade do aborto a mero artefato social, produzido pelo **poder** e pela **influência**: a capacidade econômica, e o conhecimento das pessoas certas, pode **legalizar** um aborto ilegal, criando a necessidade terapêutica onde, de fato, não existe. Mas essa distorção não é específica do aborto: o poder econômico e o tráfico de influência afetam todo o direito, quer a nível de definição, quer a nível de aplicação.

5. American Law Institute, *Model Penal Code*, Proposed Official Draft, Sec. 230.3:2, p. 189-90.

6. Ver MESTIERI, J., op. cit., p. 185.

II — EFEITOS POSTERIORES

Em condições hospitalares adequadas, efeitos fisiológicos posteriores são raros. A experiência histórica soviética sobre o aborto é citada como evidência dos malefícios da legalização do aborto: à liberalização revolucionária (1917), inspirada na afirmação dos direitos da mulher e na redução dos abortos ilegais, seguiu-se a limitação das permissões aos casos estritos de necessidade médica (1936), interpretada como efeito da deterioração das condições físicas da mulher, e acentuando os receios de uma política liberal. Explicações mais gerais situaram essa mudança no quadro maior das transformações radicais da política soviética, em matéria de casamento e de divórcio. De qualquer modo, posteriormente (1955) foram novamente ampliadas as permissões legais⁷.

Efeitos psicológicos são, em geral, ausentes: pesquisas definiram a experiência do aborto como a melhor solução, ou, inversamente, como um mal menor (e, não, um bem positivo). Às vezes aparecem sentimentos de culpa, depressão e alterações emocionais, ou certas reações irracionais, como a auto-incriminação pelo parimento posterior de crianças defeituosas, ou certos rituais de penitência, como a construção de túmulos para os fetos, etc. De qualquer forma, essas reações psicológicas dependem da posição social da mulher, e, mais claramente, da situação particular que motivou o aborto. Alguns psiquiatras afirmam que todo aborto é traumatizante (desde os que o consideram um trauma menos grave do que ter uma criança não desejada, até os que o vêem, sempre, como sintoma de patologia).

Pesquisas revelaram poucos traumas psicológicos: nos países escandinavos, para uma amostra de 479 mulheres que abortaram, 75% não apresentaram qualquer trauma, 14% traumas moderados, 11% traumas fortes, e 1% redução da capacidade de trabalho (nesse caso, outros fatores contribuíram)⁸.

III — O ABORTO ILEGAL

O aborto é a interrupção da gravidez pela destruição da vida do ovo ou feto: pode ser realizado (a) pela gestante, ou (b) por terceiro, com ou sem consentimento da gestante. A incriminação do aborto protege a vida humana germinada (ou a vida humana em formação), desde o momento da concepção até o imediatamente an-

terior ao parto⁹. O momento biológico da fecundação (encontro do espermatozóide com o óvulo) não se confunde com o da concepção (fixação do ovo no útero materno): se a fecundação já existe na formação do ovo, a gravidez só existe na nidificação, ou nidificação, e só então é possível o aborto criminoso (interpretação restritiva). A controvérsia sobre dispositivos intra-uterinos (DIU), se são anti-concepcionais ou abortivos, depende dessa distinção: impedem a nidificação, ou destroem o ovo nidificado?

Enquanto o objeto de proteção (formação do ser humano) identifica o valor social (bem jurídico que orienta a construção das proibições), a questão de sua titularidade (sujeito passivo) é controvertida: o feto (direito à vida); a sociedade, comunidade ou estado (interesse demográfico, ou à própria propagação); a mulher (no aborto sem consentimento)¹⁰. A titularidade pode ser atribuída à comunidade (estado), ao feto (ser humano não-formado) ou à mulher (aborto não-consentido), que a necessidade de proteção não é alterada. Sobre isso, a posição mais moderna é a que considera o aborto como crime sem vítima, o que explica as dificuldades políticas de seu controle.

a) o aborto praticado pela mulher.

Os métodos para interromper a gravidez mediante a destruição do ovo ou do feto, são um produto à altura das leis restritivas: grosseiros, dolorosos, perigosos e ineficazes. A mulher que provoca, facilmente, o próprio aborto, provavelmente abortaria espontaneamente, e, em caso contrário, o aborto implica sérios riscos à vida ou à saúde (o legado social da restrição). Técnicas difundidas, como exercícios rigorosos, escorregar pelos degraus de escadas ou manipular o abdômen, são ineficazes: só produzem o aborto se colocarem em risco a vida ou a saúde da mulher; produtos químicos ingeridos (purgantes, irritantes pélvicos e intestinais, drogas estimulantes de contrações uterinas, ou certos tipos de veneno) não são abortíferos: o aborto só ocorre como efeito colateral da própria intoxicação; a introdução de objetos agudos no útero, pela cavidade vaginal (agulhas de crochê, limas de unha, pontas de seringa (para injetar compostos químicos), facas, varetas de sombrinha, alfinetes de chapéu, pedaços de arame, etc.), produz lesões tão graves que a hospitalização, ou a morte, são frequentes.

A maioria das complicações sérias do aborto está ligada ao auto-aborto, e é explicada pela rusticidade das técnicas empregadas. Um índice de sua incidência é dado pelo relatório Kinsey: 10% de

7. Ver SCHUR, Edwin M., op. cit., p. 40-1.

8. Ver EKBLAD, M., *Induced Abortion on Psychiatric Grounds*, Stockolm, Suécia, como citado em SCHUR, Edwin M., op. cit., p. 43.

9. Comparar FRAGOSO, H. C., *Lições de Direito Penal*, J. Bushatsky, Editor, 1.976, vol. 1, p. 126 e segs.; também, MESTIERI, J., op. cit., p. 167-8.

10. Ver MESTIERI, J., op. cit., p. 169-71

uma amostra de 650 abortos (legais e ilegais) foram realizados pela própria gestante¹¹. Esses dados se integram em uma equação sinistra: quanto maior o esforço para reprimir o aborto, tanto maior a taxa de abortos ilegais, e, proporcionalmente, a de mortes ou de hospitalização por complicações do aborto.

b) o abortador profissional.

O abortador profissional é a alternativa freqüente da gravidez não desejada, ou contra-indicada, geralmente depois de frustrado o próprio aborto, ou de complicações deste. O abortador profissional pode ter, ou não ter formação médica. O abortador com formação médica experimenta, em geral, certas angústias pelo conflito entre sua condição profissional e a social, anseia por contatos e apoio da classe, considera-se médico e não um criminoso, e, acessoriamente, é vítima de impulsos contraditórios entre as preocupações reais pela paciente e a necessidade de segurança pessoal; quanto ao abortador sem formação médica, a rotulação como criminoso é irrelevante, não tem credenciais formais a perder, nem postula reconhecimento de competência: esses predados, e a menor habilidade e preparo teórico, fazem do abortador não-médico uma fonte permanente de perigo social. Mas o potencial de perigo da ação do abortador profissional não é o produto isolado da inabilidade de não-médicos, mas o efeito combinado de fatores, como a insuficiência e inadequação de cuidados posteriores ao aborto, determinada pela necessidade de rápido desembaraçamento da paciente, em face das exigências de segurança pessoal, a precariedade de medicações ou de equipamentos de emergência, o uso de técnicas inadequadas ou grosseiras, como a injeção, no útero, de compostos antissépticos como abortíferos (solução de sabão de potássio, p. ex.), ou a irritação uterina com cateteres¹².

A crescente procura de abortos ilegais, determinada pela política restritiva, criou condições de mercado adequadas à expansão de organizações clandestinas especializadas em abortos, produzidos em escala industrial, como empreendimento altamente lucrativo. Pesquisas realizadas nos Estados Unidos indicaram a existência de dois tipos básicos dessas organizações clandestinas: (a) as clínicas permanentes (*abortion "mill"*), operadas por um ou mais abortadores, e (b) os conjuntos de clínicas (*abortion "ring"*), geralmente móveis, operadas intermitentemente por abortadores individuais ou operadores de "mills", com distribuição de pacientes, pelas várias clínicas, conforme o poder de pagamento ou a disponibilidade de

operadores¹³. No Brasil, onde essa predação da renovação biológica é igualmente generalizada, não há notícia de pesquisas semelhantes.

A exploração clandestina da indústria do aborto supõe uma infra-estrutura operacional própria: a) equipamentos disfarçados, ou disfarçáveis (mesas de operações, esterilizadores, etc.); b) fachadas convincentes e respeitáveis, especialmente nas clínicas permanentes; c) sistemas de agenciamento de clientes potenciais, incluindo os bons ofícios de farmacêuticos locais, a contribuição de médicos clínicos na remessa da "matéria prima", informações de pacientes anteriores, referências de motoristas de táxi, tudo mediante um prévio entendimento sobre comissões e percentagens; d) medidas de preservação do anonimato, como vendas nas pacientes, máscaras cirúrgicas, e até certas técnicas do tipo *call-girl* (prática domiciliar de abortos, mediante chamadas telefônicas); e) contra-medidas defensivas, como esquemas de sobrevivência pela compra de proteção, com o suborno de autoridades incumbidas da repressão (as restrições morais ao suborno são neutralizadas pela conceituação do aborto como serviço socialmente útil, e, portanto, nenhum mal no proveito pessoal). Os custos operacionais desse aparato clandestino e seus esquemas de funcionamento são repassados aos clientes, o que explica os altos preços cobrados.

IV — A REPRESSÃO LEGAL

A difusão social do aborto é facilitada por uma repressão legal insignificante. A impotência dos aparelhos de controle social é explicada pela conceituação do aborto como crime sem vítima, caracterizado por (a) uma prática privada consensual, em que a mulher não se considera vítima, nem denuncia o abortador, por temor à publicidade e à própria incriminação, (b) ambos os partícipes estão ligados por interesses comuns (evitar a punição e os efeitos socialmente danosos do processo), e (c) esse intercâmbio exprime uma relação de pagamento voluntário por serviços pleiteados, irrelevando a eventual ilicitude. A extensão da impunidade do aborto ilegal é, praticamente, proporcional à extensão social de sua incidência: pesquisas mostraram que mulheres raramente são condenadas (nos EUA não há registro de condenação de mulheres, por aborto), os estabelecimentos hospitalares utilizados para a prática do aborto não são objetos de medidas legais ou administrativas, os responsáveis por esses estabelecimentos, e os médicos que praticam abortos, estão isentos de punição, e, até os "açougueiros", que operam em escala reduzida, evitam a sanção legal¹⁴.

A impossibilidade de reduzir a expansão social das práticas abortivas ilegais (nos EUA, a Planned Parenthood Federation estimou em até 1.200.000 a sua incidência anual, em 1955), restringiu a

¹¹ Ver GEBHARD, Paul H. et al., *Pregnancy, Birth, and Abortion*, Paul B. Hoeber, Nova York, 1.958, p. 195-6, como citado em SCHUR, Edwin M., op. cit., p. 23.
¹² Ver SCHUR, Edwin M., op. cit., p. 25 e segs.

¹³ Ibidem, p. 31-2.

¹⁴ Ibidem, p. 35 e segs. No Brasil, não se dispõe de dados.

repressão ao controle simbólico, limitado a casos excepcionais, com grande estrépito publicitário (também sem êxito, pelo ônus de provar, além da existência do aborto, a sua desnecessidade médica); fenômenos de transbordamento da clandestinidade, nas hipóteses de morte da paciente (em que a prova possível do aborto esbarra na alegação de aborto terapêutico), ou de hospitalização (em que a indefinição dos vestígios gera incertezas, entre médicos e peritos, tornando inconfiáveis as informações aos aparelhos de repressão). A prática usual de envio de agentes femininos às clínicas suspeitas, simulando intenções abortivas, é inútil: ou se trata de crime impossível, ou de meros atos preparatórios, impuníveis.

Estratégias policiais mais amplas, com a observação regular e prolongada de clínicas suspeitas, e invasão coordenada de suas dependências no momento presumível de um aborto, por policiais, médico (para a emergência de aborto em execução), e agentes femininos (enfermeiras e assistentes sociais), com apreensão de instrumentos, exame de registros e fichas, coleta de sangue para análise pericial, são dispendiosas e demoradas, freqüentemente ineficazes (alegação de necessidade médica em abortos induzidos, mas com aparência de espontâneo, confirmada pela mulher), e violam garantias constitucionais (suspeitas infundadas ou impossíveis de comprovar).

A espetaculosidade dessas operações cinematográficas costuma abortar, também, pela ação de técnicas simples, mas aqui eficazes, eufemisticamente chamadas de "contra-medidas defensivas". Resta este raciocínio óbvio: se (a) não há indicação de declínio social nas taxas de aborto, mas (b) existe tendência reconhecida de queda nas taxas de aborto legal (progresso do conhecimento e das técnicas médicas, etc.), então (c) os abortos ilegais estão aumentando. Essa lógica macabra explica o aborto criminoso como o produto social inevitável da restrição do aborto terapêutico: leis repressivas ou restritivas estimulam o desenvolvimento de organizações do aborto ilegal, para atender a expansão da demanda social, a preços compensadores, em condições precárias, com perdas em vida e saúde, e, portanto, com um imenso custo social. A experiência histórica parece demonstrar que o custo social indireto de uma política restritiva é muito mais significativo do que o de uma política permissiva, nos limites das indicações terapêuticas e humanitárias, em condições hospitalares adequadas, e mediante o controle da necessidade (ou conveniência). Em uma sociedade de classes, edificada sobre a exploração e a miséria, essas medidas estão muito distantes das questões centrais da formação social, mas têm a sua importância: o aborto ilegal afeta, principalmente, as mulheres das classes despossuídas e mais exploradas da população.

V — PERCEPÇÕES E ATITUDES DA MULHER

As pressões e angústias originadas da gravidez não desejada, ou contra-indicada, são experimentadas de modo diferente, conforme as condições sociais e pessoais da mulher: as percepções e atitudes em face do problema variam conforme sua posição de classe. Uma gravidez não desejada, ou contra-indicada (a) é percebida por uma mulher de classe superior como um simples inconveniente, sanável com competência e segurança, e a atitude em face do aborto (legal ou ilegal) não produz maiores constrangimentos, mas (b) é percebida por uma mulher de classe inferior como uma provação enorme, originando, ou uma atitude de resignada aceitação (com a ampliação crítica da prole), ou uma decisão de abortar, praticando o próprio aborto, ou recorrendo aos abortadores disponíveis: sua inabilidade pessoal, ou a dependência de abortadores grosseiros e inescrupulosos, trará complicações e hospitalização, e, às vezes, a morte. Essas atitudes e percepções são influenciadas, acessoriamente, pelo estado civil da mulher: a) solteiras percebem a gravidez como uma situação de desvio social, produtora de intensa angústia e desespero pessoal, e sua atitude em relação ao aborto é afetada pelas dificuldades em obtê-lo, ou de tratar com abortadores ilegais: um enorme problema social, em um mundo onde milhões de mulheres solteiras engravidam e abortam (segundo o relatório Kinsey, para uma amostra de 355 mulheres solteiras engravidadas, 316 (89%) praticaram aborto; em relação às mulheres com mais de 35 anos, 8% praticaram abortos premaritais¹⁵; b) viúvas e descasadas têm menores chances de resolver o problema pelo casamento: sofrem maior pressão para o aborto; c) mulheres casadas têm, sempre, a alternativa respeitável de parir a criança.

Por outro lado, a decisão de abortar afeta a harmonia das relações amorosas: em geral, cria ressentimentos da mulher contra o marido (noivo ou amante), co-responsável por uma situação em que a mulher é a única que sofre, além de sentimentos de vitimização.

Finalmente, a experiência com o abortador (a) é degradante, pela sua clandestinidade, com sofrimento e desmoralização, (b) revela uma situação de dependência e vulnerabilidade, pela exposição a vários tipos de abusos, (c) aparece como uma oportunidade para a exploração financeira, em que a decisão traumatizante de abortar é transformada em objeto de exploração comercial, ou para a exploração sexual, com as exigências ou os contatos lascivos do abortador, e (d) encerra, sempre, ameaças, crueldade e pânico, tanto pela maior sujeição da mulher aos preconceitos morais, como pela consciência de que, afinal, está matando uma parte de si mesma.

15 Ver GEBHARD, P.H., et al., op. cit., p. 56-7.

VI — CONCLUSÃO : UMA POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA

Se a experiência histórica tem demonstrado que leis restritivas são (a) ineficazes em seus objetivos moralistas, mas (b) eficazes na promoção da predação social pela expansão do aborto ilegal, então é razoável concluir pela necessidade de legalizar o aborto terapêutico e humanitário, ampliando as hipóteses permissivas para incluir indicações por razões (a) de saúde, sempre que a continuação da gravidez representar risco substancial, (b) eugênicas, para evitar o nascimento de crianças com defeitos físicos ou mentais, (c) psiquiátricas, quando a gravidez engendrar distúrbios potencialmente imprevisíveis e incontroláveis, e (d) humanitárias, no engravidamento de meninas com menos de 15 anos, ou em casos de incesto, para evitar prole degenerada. Exigências complementares, seriam (a) prévia autorização judicial, fundada em indicação médica ou de comissões de controle, e (b) realização em hospital credenciado.

É claro que existem objeções religiosas, éticas ou sociais à implantação dessa política, mas a tendência histórica é no sentido de rejeitar essa oposição. A maioria das religiões é tolerante, ou favorável, à legalização do aborto terapêutico e humanitário, mas o núcleo de maior resistência é a religião católica, para a qual "o homicídio direto de um inocente" (a) não se justifica pelo perigo à vida ou à saúde da mulher, (b) é contra a lei divina e natural, que considera a vida sagrada e ordena não matar, e (c) não pode ser autorizado pelo estado de necessidade ou por razões humanitárias¹⁶. A exceção admitida é a da lei do duplo efeito, invocada nas situações de gravidez tubária (se a trompa da mulher não for removida, morre ela e a criança) : o efeito positivo (salvar a mulher) não é possível sem retirar o órgão, que contém o efeito negativo (morte indireta da criança). A crítica destaca que (a) as pressões por leis restritivas contribuem para o aumento dos abortos criminosos, e (b) não obstante, mulheres católicas abortam, mas com um drama psicológico agravado.

Objeções éticas falam em legalização da imoralidade, pelo estímulo à promiscuidade sexual, mas se (a) as leis incriminadoras não atuam como desestimulantes, então (b) as leis permissivas não atuarão como incentivo (do aborto ou da promiscuidade)¹⁷.

Objeções sociais, de que a legalização aumentaria a taxa de abortos, são, também, objetáveis : a) a experiência histórica não autoriza a afirmação; b) a realização dos abortos em condições adequadas reduziria o flagelo social; e, c) a criação paralela de mecanismos de controle, eliminaria a maioria dos inconvenientes.

16 Pio XI, *Casti Connubi* (1930).

17 Ver SCHUR, Edwin M., op. cit., p. 59.

PARECER

TRANSEXUALISMO - CIRURGIA. LESÃO CORPORAL

Heleno Claudio Fragoso

A consulta que me é apresentada refere-se à ação penal movida contra o Dr. Roberto Farina, na 17.^a Vara Criminal de São Paulo (processo n.º 799/76). Ao acusado, que é médico, imputou-se o crime previsto no art. 129 § 2.º, inciso III CP, porque, no mês de dezembro de 1971, realizou intervenção cirúrgica em Waldir Nogueira, consistente na ablação dos órgãos sexuais e na abertura de uma fenda, à imitação de vulva postiça, artificial, para onde transplantou a uretra. O inquérito policial foi instaurado em consequência do pedido de retificação de nome e sexo, no Registro Civil, feito por Waldir Nogueira, pedido esse denegado pelo Tribunal de Justiça do Estado.

Com a consulta foi-me apresentada cópia integral do processo, no qual foi proferida sentença condenatória por parte do MM. Juiz, impondo ao acusado a pena de 2 anos de reclusão, julgando assim procedente a denúncia.

A consulta indaga se realmente o acusado praticou o crime que a ele foi atribuído. Meu parecer é o seguinte :

I

OS FATOS DA CAUSA

1. O acusado é médico ilustre, dedicando-se à cirurgia plástica, atividade em que alcançou prestígio e renome, tendo atividades universitárias e dignidades acadêmicas que conquistou por concurso. É autor de diversas obras de sua especialidade.

2. O caso de Waldir Nogueira era de transexualismo e foi ele encaminhado ao Dr. Roberto Farina por seus médicos assistentes, após longos e meticulosos exames, já com o diagnóstico e reco-

mendação cirúrgica. A intervenção foi realizada gratuitamente, tendo-se presente, inclusive, parecer do ilustre professor Washington de Barros Monteiro, no sentido de que nenhum impedimento legal havia.

3. A prova dos autos é uniforme. Revela o caráter feminino do paciente, desde a infância, sendo portador de penis e testículos atrofiados; os exames endocrinológicos, psicológicos e psiquiátricos a que se submeteu no Hospital das Clínicas, por parte de Junta Médica integrada por profissionais respeitados e competentes; o consentimento do paciente e o êxito da cirurgia, realizada após dois anos de observações e tratamento; a ausência de distúrbios psíquicos; o consenso de todos os médicos no sentido da indicação cirúrgica como solução terapêutica.

O exame médico-legal demonstrou que a suposta vítima apresentava "mamas desenvolvidas, adiposidade corpórea grácil, do tipo feminino, pelos pubianos também de disposição feminina". Esclarece o laudo que a hipótese era de transexualismo e que "o tratamento desses indivíduos, bem diagnosticados e isolados dos homossexuais, tem sido cirúrgico, através da emasculação, acrescida de neo-vagina cirurgicamente constituída, associada ao tratamento hormonal", pois "a experiência, já grande, levada a efeito em diversos países, mostra que o tratamento pela psicoterapia psicanalítica ou pela psiquiatria, revela-se inútil e sem resultado benéfico, em nada modificando o estado do transexual adulto". Concluem os peritos afirmando "ter sido a intervenção terapêuticamente necessária".

4. Existe nos autos impressionante cópia de pronunciamentos de renomados especialistas estrangeiros, todos no sentido de que a cirurgia realizada corresponde à terapêutica recomendável para os casos de transexualismo.

II

O TRANSEXUALISMO

5. Não será possível decidir com exatidão o caso submetido a julgamento, sem que se tenha clara idéia do que constitui o transexualismo. Trata-se de uma questão nova, de que não tratam os livros de medicina legal ao estudar a sexologia forense.

6. O exame da copiosa literatura médica disponível esclarece que a expressão "transexual" não era utilizada antes do famoso caso de Christina Jorgensen, em 1952. Atribui-se a CAULDWELL o

emprego da expressão latina *pychopathia transexualis*, em 1949. A palavra "transexualismo" só ganhou foros de cidadania na medicina depois que HARRY BENJAMIN a empregou, em 1953 (*Transvestism and transsexualism, International Journal of Sexology*, n.º 7, 12) e em sua obra fundamental sobre o tema, publicada em 1966 (*The Transsexual Phenomenon*, Nova York, Julian Press).

7. Trata-se de anomalia hoje bem caracterizada e conhecida, claramente distinta de outros fenômenos de intersexualidade, como o homossexualismo e o transvestismo. Entende-se por transexualismo uma inversão da identidade psico-social, que conduz a uma neurose reacional obsessivo-compulsiva, que se manifesta pelo desejo de reversão sexual integral. A etiologia do transexualismo (que é fenômeno relativamente raro) é basicamente desconhecida, embora existam várias hipóteses especulativas. Cf. PAUL A. WALKER, *Transsexualism*, no volume *Sex and Life Cycle*, OAKS (W.), ed., Nova York, Grune & Stratton, 1966; MONEY (J.) e GASKIN (R.J.), *Sex Reassignment, Journal of Psychiatry*, Nova York, Science House, 1970-1971, vol. 9, 249. O desconhecimento das causas levou à formulação de definições fenomenológicas, com as quais se descreve o fenômeno. Assim, o professor JOHN MONEY, uma das maiores autoridades na matéria, entende que o transexualismo constitui um distúrbio na identidade do próprio gênero, no qual a pessoa manifesta, com persistente e constante convicção, o desejo de viver como membro do sexo oposto integralmente. Como diz o Dr. IHLENFELD (Charles L.), no transexualismo, o indivíduo sente que nasceu com o corpo errado (*The patient feels simply that he was born with the wrong body*). *Thoughts on the treatment of Transsexuals, Journal of Contemporary Psychotherapy*, vol. 6 n.º 1, 63 (1973). E, por isso, busca desesperadamente realizar a reversão sexual, passando a ter a aparência e o status social do sexo oposto.

8. A terapia de cura, em consequência, é ineficaz, porque o paciente a rejeita. Como diz o Dr. WALKER, no trabalho que já invocamos.

"Usually, the transsexual will not participate in therapy which has cure as its goal. The very nature of transsexualism is such that the persistent desire to live as the opposite sex precludes cooperation in therapy aimed at maintaining the sex role appropriate to the genitals".

O único caminho indicado parece ser a cirurgia reabilitadora, e nesse sentido pronunciam-se os autores. Repetindo a experiência comum BENJAMIN e IHLENFELD (*Transsexualism, American Journal of Nursing*, vol. 73 n.º 3, 1973, 461), enfaticamente, afirmam:

"For the adult transsexual, surgical sex reassignment is the final and confirming step in treatment".

Veja-se também **Counseling the transsexual, Five conversations with professionals in transsexual therapy**, Erickson Educational Foundation, Baton Rouge, s/d, 35. Em excelente estudo (**Transsexualism, sex reassignment surgery, and the law**), publicado na **Cornell Law Review** (vol. 56, 963, 1971), DOUGLAS K. SMITH faz ampla revisão da opinião médica, inclusive no exame dos casos submetidos a cirurgia. A intervenção cirúrgica aparece como solução indicada para os casos de transexualismo demonstrados após longo exame e investigação multi-disciplinar. Citam-se as pesquisas feitas por PAULY (**The current status of the change of sex operation**, *Journal of Nervous & Mental Disease*, vol. 147, 460, 1968) e JOHN MONEY (in MONEY & EHRHARDT, *Transsexuelle nach Geschlechtswechsel, Tendenzen der Sexualforschung*, G. SCHMIDT e E. SCHORSCH, eds., 1970, 84), indicativas de larga margem de êxito. Todos os pacientes masculinos examinados pelo Dr. MONEY estavam convencidos de que haviam feito a melhor coisa (**"unequivocally sure that they had done for themselves the right thing"**), tendo abandonado a psicoterapia a que antes da cirurgia estavam submetidos.

Após extensa análise de resultados e opiniões, DOUGLAS SMITH afirma que **"as declarações desses médicos, atuantes e experimentados nesse campo, deveria pelo menos colocar um pesado ônus da prova, nos que dizem que a cirurgia não é terapêutica"**. No original:

"The statements of these doctors, active and expert in this field, should at least place a heavy burden of the proof on one who argues that the surgery is not therapeutic" (p. 978, ob. cit.).

9. O transexualismo não se confunde com o homossexualismo, como supõe a sentença condenatória. Os homossexuais convivem com o próprio sexo, e estão certos de pertencer a ele. Os costumes e vestuários próprios do sexo masculino não os agridem psicologicamente, embora alguns prefiram uma aparência bizarra e excêntrica, afetada e efeminada. Outros, ao contrário, desejam uma aparência máscula, cultivando atributos masculinos (barba, bigode, costeletas), e vestuário adequado. Os transexuais, ao contrário, sentem-se como indivíduos **"fora do grupo"** desde o início, não participando com espontaneidade e integração do ambiente por eles frequentado.

Por seu turno, os travestis, de um modo geral, podem levar vidas duplas, apresentando-se ora como indivíduos do sexo masculino, ora transvestidos. Há uma **"tolerância"** em relação a ambos os

comportamentos em que há predominância de um ou de outro por um período variável, às vezes de certa maneira cíclica ou temporária, ocasional.

Do travesti difere o transexual fundamentalmente no desejo compulsivo de reversão sexual, que os travestis não apresentam, e no comportamento mais feminino.

O transexual detesta ser confundido com os homossexuais e não busca homossexuais para o seu relacionamento amoroso. Veja-se sobre a matéria o excelente trabalho publicado na **Revista Brasileira de Medicina**, vol. 33 (1976), 369, bem como o estudo do Dr. PAULY, que acima mencionamos, onde está dito:

"Transsexuals are not homosexual. They consider themselves to be members of the opposite sex cursed with the wrong sexual apparatus. They desire the removal of this apparatus and further surgical assistance in order that they may enter into normal heterosexual relationships. On the contrary, a homosexual enjoys and uses his genitalia with members of his own anatomical sex".

10. A Associação Paulista de Medicina pronunciou-se sobre o transexualismo da seguinte forma: **"1. O tema deve ser tratado com extrema seriedade por quantos dele tomarem conhecimento, eis que**

o transexualismo é uma entidade nosológica e nosográfica bem definida que não deve ser confundida com o homossexualismo. As atenções médicas são exigidas desde os primeiros anos de vida, requerendo tratamento contínuo, no âmbito da medicina".

"Reconhecemos que o senso comum da nossa população, ainda não está suficientemente informado, ao contrário do de outros países, onde já existe inclusive, jurisprudência formada sobre a ação médica nessas alterações e cuja experiência não podemos deixar de reconhecer."

"2. Conceito da Comissão sobre Transexualismo: transexual é o indivíduo com identificação psicosssexual oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudança dos mesmos."

"3. Proposta a ser enviada à Diretoria da Associação Médica Brasileira, por intermédio da Associação Paulista de Medicina. A verificação das condições que recomendem o tratamento transexual será feita mediante conferência médica, nos

termos do Código de Ética Médica, dela devendo participar médicos especialistas indicados pela Associação Médica Brasileira, por solicitação conjunta do paciente e do seu médico. Com a solicitação deverá, necessariamente, ser apresentado o prontuário médico do paciente, contendo todos os exames clínicos e subsidiários de diagnóstico de transexualismo".

(O Médico Paulista, Jornal da Associação Paulista de Medicina, n.º 169, dez. 1976).

É curioso notar que o transexual masculino, após a cirurgia, invariavelmente se torna mais atraente como mulher do que era, como homem.

É a observação comum dos estudiosos, em consonância com a prova dos autos, no caso submetido a exame. Cf. DONALD W. HASTINGS, *Inauguration of a research project on transsexualism in a University Medical Center*, no volume *Transsexualism*, MONEY & GREEN, eds., John Hopkins Press, 1966, 248.

Nenhuma dúvida pode haver, portanto, de que o transexualismo constitui enfermidade e que a intervenção cirúrgica constitui terapêutica adequada.

III

A PROBLEMÁTICA JURÍDICA

11. A cirurgia no transexual visa ajustar o seu físico ao sexo a que corresponde seu psiquismo. Surgem daí problemas jurídicos importantes, na esfera criminal, e, principalmente, na civil. Nesta trata-se de saber se é possível a mudança do estado civil, para que prevaleça, em relação ao transexual, o seu novo sexo, em todos os atos para os quais tem ele relevância na vida civil.

Nos Estados Unidos da América, numerosos Estados permitem a alteração do registro civil. Na Louisiana existe lei, que dispõe:

"Any person born in Louisiana who, after having been diagnosed as a transsexual or as a pseudo hermaphrodite, has sustained sex reassignment or corrective surgery which has changed the anatomical structure of the sex of the individual to that of a sex other than that which appears on the original birth certificate of the individual, may petition a court of competent jurisdiction to obtain a new certificate of birth."

Em Nova Jersey, em março de 1976, o Tribunal de Apelação declarou que um indivíduo que muda o sexo através de cirurgia pode desfrutar de todos os direitos que têm os do mesmo sexo, inclusive o casamento. Veja-se Erickson Educational Foundation Newsletter, vol. 9 n.º 1 (1976).

12. Interessam-nos aqui, no entanto, apenas os problemas criminais que são, por fortuna, mais fáceis. E isto porque, apesar da controvérsia na fundamentação jurídica, não há dúvida de que na intervenção cirúrgica realizada com o consentimento expresso ou tácito, em caso de interesse médico, não há crime.

13. A doutrina, entre nós, resolve geralmente a hipótese como exercício regular de direito. Assim, por todos os autores, veja-se a lição de NELSON HUNGRIA (*Comentários*, I, 1, 310), que resolve com base no art. 19, III CP o caso de

"lesão corporal decorrente de operação cirúrgica (ainda que não seja para evitar perigo de vida, mas consentiente o enfermo), nos casos aconselhados pela arte médica (cujo exercício é autorizado pelo Estado).

A solução com base no exercício regular de direito é, no entanto, imperfeita, como observa VASSALLI (*Algunas consideraciones sobre el consentimiento del paciente y el estado de necesidad en el tratamiento médico-quirúrgico*, *Nuevo Pensamiento Penal*, Ano 2, n.º 1, 1973, 48). Nenhuma das normas gerais que se invocam para justificar foi criada com vista ao tratamento médico. Há falta de expressa regulação legal, fixando os limites e os pressupostos da intervenção, para proteger o médico de boa fé de perseguições indevidas.

14. Esses pressupostos (do exercício regular de direito na intervenção cirúrgica) são dois. O primeiro é o consentimento; o segundo é o interesse ou recomendação médica.

Assim, VASSALLI (ob. cit., p. 51):

"O critério primário é o do consentimento".

No mesmo sentido, com indicação de bibliografia, MAGGIORE, *Diritto Penale*, Bolonha, Zanichelli, 1949, 334; BETTIOL, *Diritto Penale*, Pádua, Cedam, 1976, 322.

15. Muitos entendem que o consentimento opera, nessa hipótese, como causa autônoma de exclusão da ilicitude, proclamando-se a disponibilidade da integridade corporal, se não há ofensa ao que se convencionou chamar de moral e bons costumes. Assim, BETTIOL (ob. cit., p. 306):

"Quando, invece, soggetto passivo del presunto delitto di lesioni è anche il soggetto che esprime il consenso, nessun limite legale dovrebbe sussistere alla libera disponibilità del proprio corpo".

O CP alemão (§ 226 a) expressamente exclui, pelo consentimento, a ilicitude da lesão corporal.

O consentimento é expressamente previsto na legislação argentina como condicionante da legitimidade da intervenção curativa. Cf. JOSÉ SEVERO CABALLERO, *El consentimiento del ofendido*, Cuadernos de los Institutos, n.º 93, Univ. Nac. de Córdoba (1967), 107.

16. O segundo pressuposto é constituído pelo critério da **recomendação médica** ou do interesse curativo ou reparador. Costumava-se falar aqui em **necessidade**, mas é óbvio, diante da cirurgia plástica, que **necessidade** nesta matéria tem de ser entendida como recomendação ou interesse médico, que abrange também a cirurgia reparadora de deformidades e, inclusive, a cirurgia estética. Nesse sentido é que PAUL LOMBARD (*Le Médecin devant ses juges*, Paris, Robert Laffont, 1973, 129) se refere a "**intérêt médical**".

17. No caso em exame estão presentes os pressupostos do consentimento e da recomendação médica. A prova quanto a esta última é uniforme, idônea e autorizada. Os juristas não têm competência para discuti-la e não a podem por em dúvida, particularmente se não há controvérsia. Eminentíssimos professores de Medicina Legal, como Armando Canger Rodrigues e Hilário Veiga de Carvalho avaliam a opinião comum, declarando que a cirurgia foi terapêutica.

18. Se não se admite a exclusão da ilicitude pelo exercício regular de direito, a absolvição nos parece inevitável, por ausência de dolo. Já o velho CARRARA (**Programma**, § 1 405) dizia que a verdadeira razão da inocência de tais atos reside na ausência de dolo.

O médico não age para causar dano, mas exatamente no sentido oposto; para curar ou minorar um mal. É o que já dizia BINDING (*Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Aalen, Scientia Verlag, 1969, I, 56) :

“Die angemessene Aktion des Arztes bildet nach Volks — und Rechts — Anschauung in der Tat keine Unterart der Gesundheitsverletzung, sondern ihr Gegenteil: sie ist grundsätzlich Gesundheitsmehrung”.

Como ensina MAURACH (*Deutsches Strafrecht*, Bes. Teil, Karlsruhe, Mueller, 1956, § 8, II, 1), "lesão corporal é lesão do interesse corporal" (*Körperverletzung sei Körperinteressenverletzung*).

Pela exclusão do dolo, os finalistas excluem a tipicidade da lesão corporal no tratamento curativo, e isso corresponde, pode se dizer, à natureza das coisas. Quem quer curar não quer ferir. WELZEL (*Deutsches Strafrecht*, Berlin, Gruyter, 1969) é enfático:

"Os tratamentos curativos adequados à arte e indicados pelo médico não são, absolutamente, lesões corporais".

MAURACH (ob. cit., p. 407) também é claro:

“A ciência mantém unanimemente o critério segundo o qual a intervenção médica não requer causa de justificação alguma, desde o momento em que, sempre que se tenha realizado conforme à *lex artis* e tenha tido resultado feliz, não realizará nunca o tipo da lesão corporal.

“O fim de curar exclui a lesão corporal. A vontade de curar, própria dos médicos, é incompatível com o dolo de maus tratos, exigido nos crimes de lesão corporal”.

Nesse sentido pronuncia-se antiga e autorizada doutrina. Cf. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Tübingen, Mohr, 1931, 478; ENGISCH, *Aertzliche Eingriffe zu Heilzwecken und Einwilligung*, ZSTW vol. 58, 1; BETTIOL, *ob. cit.* 308.

A atividade do médico é no sentido de favorecer, não de diminuir, o valor que a lei penal tutela. É este, o grande critério decisivo da adequação social como princípio de validade geral na exclusão do tipo de ilícito.

O que salva a ação do médico, excluindo o dolo é a superioridade de seu propósito. Como explica CARLO FIORE (*L'azione socialmente adeguata nel Diritto Penale*, Nápoles, Morano, 1966, 140).

"Criterio fondamentale: che la condotta rischiosa abbia nel suo contenuto un valore positivo; e precisamente il rispetto degli stessi beni che essa mete in pericolo".

“A adequação social exclui o tipo do fato proibido, porque a ação socialmente adequada não realiza a lesão do valor de ato que dá relevância à lesão do bem tutelado e cuja constatação está implícita no juízo de tipicidade” (p. 233).

19. Não há a menor dúvida de que o Dr. Roberto Farina agiu de boa fé, com o propósito curativo, tendo presente a positiva e cuidadosa indicação médica que lhe foi feita pela equipe de médicos que vinha atendendo ao paciente. Nesse sentido a prova dos autos é irrecusável. Ele teria de ser absolvido mesmo se houvesse erro nessa indicação terapêutica da cirurgia (art. 17, segunda parte CP). Indiscutivelmente, a nosso ver, atuou sem dolo.

20. De culpa também não se poderia falar, dada a fiel observância das *leges artis* que, no caso, são reveladas pelo êxito uniformemente reconhecido da cirurgia, e pelos cuidados adotados pela equipe médica antes de indicar a solução cirúrgica, que foram ao ponto de buscar um pronunciamento legal autorizado.

A literatura médica está cheia de recomendações quanto aos cuidados a serem observados, antes da indicação cirúrgica, sendo unânime o conselho de que não haja pressa na decisão. Lendo-se o depoimento dos médicos que assistiram o paciente antes da cirurgia, verifica-se que os cuidados necessários foram observados, havendo uma espera de dois anos.

De qualquer forma, para os efeitos da culpa, em relação ao Dr. Roberto Farina, interessariam apenas as *leges artis* da técnica cirúrgica, que, sem a menor dúvida, foram observadas.

IV

CONSIDERAÇÕES FINAIS

21. A análise da respeitável sentença condenatória revela que o ilustre juiz equivocou-se gravemente ao confundir transexualismo com homossexualismo, revelando com a condenação, *data venia*, a carga de reprovação moral própria do espírito conservador de certos magistrados. Na sentença se diz que o paciente era homossexual e que tinha um passado de homossexual, sem que exista nos autos qualquer elemento de convicção nesse sentido.

Verifica-se também que a sentença não põe em dúvida o exercício regular de direito na intervenção cirúrgica, argumentando exclusivamente com a necessidade, que ao ver do MM. Juiz não estaria demonstrada. Ainda aqui a sentença, *data venia*, está em completo desacordo com a prova uniforme dos autos. A necessidade da cirurgia nos casos de transexualismo existe. O caso do paciente era de transexualismo. A necessidade foi afirmada pela equipe médica que o assistia. Os médicos envolvidos no problema são sérios, conceituados e respeitáveis.

O parecer é, pois, no sentido de que o Dr. Roberto Farina atuou rigorosamente nos limites do exercício regular de direito, não tendo praticado crime algum.

ATUALIDADES E COMUNICAÇÕES

VIOLÊNCIA E LIBERDADE

EDERSON DE MELLO SERRA

INTRODUÇÃO.

A violência é inata no homem. Na caminhada que empreendeu desde a conquista da caverna à vitória tecnológica ostentada nos passeios pelos espaços siderais, de onde pode ver, toda contida em seus olhos, a Terra que momentos antes deixara, observa-se, desgraçadamente, um rastro de sangue, que se mostra como um marco de afirmação de poder, cujo exercício aprimora-se para asseguramento e domínio de todos os bens necessários ou não à vida.

Nada foi ou será capaz de conter o orgulhoso predador, que afronta a ordem maravilhosa da natureza, sem conhecer ainda inteiramente os seus segredos, e na sua marcha impetuosa sobrepõe-se ao próprio semelhante, a quem tem como terrível inimigo, e contra o qual utiliza toda força destruidora.

Um passado de guerras e imolações, avultando entre os destroços aqueles a quem chamam de heróis, não representam sequer advertências para que se evitem comportamentos tão nefastos à humanidade.

A princípio, para impor-se às forças da natureza, exercitou o homem, à medida que se assenhoreava do modo de utilização dos elementos que conheceu, a agressão a tudo que se opunha à conquista dos bens que se lhe apresentavam como imprescindíveis à subsistência.

A vida tornou-se sobremaneira violenta.

O poder crescia dimensionado pelas próprias conquistas.

Sendo um ser eminentemente social, e em razão desse imperativo, muito cedo compreendeu, ante a exibição majestática da ordem natural, que devia imitá-la, pois não poderia sobreviver no caos.

Inteligente, logo percebeu suas vulnerabilidades, e que o único opositor sério a temer era o seu semelhante, a quem, por necessidade social, deveria para sempre ligar-se.

Essas vulnerabilidades o estimularam a construir uma ordem que lhe fosse própria, que tivesse o talento de garantir-lhe a necessária coexistência com o semelhante concorrente.

Afloraram-lhe os ideais: primeiro o de segurança, e, seguidamente, o de justiça, que constituem o conjunto de anseios que possibilitou o advento do DIREITO, podendo ele então identificar o bem que todos queriam e que, singularmente, poderia ser comum a todos, pois dele diuturnamente se beneficiariam.

A evolução prossegue em sua marcha, conservando os ricos e os pobres, estes muito mais numerosos, constituindo esmagadora maioria, inconformada com a miséria que degrada e o racismo que ofende à dignidade humana.

A par do sentimento de insegurança que contagia, agravado pela opressão do emparelhamento das grandes construções, que faz lembrar o personagem da famosa peça "Little Murders", de Jules Feifer, levada com sucesso na Broadway, o qual assim descrevia o seu dia: " -- Pela manhã, depois do café, eu disse: muito bem, ninguém atirou em mim pela janela, vamos ver se posso dar uma volta sem ser assaltado" 1, avulta, acima do quadro doutrinário, um conjunto de convicções, que o Presidente Valéry Giscard d'Estaing assim sintetizou: *la justice consiste en l'élimination de la misère, la disparition des privilèges et la lutte contre les discriminations* 2.

A VIOLÊNCIA

Que é violência?

Não pretendo construir uma definição de violência, pois sei quanto de relativo, de mutável e diverso nela se

1. Fernando Sabino, *Medo em Nova Iorque. A Cidade Vazia*, ed. Sábá, pág. 10.
2. Valéry Giscard d'Estaing, *Démocratie Française*, ed. Fayard, Paris, 1.976, pág. 58.

contém. Entretanto, posso e devo tentar, na medida do possível, o alinhamento de qualidades características, considerando a sua manifestação individual e coletiva.

Sob o aspecto individual, "a violência é o fato de uma pessoa que procura atingir a outrem no seu corpo ou no seu espírito" 3.

Na sua feição coletiva, de acentuada mutabilidade, ela é utilizada para fins determinados e objetiva a satisfação dos integrantes do grupo do qual emana.

A violência não se cinge ao simples emprego da força, despropositada ou cega, mas poderá originar-se de um comportamento racional e sobremaneira refletido.

Por vezes a encontramos confundida com a força e a agressividade.

Nenhuma razão séria há que justifique tal confusão.

A força é o poder de agir, neutro, enquanto que a agressividade se exterioriza pelo ataque a outrem, inclusive sob a forma verbal, portanto, sem emprego de força, podendo finalmente não se traduzir em violência, se não atingiu a normas previamente aceitas.

A conduta agressiva e mesmo a manifestação de força não se mostram suficientes, na sua simpleza, para caracterizar a violência, que há de ter sempre uma conotação relacional, tendo em vista o homem nas suas ligações com o seu semelhante, individualmente considerado e também com a sociedade, na

3. *Réponses à la violence. Rapport du Comité d'Études présidé par Alain Peyrefitte*, pág. 26.

qual naturalmente, está integrado, ainda quando por causas que digam respeito à saúde psicossomática se evidenciem desajustamentos, que o distanciem da assunção consciente da responsabilidade pelo ato praticado.

As atividades, sejam de concorrência ou de colaboração, necessitam de um clima de segurança para que tenham um desenvolvimento útil, numa ambiência de liberdade.

Averbe-se que numa sociedade, como a francesa, por exemplo, fundada no pluralismo do poder, há o risco do confronto e da desordem 4.

Contudo, a experiência relacional, a que se deve acrescer o exercício do poder pelo Governo dentro dos limites da lei, armada da conveniente sanção, do imprescindível instrumental preventivo e dos meios repressivos, possibilitará quase sempre, salvo as hipóteses de guerra interna ou externa ou, ainda, de uma revolução, o fortalecimento das instituições, com o retorno pacífico ao quadro de normalidade.

Entretanto, dentro do princípio pluralístico do exercício do poder, considerando que todo homem tem poder, é aceitável, a conclusão de que somente as medidas preventivas possuem o talento de matar o mal na raiz. 5

4. Valéry Giscard d'Estaing, *Démocratie Française*, cit. pág. 137.
5. Valéry Giscard d'Estaing, *Démocratie Française*, cit. pág. 139. "A cette insécurité, la collectivité doit répondre par la prévention et la sanction. Qu'on ne s'y trompe pas: seule la prévention peut atteindre la racine du mal".

A difusão da violência individual atinge um grande público, que se sensibiliza diante das vítimas, a maioria das quais indefesas, e ante o deplorável quadro, constantemente exibido, nasce um sentimento de angústia e daí para a insegurança é um passo.

As medidas repressivas são aprimoradas e gastos consideráveis debitam-se ao erário já carente de meios para atendimento das necessidades dos recursos humanos.

Nessas horas é maior o esquecimento da eficácia da ação preventiva, sem dúvida mais difícil de ser coordenada, pois envolve todas as expressões do poder nacional, com ênfase no campo psicossocial.

Sublinhe-se a natural inclinação para se adotarem providências constrangedoras, aumentando-se os contingentes policiais, advindo em consequência a necessidade de uma maior área de alojamento para os presos e grandes verbas para esse atendimento.

Provoca-se o congestionamento dos serviços e a insegurança bate às portas dos presídios.

O medo engendra um maior interesse pelas informações reveladoras de fatos violentos, e as notícias mais destacadas difundidas pelos meios de comunicação são sobre esses fatos.

Há uma ordem estabelecida. Dispõe o Estado dos meios para agir rapidamente, o que não faz cessar a violência.

Troca-se a moldura, permanecendo todavia o mesmo quadro de exercício irregular da liberdade, com o aumento do

número de violações do direito de ir e vir, de pensar e externar o pensamento, bem como do de propriedade.

Não se deve esquecer de preservar a garantia da liberdade individual, fundamental numa democracia, cujo exercício jamais a porá em perigo 6.

Contudo, o exercício coletivo da liberdade poderá conduzir o grupo a um confronto, profundamente prejudicial à sociedade, impondo-se que ele seja por isso disciplinado, a fim de evitar a perturbação da paz pública, com a consequente alteração da ordem jurídica.

Numa sociedade pluralística, o Governo e o Povo devem traçar os limites do exercício da liberdade, para que todos saibam quando esta termina e se inicia a desordem, que conduz ao caos, incompatível com a vida humana.

Acentue-se que o sentimento de insegurança reflete menos a verdadeira situação que o engendrou, que as impressões pessoais de cada indivíduo, tenha ou não participado diretamente do fato.

São diferentes os fenômenos da violência e da criminalidade, os quais nem sempre se confundem.

A violência poderá constituir crime ou ser um dos meios para a sua prática. Entretanto, são fenômenos interdependentes mas também autônomos.

A prestação da segurança pelo Estado não dispensa a colaboração de seus súditos, pois a insegurança na sua manifestação cíclica é um fenômeno que se

relaciona intimamente com a violência e a criminalidade, também interdependente e autônoma.

Finalmente, "a violência é como o vento de areia sobre a estátua: ele a erode, a desfigura até o dia em que a enterra" 6.

Atente-se para a afirmação do Professor JACQUES LÉAUTÉ ao depois de participar da Comissão que estudou a violência na França 7, em livro recentemente publicado: "Notre violence n'est pas l'agressivité naturelle, qui a toujours existé et qui existera toujours. Elle n'est pas celle des animaux, dont Konrad Lorenz, Ardrey, Wilson et tant d'autres parlent. Elle est le produit de notre société, d'une société où les rites, les symboles, la magie n'empêchent pas les différends, les combats, les guerres, les fausses paix d'aller jusqu'aux anéantissements. Elle est celle d'intoxiqués, drogués, dopés, tranquillisés" 8.

E, seguidamente, conclui: "Notre violence a tout simplement deux causes: le surdore et le manque de ce que les individus et les groupes attendent les uns des autres" 9.

Já observei em conferência que proferi na Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, que a liberdade ilimitada é incompatível com a vida social, constitui uma pseudo liberdade

6. Valéry Giscard d'Estaing, **Democratie Française**, cit. pág. 142.
7. **Comité d'études sur la violence, la criminalité et la délinquance**, Décret du 23.3.76 - J. O. du 24.3.76; Arrêté du 18.4.76
8. Jacques Léauté, **Notre Violence**, Ed. Denöel, pág. 69.
9. Idem, idem, pág. 70.

— caricatura da verdadeira liberdade possibilitadora do aperfeiçoamento da criatura humana —, coloca o homem contra o seu semelhante, distônico e desapiadado, habilitando-o para o crime, que é um ato fundamentalmente anti-social 10.

Ora, a liberdade é a síntese dos direitos fundamentais do homem 11.

Há um quadro de tensão, agravado pela vida trepidante das grandes cidades, que faz avultar a incapacidade do homem para suportar as proibições limitadoras de sua liberdade e impostas pela necessidade de coexistência.

Na realidade é o todo que prevalece sobre a unidade, vale dizer, a sociedade sobre o indivíduo, que pode integrar uma minoria inconformada com a regra que lhe foi imposta pela maioria, a qual dispondo da força para cumprir sua vontade, quando atua o faz sob amparo legal.

Por vezes é uma maioria que foi desqualificada por uma minoria e esta empolga o poder e impõe a ordem que satisfaz aos seus interesses.

Nem sempre as instituições políticas funcionam de modo a possibilitar que a vontade da maioria seja conhecida e os seus anseios satisfeitos.

Daí o confronto do indivíduo com a sociedade, mostrando-se esta às vezes

10. Ederson de Mello Serra, **Crime e Liberdade**, pág. 7, conferência na Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro.
11. João Oliveira Filho, **Origem Cristã dos Direitos Fundamentais do Homem**, Rio de Janeiro, Forense, págs. 11/12.

brutal, quase sempre insensível, inteiramente voltada, egotisticamente, para o gozo dos prazeres da vida.

O progresso tecnológico possibilitou maior conforto ao homem, mas o afastou da natureza, cujos segredos desconhece, e na cidade, cercado de tudo que pode lhe satisfazer as necessidades, vive a insegurança engendrada pelo seu semelhante que, paradoxalmente, dela participa, pois a falta da fraternidade é o germe da violência 12.

A CRIMINALIDADE

A criminalidade é um fenômeno social de massa. Compreende a totalidade dos crimes cometidos numa sociedade.

A legislação penal cuida de figuras delitivas onde a violência é o meio utilizado para praticá-las.

Portanto, temos uma criminalidade de violência, vale dizer, aquela em que para a prática do crime torna-se imprescindível o emprego da "vis", isto é, da força física.

A determinação do objeto material, alvo dessa força física, tanto pode ser o homem, sujeito passivo, como um bem material penalmente tutelado.

O Comité d'Études sur la violence, la criminalité et la délinquance definiu a violência como "tout exerce d'une force volontaire et injuste" 13.

A deficiência das estatísticas não ocorre apenas no Brasil. Esse Comité

12. Jacques Léauté, **Notre Violence**, cit. pág. 155.
13. **Réponses à la Violence**, pág. 643.

teve oportunidade de fazer 5 recomendações para melhorar o aparelho estatístico francês 14.

A violência ordinária dos nossos dias, assinalada por permanente agressividade tanto nas relações entre pessoas como entre grupos, aduna-se a criminalidade violenta, com novas formas de ação, com emprego de armas e tecnologia avançada, inclusive na área administrativa.

A violência engendra a insegurança e é encontrada também no campo econômico.

A par do recrudescimento da criminalidade violenta há idêntico fenômeno de crescimento da violência na área da violência legítima, vale dizer, as guerras e o terrorismo político 15.

A postergação dos direitos fundamentais do homem é usual, inclusive em países integrantes da ONU, onde se pratica toda sorte de torturas para aniquilamento da capacidade de resistência da pessoa, já sem liberdade e portanto à mercê do carcereiro impiedoso, que anseia agradar a quem detém ilegalmente o poder.

Assim surgem os grupos de reação, que ganham a simpatia de países onde existem plenas garantias democráticas, como a França, que sequer escapa de ser palco dessas ações terroristas.

A técnica empregada e profusamente difundida aproveita aos criminosos comuns, os quais aprendem facilmente a lição, utilizando-a com rara eficiência.

Propaga-se a insegurança, evidencia-se a ineficiência do aparelho policial, e a cidade torna-se perigosa.

O conhecimento de que alguns policiais se associam aos bandidos aumenta o sentimento de insegurança das populações, que os vêem com redobrada suspeita.

O medo penetra nos lares, nos escritórios, nas fábricas e as ruas são os lugares mais perigosos. Procura-se frequentá-las quando apresentam maior movimento e à luz do dia, pois mesmo nas primeiras horas da noite o perigo de assalto à mão armada aumenta.

Inexiste uma grande cidade que esteja livre de assaltos.

A criminalidade violenta evolui, verificando-se um grande número de roubos à mão armada, praticados por bandos que dispõem de boa estrutura orgânica e que atuam com grande eficiência.

O banqueiro resiste ao cliente que o procura em dificuldades, mas nada pode fazer diante do bando armado que o visita.

A criminalidade aumenta consideravelmente nos países desenvolvidos, particularmente entre os indivíduos de 16 a 30 anos, concorrendo estes com a taxa de cerca de 70% dos crimes.

A violência nos jovens é um fenômeno de grupo, pois têm necessidade de agir com os outros, nos quais se apoiam.

O custo da criminalidade é enorme, mas não há dados estatísticos dignos de confiabilidade.

Anota-se que são numerosos os atentados às pessoas e à propriedade, e por isso vultosas as despesas públicas de manutenção do aparelho policial.

A violência contamina todos os setores da vida social.

Os meios de informação facilitam a difusão dos fatos criminosos, mostrando-se sobremaneira eficientes a imprensa, o rádio e a televisão. O cinema também dá a sua contribuição.

No Brasil existe um grande número de jornais, 1700 estações de rádio e 90 estações de televisão, cobrindo todo o território nacional 16.

Os criminosos de direito comum imitam a ação dos que atuam por motivos políticos, objetivando exclusivamente a vantagem ilícita, mas, com idêntica eficiência.

O TERRORISMO

O terrorismo é uma convulsão social e, portanto, tem as suas causas 17.

Poderá ser identificado na resistência legítima a determinada tirania 18, quando se utiliza da violência para romper os grilhões da opressão.

Há também, em outra linha, ações voltadas para destruir a democracia e,

16. **Jornal do Brasil** de 26.11.77, Discurso do General Antônio Carlos de Andrada Serpa.
17. Claude Julien, **Libertés et Terrorisme, Le Monde Diplomatique**, novembro, 1977.
18. Jean-François Revel, **Terreur et démocratie, L'Express**, nº 1372, pág. 47.

por via de consequência, terminar com a liberdade individual.

O terrorismo-resistência-à-tiranía e, aqueloutro, que objetiva arruinar a democracia, apesar de terem, motivos e fins diversos, por vezes desenvolvem ações de colaboração no plano internacional.

Essa colaboração pode parecer paradoxal, mas atente-se que as ações conduzidas pela extrema esquerda equivalem-se àquelas que, idênticamente, o são pela extrema direita, pois em determinados casos almejam aluir a ordem democrática.

A violência empregada por ambos produz vítimas inocentes, cujas vidas são impiedosamente sacrificadas, sem qualquer consideração ao valor da pessoa humana.

A ação terrorista no primeiro caso, embora ilegal, ganhou foros de legitimidade, porque voltada contra o terror do Estado, eis que em certos países são postergadas as garantias individuais.

Ora, se num determinado país de regime ditatorial pode ser normal a ocorrência de violações aos direitos do homem, isto não será possível numa democracia, onde necessariamente estão assegurados os direitos individuais dos cidadãos e as formas de oposição ao governo.

É, portanto, inaceitável que se queira colocar, no mesmo plano, as ditaduras e as democracias, e para o só efeito de justificar, em relação a estas, os atos de terrorismo-político contra elas praticados. É o que se vê relativamente à Alemanha, Itália e Japão.

Tais ações terroristas não ganharam o apoio das populações da Europa Ocidental

14. Idem, idem, págs. 157/158.

15. **Réponses à la Violence, par Alain Alain Peyrefitte** pág. 29.

que, na quase totalidade, mantiveram-se hostis às concepções e aos métodos da Fração do Exército Vermelho 19.

Entretanto, alguns intelectuais franceses dos mais gloriosos, aos quais Jean-François Revel chamou de "padrinhos da violência", deram apoio moral aos terroristas alemães e italianos, evidenciando os estragos sofridos pela dialética quando, com excessiva frequência, preconizam como de esquerda o que tende a destruir a democracia 20.

Jean Genet, por exemplo, em artigo publicado no *Le Monde* de 2 de setembro de 1977, apresenta a sociedade democrática como totalitária, que a seu ver legitima o assassinato, último recurso disponível contra uma tirania absoluta e sem brechas. Distingue a brutalidade da violência. A brutalidade é a opressão burguesa. A violência é liberação, criação, vida 21.

O primeiro tipo de terrorismo atua normalmente engajado numa linha de ação política, tem uma doutrina, com reivindicações de ordem econômica, política, étnica e territorial.

O outro terrorismo, o que objetiva a destruição da democracia, quer empolgar o poder, de forma absoluta, para a seu modo fazer a reforma da sociedade.

Na ONU, em um de seus foros, fez-se a distinção entre o terrorismo político e o terrorismo com fins lucrativos, sendo o

primeiro declarado legítimo, pois está empenhado na luta contra o colonialismo, o imperialismo e o sionismo, enquanto que o segundo foi considerado criminoso 22.

Após a guerra entre árabes e israelenses de outubro de 1973, houve o recrutamento do terrorismo-político, aparecendo as ações de apoderamento de aeronaves, ficando os passageiros como reféns, sob ameaça de morte e explosão do avião no caso de não serem atendidas as exigências dos terroristas, que incluíam a libertação de presos, a entrega de grande soma em dinheiro e garantia para se transportarem para determinado país, em segurança.

Múltiplas são as ações terroristas, desde a prática de homicídios, roubos em bancos ou em estabelecimentos comerciais ou industriais, ao sequestro de pessoas, incluindo-se entre estas atos funcionários e diretores de empresas.

Na França procura-se colocar o problema do terrorismo dentro de seu contexto político e social, classificando-se-o em três tipos:

- a) os movimentos de libertação;
- b) os movimentos de esquerda;
- c) o terrorismo internacional, encabeçado pelos palestinos e sul-americanos 23.

A atual onda terrorista nos países da Europa Ocidental tem merecido atenção de todo o mundo e mesmo dos países Ára-

bes, que quase sempre davam apoio a esses bandos. Recentemente no Cairo, na Conferência dos Ministros do Interior da Liga dos Estados Árabes, a maioria dos 21 participantes reprovou a ação terrorista, com sugestões a seus governos, ressaltando as atividades dos guerrilheiros que lutam pela "libertação da Palestina ocupada por Israel" 24.

Ajunte-se o pronunciamento do Sr. Kurt Waldheim, Secretário Geral da ONU, sobre o terrorismo criminoso, que não se origina ou tem sua causa na pobreza ou nas privações, mas em setores afortunados da sociedade 25.

A concepção da Fração do Exército Vermelho de que somente a guerrilha urbana pode fazer frente ao surgimento de um novo fascismo organizado em escala internacional, que, segundo ela, disporia do apoio da social democracia alemã, com enorme potencial econômico, submetido a hegemonia do capital americano 26, mostra o grau de inconformação de seus integrantes à proibição legal que veda aos membros do PC acesso aos cargos públicos 27 e, por isso, não consideram a Alemanha Ocidental uma democracia, esquecendo-se de que o PC é uma criatura da Alemanha Oriental, e aquele é o país que tem mais espões por quilômetro quadrado 28.

Assim, ao lado de um terrorismo político, com ideologia, existe o inquinado de criminoso, porque objetiva exclusivamente fins lucrativos, já que seus membros são atraídos por dinheiro, e podem em determinadas circunstâncias estar a serviço de uma causa ideológica, sem perder as suas características.

O Ministro da Justiça da França, Sr. Alain Peyrefitte, disse "não ser possível responder ao terrorismo com o terrorismo do Estado", mas disse ele ainda que quando se trata de terrorismo, é preciso ter coragem para dizer a polícia tudo que se sabe a respeito do que se testemunhou 29.

Para Alain Peyrefitte o terrorismo é uma nova forma de violência, mas sem razão pois o que há de novo é o apoderamento de aeronave e o sequestro dos passageiros, tidos como reféns até a satisfação das exigências formuladas sob ameaça de destruição do avião e de morte dos passageiros.

Será que a vida e a violência são sinônimos, como afirmou Jean Genet para justificar o comportamento de Andreas Baader?

"É fácil de denunciar a violência, toda a violência. É mais difícil tirar as máscaras da violência" 30.

No Brasil houve ações terroristas que culminaram com sequestro dos Embaixadores dos Estados Unidos, da Suíça e da Alemanha.

O General Aurélio de Lyra Tavares, no seu livro "O Brasil de Minha Geração", transcreve o manifesto subversivo colo-

29 e 30. Claude Julien, *Le Monde Diplomatique*, novembro 1977.

19. Claude Julien, *Libertés e Terrorisme, Le Monde Diplomatique*, novembro, 1977.
20. Jean-François Revel, *Les Parrains de la Violence, L'Express*, nº 1366, pág. 43.
21. Idem, idem, pág. 43.

22. Carlos A. Dunshee de Abranches, *Terrorismo e suas causas, Jornal do Brasil*, de 12-10-77.
23. *Le Point*, nº 267, pág. 79.

24. Carlos A. Dunshee de Abranches, art. cit.
25. Claude Julien, *Libertés et Terrorisme, Le Monde Diplomatique*, novembro 1977.
26. Raymond Aron, *Nous sommes tous des cochons allemands, L'Express*, nº 1.372, pág. 56.
- 27 e 28. Jean-François Revel, *Les parrains de la violence, L'Express*, nº 1366, pág. 43.

vidas, avultando os crimes contra o patrimônio, embora mostrem-se estes bem diferentes quanto aos motivos.

A repressão, forma de violência legítima, não se revela eficiente como meio de combate ao crime.

É necessário que se empreguem todos os meios disponíveis para jugular a criminalidade, dando especial destaque ao criminoso e a sua obra — o crime —, causa de insegurança, de modo a dificultar o surgimento das condutas capazes de violarem os bens jurídicos protegidos.

As medidas preventivas são insuficientes e as existentes exibem-se descoordenadas.

Evidentemente, não será possível conter um criminoso passional ou aquele que se determine, por n motivos, à prática de crimes. Podemos, entretanto, confiar numa ação que se preocupe com a área da juventude, cuidando de sua formação de maneira ajustada à sociedade em que vive, assegurando a todos idênticas possibilidades para progredir na vida, e, dessa forma, muitos homens serão afastados da zona negra de ocorrência da criminalidade.

Vê-se, pois, que o combate à criminalidade é eminentemente psicossocial.

Para dar maior ênfase à prevenção, há de se cuidar da família, considerada na sua missão fundamental de transmitir os valores sociais. Idêntica atenção merece a ESCOLA, onde novos conhecimentos são adquiridos e vão somar-se àqueles recebidos na família e imprescindíveis ao desenvolvimento da sociedade. A igreja há de ter todo o apoio, pois é uma entidade que possui notável força catalizadora, influenciando na formação espiritual e, conseqüentemente, para a tranquilidade pública. Finalmente, deve-se incentivar a associação, considerada na sua aparição genérica, como órgão que visa a aglutinação de esforços, que não de ser orientados para as grandes metas do bem comum.

Estaremos, portanto, numa luta global, que interessa a todas as forças vivas da nação.

Haveremos de nos empenhar para a formação de uma consciência moral, possibilitando a cada indivíduo distinguir perfeitamente o bem do mal 36.

36. Ederson de Mello Serra, ob. cit. pág. 14.

JUSTIÇA ESTADUAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA NA CAPITAL (CRIMINAL) *

NILO BATISTA e YOLANDA CATÃO

Nota Prévia

Honrado pela designação do E. Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil para relatar o tema "Justiça Estadual de Primeira Instância na Capital (Criminal)" perante a I Conferência Regional, não hesitei um só segundo a respeito da metodologia de aproximação do assunto. Ao invés de conferir novas roupagens a certas hipóteses que tradicionalmente os advogados criminais formulamos em torno dos angustiantes problemas que começam o desempenho da justiça de primeiro grau, optei por testar tais hipóteses frente aos números dessa justiça, e frente à opinião daqueles que mais intimamente convivem com a engrenagem: os Magistrados, os Promotores de Justiça e os Defensores Públicos. A ocasião deveria ser aproveitada para verificar em que medida a própria eventual formalidade desses protagonistas da experiência judiciária não funcionaria como fator do legendário congestionamento do serviço, e também se — seja em nível de pura opinião, seja em nível de criação pretoriana — é observável uma

tendência à simplificação dos fluxos processuais e dos próprios limites de intervenção da justiça criminal.

Tais propósitos seriam inexequíveis sem a participação no trabalho de um portador do refinado know how da pesquisa; Yolanda Catão, socióloga (Louvain), professora de Criminologia da Faculdade de Direito Cândido Mendes — Ipanema, e pesquisadora do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, aceitou gentilmente em emprestar às páginas que se seguem o concurso de seu talento.

A premência de tempo (a designação para relatar o tema foi recebida com menos de dois meses sobre a data da entrega do trabalho) conduziu a duas imposições limitativas. Em primeiro lugar, restringiu-se o universo da pesquisa às vinte varas que se ocupam dos processos e julgamentos de crimes da competência do juiz singular, abandonando-se as varas do Júri (quatro) e aquelas que tratam das contravenções (três). Em segundo lugar, renunciou-se a estudo comparativo entre os resultados obtidos e outros já existentes (quer a propósito da situação geral da justiça, como o famoso diagnóstico do Supremo Tribunal Federal,

* Relatório apresentado à I Conferência Regional da OAB-RJ.

quer sobre alguma faceta especial, como a pesquisa que Tereza Miralles realizou, há alguns anos no Rio de Janeiro, sobre atitudes e percepções dos Juizes criminais).

Isto significa, ao cabo, solicitar a benignidade do leitor para o caráter provisório do estudo que se segue.

Nilo Batista

I

Embora com criação legal (art. 94, inc. X da Resolução nº 1, de 21.03.75 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro), não estão instaladas as quatro varas criminais regionais, cujas competências corresponderiam às regiões administrativas de Jacarepaguá, Bangu, Campo Grande e Santa Cruz (art. 94 § 4º).

Toda a justiça criminal de primeira instância se concentra no Palácio da Justiça da Av. Erasmo Braga. Descartando-se as quatro varas auxiliares do júri, que não estão instaladas, e a vara de execuções criminais, cuja competência não interessa ao presente estudo, são vinte e sete varas criminais às quais toca processar e julgar todas as infrações penais praticadas na cidade do Rio de Janeiro.

Dessas vinte e sete varas, as quatro primeiras se ocupam dos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida ou conexos a esses (tribunal do júri), e três (24ª, 25ª e 26ª varas) se ocupam do processo e julgamento das contravenções. Portanto, para o processo e julgamento dos crimes que não sejam dolosos contra a vida ou conexos a esses, temos vinte varas criminais.

No presente trabalho, procuramos estudar o desempenho médio dessas vinte varas, que absorvem a fração mais expressiva dos processos criminais.

Quando o E. Tribunal de Justiça votou a Resolução nº 1 (março de 1975), o volume do serviço sugeriu que se previsse para cada vara criminal o exercício de um juiz-auxiliar, embora o Presidente do Tribunal, "quando convier ao serviço judiciário", possa deixar de designá-lo (art. 94, §§ 1º e 3º).

Normalmente, oficialiam dois Promotores de Justiça junto a cada uma dessas varas criminais; em casos excepcionais de acúmulo de serviço, chegam a oficializar três. Os Promotores de Justiça não dispõem de qualquer funcionário; seja um datilógrafo que lhes execute as peças escritas (denúncias, alegações finais, razões de recurso, etc.), seja um oficial de diligências que os auxilie na produção da prova (providenciando folhas-penais, laudos, extraindo peças de outros processos, etc.).

Junto a cada vara criminal está lotado um Defensor Público, encarregado da defesa dos réus que não constituem advogados, que são numerosos. Normalmente, este Defensor Público está em exercício concomitante em mais de uma vara. Como elemento auxiliar em suas tarefas, dispõe tão somente dos estagiários sob sua orientação; quanto a funcionários, sua situação é idêntica à dos Promotores de Justiça.

A respeito dos recursos funcionais de cartório e oficiais de justiça, já trataremos quando relatarmos a pesquisa efetuada.

II

Está superado, na justiça criminal de primeira instância da Capital, o antigo problema da publicação de editais, intimações, etc.

Como se sabe, há alguns anos o prazo médio de publicação na imprensa

oficial, no que respeita às matérias remetidas pela justiça criminal, era de três meses. Isso representava não só uma paralisação obrigatória de todos os processos nos quais intervisse alguma publicação, como não raros adiamentos de atos e republicações, quando não representasse — despercebida a extemporaneidade da publicação — atividade judiciária em pura perda, pois a nulidade seria decretada mais tarde. Este problema está hoje resolvido, e a melhor lição que ele pode nos oferecer consiste em que a mudança não se deveu a uma alteração do código de processo penal, e sim à modernização do maquinário da imprensa oficial.

III

A exemplo do que sucede em certos esportes, existe na justiça criminal o que

poderíamos chamar de tempo morto: certos períodos em que os autos do procedimento criminal se prestam fisicamente a operações burocráticas indignas do século do computador, ou de qualquer estrutura administrativa medianamente eficiente. Nesses períodos, os sujeitos do procedimento, o seu objeto, e a carga de aflições e dor humana que o envolve, tudo cede diante de um impessoal e inafastável aparato de vãs formalidades.

A ocasião em que um inquérito policial é distribuído a uma vara criminal comporta apreciável período de tempo morto. Suponhamos que o inquérito chegue à vara (o que ocorre dois ou três dias após a distribuição) no primeiro dia de um mês qualquer. Sua marcha pode ser considerada no quadro I, abaixo.

D I A	A N D A M E N T O
1º	o inquérito é tombado; ganha número; é feita a ficha
2	autos conclusos ao juiz, que despacha no mesmo dia ou no dia seguinte
3/4	autos despachados; carimbos ("data" e "vista"); os autos vão ao promotor
4/5	autos com promotor, que deve realizar exame mais aprofundado para seu pronunciamento (média de 4 dias)
9/10	o promotor devolve os autos pronunciando-se pela baixa; carimbos ("data" e "conclusão")
11	autos conclusos para despacho do juiz autorizando a baixa
13	autos despachados; carimbos ("data" e "remessa"); anotações na ficha
14	o cartório espera pela próxima terça ou quinta-feira, que são os dias em que a Corregedoria de Polícia recebe os inquéritos; a remessa é feita fisicamente por um "auxiliar de cartório" (reclassificação do antigo "correio").

QUADRO 1

Na Corregedoria de Polícia, o tempo de permanência média para redistribuição às delegacias respectivas é de quinze dias. Temos então que cada vez que um inquérito policial, por vencimento do prazo deferido para conclusão, sobe à apreciação da justiça, há um período de aproximadamente um mês por conta de seu trânsito físico e anotações burocráticas. Se se considera que habitualmente os juízes concedem prazos de 60 ou 90 dias para a conclusão de inquéritos, e que na grande maioria dos casos um inquérito não se conclui sem algumas baixas à delegacia de origem para desenvolvimento dos trabalhos investigatórios, encontraremos que **cada inquérito consome no trânsito físico e em anotações burocráticas 3 ou 4 meses por ano.**

Parece claro que a criação de canais diretos de comunicação entre a delegacia e o gabinete do Promotor de Justiça (sempre aberta ao indiciado a possibilidade de dirigir-se ao juiz, quando o desejasse) é a orientação que poderia contornar o problema. Nessa linha, os juízes só interfeririam nos inquéritos quando suscitados, seja pelo Ministério Público (por exemplo, para solicitar autorização judicial para obter informações sob sigilo bancário, ou postular medidas cautelares), seja pelo inciciado (por exemplo, em casos de abuso de autoridade por parte da polícia). Ao contrário do que se possa supor, tal propositura operacional não é incompatível com as disposições processuais penais, e inclusive alguns magistrados já intentam uma simplificação, determinando que o cartório dê vista dos autos ao Ministério Público independentemente de despacho neste sentido.

Contudo, um avanço radical nessa direção esbarraria num obstáculo intransponível: o Ministério Público, no Rio de Ja-

neiro, não dispõe de funcionários (estamos nos referindo, é claro, aos Promotores de Justiça que oficiam em varas criminais). Maiores consequências dessa situação aflorarão no momento da apreciação do relatório da pesquisa.

IV

Observamos, no modelo de procedimento esquematizado no quadro 1, que a razão de tantas filigranas burocráticas reside na necessidade de pronunciar-se o Promotor de Justiça a respeito do inquérito policial. Esta é, ali, a providência essencial, e em torno dela gravitam todas as demais, inclusive os despachos do juiz que consistam em pura determinação de vista ao MP e simples "deferimento" de baixa. Não ingressa no âmbito do presente trabalho a fundamentação teórico-legal que demonstra a inutilidade dessas duas espécies de despachos que só representam acréscimo ao serviço judiciário, e desvio da atenção do Magistrado de suas reais preocupações profissionais.

O pronunciamento do MP consome cerca de 4 dias, exatamente porque deve ele inteirar-se do conteúdo do inquérito, para determinar as medidas que lhe pareçam convenientes a seu desenvolvimento, e de certa forma apreciar os rumos imprimidos pela autoridade policial à investigação.

Supõe-se, ainda que a carência de funcionários impeça tenha o Promotor de Justiça um controle próprio dos inquéritos, supõe-se que no retorno dos autos o trabalho de apreciação estará facilitado por uma familiarização com o seu conteúdo, advinda da leitura anterior. Como habitualmente um inquérito policial não se conclui sem algumas baixas, é razoável pretender que gradualmente o MP assi-

mile as linhas fundamentais da prova nele produzida e das questões jurídicas por essa prova suscitadas.

O mesmo raciocínio, com melhores motivos, pode ser trasladado para as ações penais com respeito aos Promotores e Juízes que nelas funcionem. O oferecimento da denúncia, o interrogatório do acusado, as audiências em que se ouvem as testemunhas, a prova produzida pela defesa, as peculiaridades do caso, tudo isso representa, para o Promotor de Justiça e para o Magistrado, uma gradual dominação da substância do processo, que facilitará enormemente a formação de sua convicção (alegações finais para o MP, sentença para o juiz).

Assim consideradas as coisas, é inegável que a **rotatividade** de Promotores de Justiça e de Magistrados (referimos, é claro, aos juízes-auxiliares) funciona como fator de congestionamento da justiça criminal, uma vez que todo o episódio de assenhramento do processo (e, no caso do MP, também do inquérito) deverá ser **repetido**, tantas vezes quantas seja substituído o Promotor de Justiça ou Magistrado.

Infelizmente, a urgência com que se organizou o questionário aplicado não permitiu submeter a teste essa hipótese.

Também a celeridade com a qual o presente trabalho se efetuou impediu que dois outros problemas fossem devidamente aprofundados.

O primeiro diz respeito à requisição de réus presos. Sabe-se que o réu tem o direito de assistir aos atos de instrução de seu processo (auto-defesa). Um levantamento, que infelizmente não foi aqui realizado, acerca do número de audiências adiadas por não ser apresentada o réu certamente daria resultados elevadíssimos. O sistema de comunica-

ção entre o juiz criminal e o Departamento do Sistema Penitenciário da Secretaria de Justiça estaria assim a merecer uma reavaliação, que considerasse inclusive o próprio canal (tudo é feito por ofícios, com a sequela de anotações, vistos e despachos que se pode imaginar). Um avanço sobre o assunto desaguardaria nos problemas de recursos materiais e humanos que deve afligir o Desipe.

O segundo problema se refere ao esclarecimento da folha penal do acusado. Comumente, o Instituto Félix Pacheco não registra o destino do processo anterior, cujo desfecho se deseja conhecer; nesses casos, o cartório deverá oficial à distribuição, obtendo a indicação da vara, e em seguida expedir novo ofício à vara agora conhecida, para obter a desejada informação. Se tudo correr bem, **são dez dias consumidos em obter uma informação interna ao sistema judiciário.** O mais primitivo computador teria condições de responder a tal indagação em alguns segundos.

V

Para os fins do presente trabalho, foi elaborado um questionário a ser respondido pelos Juízes, Promotores de Justiça e Defensores Públicos em exercício nas vinte varas criminais identificadas no item I.

O questionário, cujo modelo vai anexo ao presente, era constituído por 40 perguntas, das quais 9 deveriam ser respondidas indiscriminadamente (qualquer que fosse a qualidade funcional do respondente), 13 se dirigiam apenas aos Juízes, 9 apenas aos Promotores de Justiça, e 9 aos Defensores Públicos.

Além do fornecimento de informações quantitativas sobre volume do serviço judiciário, prática de certos atos pro-

cessuais e recursos humanos disponíveis, procurava-se obter a opinião desse grupo profissional altamente qualificado para depor a respeito dos fatores que comprometeriam o desempenho da justiça criminal.

Por outro lado, através de determinadas questões, tentava-se averiguar em que medida Juízes, Promotores de Justiça e Defensores Públicos estariam receptivos ao advento de posições legais altamente descongestionantes do sistema (oportunidade da ação penal, soluções de absolvição no estado da lide, oralidade processual, desjudicialização dos casos de usuários de tóxicos, etc), porém mal vistas por certa ótica conservadora.

Na maior parte das questões, deixava-se uma alternativa em aberto, com o objetivo de colher a opinião pessoal do respondente acerca do problema de que se cogitava.

A maior parte das tradicionais hipóteses acerca de disfunções na justiça criminal era por igual tentada: (in) suficiência do número de varas, (im)possibilidade de serem cumpridos os prazos processuais, (in)suficiência do trabalho da polícia, (in)capacidade funcional do cartório, etc.

Infelizmente, dos sessenta questionários remetidos, apenas vinte e seis foram devolvidos. Este fato pode em parte ser atribuído ao tempo exíguo de que dispunham os respondentes, em parte à falta de hábito de participar dessa espécie de empreendimento.

VI

Cabem inicialmente algumas observações que demarcam os resultados obtidos e sua análise. Dos 60 questionários enviados a 20 varas criminais da cidade do Rio de Janeiro, foram respondidos

43% (26 questionários). Este índice é menor do que aquele que normalmente se obtém em pesquisas deste gênero. Este número adquire significado menor ainda se levarmos em conta que, na realidade, foram 23 os respondentes (e não 26) pois um defensor público respondeu a três questionários (por acúmulo de funções em 3 varas) e um promotor respondeu a dois (também por acumular funções em 2 varas). Este fato só interfere nos números obtidos quanto às opiniões predominantes entre os defensores públicos e promotores respectivamente, sem diminuir o peso das informações que se referem ao desempenho médio das varas examinadas.

Do total de 20 varas, obtivemos informações acerca de 16. Teria sido interessante comparar as informações provenientes de uma mesma vara acerca do seu funcionamento, fornecidas pelos profissionais que aí exercem as diferentes funções (magistrado, promotor, defensor público). Infelizmente, foram apenas 7 as varas em que pelo menos dois de seus profissionais atenderam à pesquisa. Não seria suficiente o número para que o resultado fosse significativo.

Quanto ao número relativamente alto de não respostas (57%), algumas hipóteses podem ser levantadas. É verdade que o curto prazo para entrega dos questionários (devido à premência do tempo para a elaboração deste trabalho) poderia, por um lado, explicar este resultado. Lembra-se ainda que o grupo pesquisado reclama constantemente da pouca disponibilidade de tempo para o desempenho de suas funções. Um dos respondentes — juiz — assinalou que o volume de serviço impedia "uma pesquisa mais apurada" quanto ao seu trabalho, e o "estudo de novas publicações". Deve-se,

entretanto complementar que nem todos os questionários foram entregues pessoalmente.

Uma primeira linha de explicação para o número de respostas estaria vinculada ao hábito pouco frequente dos profissionais que militam na justiça de analisarem com maior profundidade questões relacionadas com sua profissão ou atuação. Esta aparente dificuldade se revelou em pesquisas realizadas anteriormente. Em uma delas, a autora observava que recorria à técnica de entrevistas pessoais (técnica de maior pressão frente ao entrevistado) já que a obtenção de respostas era mais difícil quando aplicado o questionário. Mesmo assim, naquela pesquisa sobre população de 38 juízes, 9 se negaram a colaborar, e as entrevistas só foram realizadas após a 2ª ou 3ª tentativa.

Talvez, por um lado, a prática forense, fundamentalmente empírica e que requer resultados imediatos, e a formação eminentemente técnico-dogmática desses profissionais sejam responsáveis pela aparente relutância no questionamento de problemas cuja solução, no entanto, esses mesmos profissionais reivindicam constantemente.

Em segundo lugar, embora nos países mais desenvolvidos, pesquisas em sociologia do direito sejam desenvolvidas de forma séria e incentivadas até pelo governo, no Brasil este tipo de estudo é pouco considerado nos meios jurídicos. Observa-se, a respeito de questões criminológicas de grande repercussão atualmente, hipóteses elaboradas sem nenhuma fundamentação científica passarem da categoria de meras suposições à de assertivas largamente aceitas sem qualquer preocupação com sua veracidade. Sem a menor dúvida, a vivência diária no foro possibilita uma visão

aproximada da situação real da justiça. Porém, a imagem fornecida por uma empiria sem a utilização dos necessários e competentes elementos científicos pode ser distorcida (pelo caráter emocional e pessoal que comporta) e não corresponder à realidade no seu conjunto.

A crise da administração da justiça, fenômeno que está a exigir urgentes providências, é, por exemplo, um tema em torno do qual circulam inúmeras hipóteses, possivelmente verdadeiras; no entanto, pessoas não se dedicaram a comprovar empírica e cientificamente os fundamentos de suas afirmações.

Dos 23 respondentes, 11 eram magistrados, 8 promotores e 4 defensores públicos. Como foi enviado igual número para os representantes de cada uma dessas funções, cabe a suposição de que, entre as categorias questionadas, os magistrados sejam aqueles que mais refletem sobre o desempenho da justiça criminal, e os defensores públicos aqueles que menos se preocupam com este problema. Isto talvez esteja relacionado com o significado e toda a simbologia atribuída a cada uma dessas funções e internalizada pelo profissional que a desempenha. A auto-imagem que o juiz possui e a importância que atribui à sua função como árbitro final nos conflitos sociais o leva provavelmente a pensar com maior frequência sobre o funcionamento da justiça, por cuja administração é um dos responsáveis. A função de defensor público, tal como é vista tradicionalmente pela comunidade (talvez inclusive nos meios jurídicos) não tem a mesma proeminência que a função de magistrado ou mesmo que a da promotoria. Se houvesse um vínculo mais estreito entre o defensor público e o réu seu "cliente", os compromissos expressos por esse vínculo poderiam substituir a menor valoração

que se atribui de forma genérica à defensoria pública. Porém o defensor não se vê pressionado — ou vinculado — nem pelo peso e responsabilidade do cargo ocupado (a imagem comumente difundida de suas responsabilidades parece ser menor que a do juiz) nem pelo compromisso assumido com o cliente (caso do advogado contratado). Dessa forma, pareceria que as questões relacionadas com a administração da justiça estariam situadas mais distantes de sua problemática pessoal, comparativamente com a posição do magistrado.

Evidentemente, essas hipóteses aqui esboçadas necessitariam um estudo mais profundo, que não faz parte dos objetivos dessa pesquisa.

VII

Analisaremos, no presente tópico, as respostas compreendidas na parte do questionário comum a magistrados, promotores de justiça e defensores públicos.

Dos respondentes, 50% consideraram insuficiente o atual número de varas criminais (13 respostas), sendo que 19% consideraram suficiente desde que se criassem varas especializadas para matérias visivelmente congestionantes (trânsito, tóxicos), e desde que mais de um juiz e um promotor estivessem em exercício conjunto permanente.

Para a maioria dos consultados (63%), os prazos do processo ordinário do Código de Processo Penal não podem ser normalmente cumpridos; 26% admitem que os prazos possam ser cumpridos nos casos de réu preso.

Metade da população examinada se mostrou favorável à oralidade no processo penal; neste quesito, enquanto a tota-

lidade dos defensores públicos respondentes se manifestava a favor, houve certa divisão de opinião entre juizes e promotores, com predominância da opinião favorável (3x2, 4x3).

Algumas questões procuraram investigar a receptividade dessas categorias profissionais com respeito a determinadas medidas em torno das quais há grande controvérsia opinativa, porém cujo caráter descongestionante é de primeira evidência. Elegemos o princípio da obrigatoriedade da ação penal, a desjudicialização do tratamento legal dos usuários de tóxicos, e a experiência de absolvições liminares e arquivamentos em delitos de circulação.

Sobre a obrigatoriedade da ação penal, verificou-se grande dispersão. Para 10 respondentes (38%), a obrigatoriedade deveria aplicar-se só a delitos graves: 8 (31%) foram favoráveis sem restrições ao princípio da obrigatoriedade, e 8 (31%) opinaram por sua substituição pela oportunidade. Interessa especialmente aqui a visão dos promotores de justiça, e verifica-se perfeita divisão entre os 9 consultados (3, 3, 3).

As soluções de absolvição liminar e arquivamento em delitos de circulação, já bastante disseminadas na prática forense, polarizaram as opiniões: nada menos que 24 (96%) respondentes manifestaram-se a favor, e apenas 2 (4%) contra. Essas duas opiniões divergentes partem de membros do Ministério Público.

Quanto à desjudicialização do tratamento legal dispensado a usuários de tóxicos, observe-se que não foi quesitada aos defensores públicos. Isso reduz a população a vinte pesquisados. Desse, 65% (13) apoiariam a proposta, e 35% (7) não a apoiariam. Uma observação importante de um dos consultados

refere que a decisão a respeito da própria natureza do caso (ou seja, se realmente se trata de um puro usuário) deveria ser judicial. Anote-se que os juizes se manifestaram preponderantemente favoráveis (82%), enquanto que os promotores se dividiram a respeito.

Esses resultados, de modo geral, (cf. quadros 2, 3 e 4), indicam que os magistrados de primeiro grau de forma nítida, e apreciável parcela dos promoto-

res de justiça, estão predispostos a modificações processuais que signifiquem a agilização do procedimento (tipo julgamento no estado da lide, quando possível a absolvição), a depuração qualitativa dos processos criminais (princípio da oportunidade), e o desvio para outras instâncias do tratamento legal de certos grupos de casos aos quais pouco pode oferecer a justiça criminal (puros usuários de tóxicos).

Opinião sobre obrigatoriedade da ação penal

	Juiz	Promotor	Defensor público	Total
favorável sem restrições	5	3	—	8
deveria ser aplicado só a delitos especialmente graves	4	3	3	10
Deveria ser substituído pelo princípio da oportunidade	2	3	3	8
Total	11	9	6	26

QUADRO 2

Opinião sobre absolvição liminar ou arquivamento

	Juiz	Promotor	Defensor público	Total
a favor	11	7	6	24
contra	—	2	—	2
Total	11	9	6	26

QUADRO 3

Opinião sobre Desjudicialização				
	Juiz	Promotor		Total
favorável	9	4		13
desfavorável	2	5		7
Total	11	9		26

QUADRO 4

No que diz respeito à apreciação do trabalho da polícia, 53% (14) dos pesquisados consideraram que o desempenho policial é regular, sendo que dentre aqueles que acham ruim a atuação policial 50% eram defensores públicos, e entre estes só 1 não considerou ruim.

63% da população examinada considerou que um melhor desempenho policial teria efeitos sobre o descongestionamento dos trabalhos judiciais. Dentre os 37% que consideraram que seria indiferente, apenas um era Promotor de Justiça, e certamente a opinião do Ministério Público possui, a propósito, maior peso.

Sobre a questão dos serventuários da justiça, não houve consenso em torno de uma posição. A resposta predominante refere-se ao fato de sofrerem aqueles servidores do mesmo problema de volume de serviço (31% — 8 respostas).

A pergunta de nº 9 apresentava algumas alternativas de soluções, desde uma puramente morfológica (aumento do número de varas), uma conformista (base racionalizar o que existe) e uma refor-

mista (reforma do processo penal). Ao contrário do que se poderia supor, pelos resultados obtidos em respostas anteriores já analisadas, 53% dos respondentes manifestaram-se a favor do simples aumento do número de varas e da regionalização, e 27% acharam que além desta providência deveria se proceder à reforma do processo penal.

VIII

A seguir examinaremos as respostas referentes às perguntas elaboradas exclusivamente para os magistrados.

Houve unanimidade (100%) em que o volume de serviço interfere na qualidade das sentenças prolatadas, o que significa, ao cabo, que julgar muito e julgar bem são termos quase inconciliáveis. Curioso observar que igualmente a unanimidade dos promotores de justiça (100%) afirmaram que também a qualidade de suas promoções vê-se prejudicada pelo volume de serviço. Este fato representa que quando se versa o problema do congestionamento da justiça, na verdade se está tratando da própria qualidade deste serviço.

Sobre o número de sentenças, 73% dos juizes proferem entre 50 a 80 por mês. Nenhum profere menos de 50, e 27% proferem entre 80 e 100.

Se observarmos que o número médio de inquéritos novos distribuídos por mês, para essas varas gira em torno de 90, se perceberá uma acumulação mensal crescente de inquéritos, estimável em aproximadamente 30, pela diferença entre o **input** (inquéritos distribuídos) e o **output** (sentenças proferidas).

O produto residual dessa situação é um alarmante acúmulo de processos. Uma vara criminal da justiça de primeira instância no Rio de Janeiro possui em média, 506 ações penais em andamento, e 1.686 inquéritos policiais não resolvidos (que poderão converter-se em ações penais, ou serem arquivados). Estas cifras foram obtidas da média aritmética de respostas fornecidas ao quesito de nº 18 do questionário, e podem estar sujeitas a um **bias** na medida em que apenas ou preponderantemente juizes de varas bastante sobrecarregadas hajam respondido ao quesito.

De qualquer maneira, vejamos os recursos humanos de que dispõem as varas para o atendimento burocrático dessa impressionante quantidade de processos.

Uma das perguntas formuladas, indagadora sobre a atuação dos serventuários da justiça, não obteve consenso em torno de uma única resposta. As opiniões variaram desde a afirmativa de que aqueles poderiam ser melhor adestrados até a observação de que lhes falta incentivo pela péssima remuneração. A categoria que alcançou maior número de respostas foi aquela que afirmava que os serventuários sofrem o mesmo problema

que os demais funcionários da justiça no que diz respeito ao volume de serviço (31%). Dentre as poucas pessoas que consideraram terem aqueles funcionários, de forma geral, preparo suficiente para suas funções (4), três pertenciam à defensoria pública.

Pode-se dizer, pelos dados obtidos, que as varas criminais possuem, normalmente entre 3 (55% das respostas) a 4 (45%) oficiais de justiça para execução dos mandados. Se se levar em conta que são expedidos uma média de 120 mandados por mês, teremos que cada oficial de justiça deve cumprir de 30 a 40 mandados, além de suas atribuições internas (pregões, etc.). Essa situação conduziu à solução prática das intimações pelo correio, que, se obtêm êxito, levam à intimação pessoal pela vinda do intimado ao foro, e se não obtêm êxito, levam ao adiamento da audiência.

Das varas criminais examinadas, 36% (4) possuem de 4 a 6 escreventes, e 27% dos cartórios dispõem de 2 a 4 desses funcionários, ou seja, 63% possuem entre 2 e 6. Isto significa, portanto, tomando-se como base de cálculo o número máximo (6), que cada escrevente tem teoricamente sob sua responsabilidade, se feita uma homogênea divisão dos processos, 84 ações penais e 281 inquéritos policiais.

Ao contrário do que se poderia supor, a designação de audiência mais futura situa-se preponderantemente entre 2 e 4 meses (4). Em um caso, essa designação ultrapassava 6 meses (junho de 1.979).

Em dias de sumário, um juiz criminal normalmente ouve de 15 a 20 testemunhas, sendo que os magistrados consideram como adequado, prevalentemente (54%), entre 10 a 15. Veja-se, com

pormenores, o quadro 5. Apesar disso, os juízes pesquisados não têm o hábito de ler o depoimento policial antes de inquirir a testemunha, como supúnha-

mos fosse, relacionando a criticável prática com o volume de pessoas a serem ouvidas.

Sobre inquirição de testemunhas		
	nº ouvido	nº adequado
menos de 5 testemunhas	—	1
5 a 10 testemunhas	2	1
10 a 15 testemunhas	2	6
15 a 20 testemunhas	6	2
mais de 20 testemunhas	1	—
não responde	—	1
Total	11	11

QUADRO 5

A remessa de laudos e folhas penais pelos institutos técnico-policiais respectivos é sempre um fator de retardamento processual, observado pelos magistrados respondentes (cf. quadro 6).

Tempo despendido para remessa de laudos e folha penal		
	Laudos	Folha Penal
Menos de 1 mês	2	2
1 mês a 2 meses	3	3
2 a 4 meses	2	2
4 a 6 meses	—	—
mais de 6 meses	1	—
não responde	3	4
Total	11	11

QUADRO 6

Dos 11 juízes que responderam ao questionário, 100% se manifestaram favoravelmente à especialização na carreira, sendo que um deles com a restrição de que isso não se desse ao início dela.

Nos últimos doze meses, 82% desses juízes não haviam acumulado qualquer outro exercício ao da vara criminal; tal fato se passara com um deles, por 4 meses, e com outro por 6 meses.

IX

Dos promotores de justiça entrevistados, 55% responderam que oferecem por mês 20 a 25 denúncias, sendo que 2 oferecem mais de 40. Dentre esses respondentes, 66% requerem o arquivamento de 20 a 40 inquéritos policiais. Observa-se que 2 costumam requerer mais de 40 arquivamentos. As cifras se elevam astronômicamente quando se trata de atendimento de baixas de autos solicitadas pela autoridade policial (cf. quadro 7).

Número de inquéritos com pedido de baixa da autoridade policial, deferido pelo MP	
menos de 100 inquéritos por mês	—
100 a 200 inquéritos por mês	2
200 a 300 inquéritos por mês	1
300 a 400 inquéritos por mês	9
acima de 400 inquéritos por mês	3
Total	3

QUADRO 7

O volume de serviço representado por essa absurda carga de leitura obrigatória tem como efeito a limitação da participação do promotor de justiça nas audiências. Com efeito, 88% deles só participam da audiência de julgamento e algumas outras especialmente graves.

Era uma hipótese cara para nós a de que, por se ressentirem as promotorias de justiça e as defensorias públicas da falta de infra-estrutura humana, convertam-se elas em fatores congestionantes na

medida em que todas as suas iniciativas se concretizem através dos serviços judiciários, com ocupação de espaço funcional judiciário. O teste desse aspecto foi realizado com os defensores públicos, e já será apreciado.

Com respeito aos promotores de justiça, verifica-se que dos 9 respondentes 8 (88%) consideraram que seria excelente, com diretos reflexos na produtividade, se dispusessem de um ou dois funcionários para o cumprimento de diligências

(obtenção de documentos, laudos, informações, etc.); sobre uma secretária-datiógrafa que lhes preparasse materialmente peças processuais (denúncias, alegações, razões de recurso, etc.), apenas 5 (55%) acharam que sua produtividade funcional aumentaria **consideravelmente**; os restantes 4 (45%) julgam que a produtividade melhoraria **um pouco**.

Dos 9 respondentes, apenas 1 havia, nos últimos doze meses, acumulado funções em outra vara.

X

As vicissitudes decorrentes do congestionamento da justiça criminal de primeira instância na capital produzem importantes efeitos na área da defensoria pública.

Nas seis defensorias públicas pesquisadas, encontra-se um número médio de clientes da ordem de 100. Isso representa o oferecimento mensal de 25 a 30 defesas prévias, e de 20 alegações finais, bem como a intervenção em 11 audiências de julgamento, com apresentação de razões orais, por mês. Deve ser levado em consideração que na verdade o número de clientes da defensoria pública exprime uma certa proporção com o volume de processos em andamento, e assim tende a elevar-se na medida em que, da defasagem entre **input** e **output** já referida, subsiste um resíduo que progressivamente se engrandece.

Para auxiliá-los em suas tarefas, dispõem os defensores públicos apenas dos estagiários submetidos a sua orientação, em número médio de 7.

Ao invés do que era nossa hipótese, quando os defensores públicos respondentes pretendem produzir prova relacionada a outro processo em curso, pedem a estagiários que localizem o processo (50%) ou vão pessoalmente (50%). Nossa hipótese era de que requeressem ao juiz.

Entretanto, quando desejam se entrevistar com seus clientes, invariavelmente (100%) requerem que o juiz o requisite, o que constitui ocupação de espaço funcional judiciário. Deve ser consignado aqui que a presente observação não intenta senão concluir pela necessidade de, seja aparelhando-se as defensorias, seja evitando-se as implacáveis acumulações, fazer com que a louvável iniciativa desses abnegados advogados em se entrevistarem com os réus presos não exprima um **plus** de congestionamento (que, entretanto, neste caso, se vê como mal menor do que a ausência de qualquer entrevista).

No último período de doze meses, 50% dos respondentes haviam acumulado funções por 10 meses, e 50% por todo o período. Essas acumulações foram de 2 e de 3 varas criminais, na mesma proporção de 50%.

AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA

FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO

SUMÁRIO: I — Considerações Gerais; II — As Condições de Procedibilidade; III — Titularidade; IV — Oferecimento; V — Forma; VI — Decadência; VII — Retratabilidade; VIII — Ação Penal Condicionada pela Pobreza; IX — A Representação e a Revogada Súmula nº 388 do Supremo Tribunal Federal.

I — CONSIDERAÇÕES GERAIS:

O Estado é o titular do direito subjetivo penal, vale dizer, a ele pertence, exclusivamente, o **jus puniendi**.

Tal direito, todavia, não encontra exercício discricionário ou arbitrário.

Não pode ser exercido discricionariamente porque, por vigor, no tocante à matéria, o princípio da obrigatoriedade de exercício, não cabe ao Estado julgar da conveniência ou oportunidade de aplicar a pena, abstraindo as normas penais que a fixam.

O direito estatal de punir, desta sorte, erige-se como direito-dever, sem azo à disponibilidade (Difere substancialmente o princípio da obrigatoriedade de exercício do **jus puniendi** do princípio da legalidade da ação penal. Com efeito, no da ação penal, é ele a regra, comportando exceções — princípio da oportunidade — como sói acontecer na ação penal privada.

Contudo, no atinente ao direito de punir sua obrigatoriedade emerge como regra absoluta, sem exceções, eis que, mesmo nos casos de ação penal informada pelo princípio dispositivo ou da oportunidade — ação privada —, uma vez exercido o direito de ação, ao Estado é vedado deixar de usar do **jus puniendi**).

De outro lado, o direito de punir estatal encontra limitações à sua atuação, que, portanto, jamais arrima-se arbitrária, ao livre alvedrio do titular do direito penal subjetivo.

De feito, o próprio Estado auto-limita o direito de que é titular; e o faz através de um de seus poderes (o Legislativo), ao ditar as leis penais.

O direito de punir existe em razão da previsão legal de um crime a que se comina uma pena, procurando-se, com seu exercício, a aplicação dessa sanção pela prática do fato delituoso.

Dessa forma, o direito penal subjetivo encontra limitações e remanesce circunscrito ao direito penal objetivo, **id est** às normas penais traçadas pelo próprio Estado em obediência a postulado básico e fundamental do Direito Criminal, qual seja o princípio da reserva legal ou da anterioridade da lei penal ao fato (**nullum crimen, nulla poena sine praevia lege**).

O **jus puniendi**, constituindo direito de alcance limitado, não pode extravasar ou transbordar a órbita penal substantiva, que se apresenta como a seara de atuação do referido direito.

Porém, enquanto não cometido um fato definido na lei penal como crime, remanesce em ângulo sombrio, em estado latente, o direito de punir estatal.

EX FACTO ORITUR JUS

Portanto, perpetrado um fato delituoso, remarca PESSINA, "o dever de punir do Estado sai de sua abstração hipotética e potencial para buscar existência concreta e efetiva"¹.

É inexistente, no entanto, reação imediata do Estado, pela aplicação da pena, frente ao ilícito penal trazido à realização. Como observa JOSÉ FREDERICO MARQUES, citando HENRY ROTTSCHAEFER, "impossível é a adoção do **bill of attainder** ou ato legislativo com que se inflige pena sem processo judicial, instituto ignominioso que outrora larga aplicação teve na Inglaterra"².

De tal arte, cometido um crime, a sanção penal não encontra margem à imposição instantânea ou auto-executoriedade.

Para que se outorgue ensanchar à aplicabilidade da pena, é mister resulte demonstrado que a tipicidade do fato não é apenas aparente e que o mesmo se reveste de ilicitude, tendo sido perpetrado por agente culpável.

Sem que o fato seja típico, antijurídico e culpável não há guarida à aplicação

de qualquer penalidade restritiva do **jus libertatis** do indigitado autor de um fato aparentemente delituoso.

Imprescindível é, dessarte, que cometido um fato definido na lei penal como crime, perquirir-se de sua integral tipicidade, pela ocorrência de todas suas circunstâncias elementares ou constitutivas; indague-se, após verificada a adequação típica, da antijuridicidade do proceder do sujeito ativo e de sua culpabilidade, sem o que o exercício imediato do direito de punir propiciaria situações injustas, por realizado apressadamente e sem prévia verificação do concreto desenrolar dos fatos.

Iniludível é, assim, que, praticado um fato aparentemente típico, há de buscar-se a verdade real relativamente à perpetração do mesmo, para que, somente após encontrada mencionada verdade, pelo levantamento de todas as circunstâncias que cercaram o proceder de seu autor, tenha cabimento a aplicação da pena.

Dessa forma, preciso é que o Estado demonstra que o **jus puniendi**, de que abstratamente é titular, tem efeito operante, de forma concreta, frente a dado caso.

Há de existir, portanto, um procedimento preliminar à aplicação da pena, intermediário entre o cometimento do delito e esta e que colime a busca da verdade real.

Dai emergir o princípio **nulla poena sine judicio**, que traz para o Estado, como corolário lógico de seu direito de punir, o **jus perseguendi** ou **jus persecutionis**, que tem por desiderato, com a instauração da persecução penal, levantar todas as circunstâncias que informaram o delito e levaram seu agente ao cometimento.

Definindo os crimes, a cada um deles fixa o Estado (Legislativo) uma pena, determinando a relação ideal entre o preceito primário e o preceito secundário (**sanctio juris**) da norma penal.

A persecução penal visa, na expressão de LUCCHINI, coordenar a lei abstrata e o fato concreto, procurando tornar real a relação ideal abstrata estabelecida entre o crime e a pena³.

Atento aos postulados do princípio da reserva legal e **nulla poena sine judicio**, e usando do **jus perseguendi** ou **jus persecutionis**, direitos que fluem daqueles e do **jus puniendi**, o Estado instaura a persecução penal, que apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o do processo penal.

Tem berço a **persecutio criminis** com a simples notícia do delito.

A persecução penal, desta sorte, inicia-se de forma singela e sucinta em sua fase investigatória, onde tem nascedouro a **informatio delicti**, destinada a averiguar se, em tese, desenha-se o cometimento de um fato típico.

O inquérito policial, de rigor, é a peça que dá corpo às investigações efetivadas nesse primeiro momento da **persecutio criminis**; é o continente que materializa as investigações policiais realizadas.

Finda a fase investigatória, de natureza administrativa-policial (de regra), alda sem forma ou figura de juízo, e vislumbrada a tipicidade em tese do fato a uma determinada norma penal, tem início a segunda etapa da persecução estatal ao agente do delito, a fim de que, eventualmente, imponha-se-lhe uma pena.

3. Apud Walter P. Acosta, **O Processo Penal**, ed. do Autor, 1971, 8.ª edição pg. 141.

É oferecida então a ação penal, que instaura o processo-crime competente, tornando assim mais robusta a **persecutio criminis**, emprestando-lhe novo e mais forte impulso.

A ação penal é o momento da persecução do crime pelo qual cristaliza-se e toma corpo a acusação contra seu autor ou agente.

Com ela instaura-se o processo penal, inicia-se a instrução judicial contraditória e invoca-se a aplicação da pena, se verificada a procedência da acusação em face da verdade real.

DE MARSICO define a ação penal como o "direito (não potestativo) do Estado de pedir ao Juiz a aplicação da lei penal, para a atuação do seu poder-dever de punir"⁴.

Não difere do conceito supra o de MASSARI: "a ação penal é a invocação que se faz ao juiz para que apure e verifique se a acusação é fundada e, consequentemente, imponha a pena"⁵.

Como obtempera TUOZZI, "a ação penal é o princípio, a força motriz e a alma de todo o processo"⁶ — eis que sem ela este não existiria, posto que aquela é sua peça vestibular ou inicial.

A ação penal, via de regra, por os fatos delituosos ofenderem bens sociais, que ao Estado interessa preservar, e por atentarem contra a ordem pública, tem

4. Apud Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, **Processo Penal**, Saraiva, 1952, pg. 153.

5. Apud Espínola Filho, **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, ed. Freitas Bastos, 1943, vol. I, pg. 303.

6. Apud Espínola Filho, ob. cit., pg. 302.

1. Apud J. Frederico Marques, **Elementos de Direito Processual Penal**, Forense, 1961, vol. I, pg. 129.

2. Ob. cit., pg. 190.

sua titularidade afeta ao próprio Estado, que a exerce através do Ministério Público. Daí dizer-se ação penal pública.

No entanto, por vezes, o crime trazido à realização, a par de lesar interesses sociais, fere também interesses individuais, de forma tal que, em dados casos, a persecução penal de tais delitos vulneraria mais sua própria vítima do que a punição de seu ofensor.

Em casos tais (excepcionais, diga-se de passagem), o Estado atenua ou ameniza (jamais renuncia) o **jus persecutio-**nis a ele conferido, para atribuir seu exercício inicial ou quase total, dada a hipótese, à vítima do fato delituoso.

O **streptus judicii** ou **streptus fori**, isto é, a repercussão do fato face ao caráter publicístico da ação e processo penais, poderá ser mais prejudicial à vítima do crime do que a persecução penal de seu autor. Como enfatizou o saudoso NELSON HUNGRIA, "em certos casos, a ofensa é como imundície de gato: quanto mais revolvida, mais fétida"⁷.

Por essas razões, o Estado sopesa seu interesse ao do particular, subordinando aquele a este, em determinadas hipóteses, de maneira mais ou menos intensa, conforme tonalize-se mais ou menos robusto o interesse individual da vítima ou de seus familiares na persecução ou não do autor do delito.

Dada a intensidade do interesse particular, o Estado abre mão da persecução penal, para condicionar o início de seu exercício a provocação prévia da vítima (ação penal pública condicionada) ou para outorgar-lhe a quase totalidade do **jus persecutionis** (ação penal privada). Nes-

sa última hipótese, porém, não há renúncia estatal à persecução aludida, eis que ao Estado cabe, através do representante do Ministério Público, aditar a queixa-crime, recorrer... Aí ocorre, apenas, mera amenização do **jus persequendi**, de que a parte ofendida tem, entretanto, disponibilidade.

Severas e contundentes críticas têm sido apresentadas à ação penal privada, no que atine com sua denominação e outorga do direito de sua propositura à vítima.

A ação penal privada, ressaltando-se evidente, como a ação civil, é sempre um direito público subjetivo e abstrato, pelo que doutrinadores de renome e escol têm se insurgido quanto à denominação ação penal privada.

De feito, a ação penal (toda ela, qualquer que seja sua natureza) objetiva obter a tutela jurisdicional do Estado e a aplicação da pena, funções eminentemente estatais e, portanto, públicas.

Em tal conjuntura, a ação penal, mesmo a privativa do ofendido, possui natureza pública. Melhor seria, dessarte, como recomenda VICENTE DE AZEVEDO⁸, fosse tal modalidade de ação denominada ação penal de iniciativa privada.

Insta acentuar-se, apenas, com CANUTO MENDES DE ALMEIDA, "que os qualificativos pública e privada ligados à ação levam o espírito, não raro, a confusões que é preciso evitar; são conceitos ambíguos que se respeitam menos por adequados do que pelo valor técnico que a prática lhes dá"⁹.

De outra parte, autores de peso têm se levantado, como FERRI, POZZOLINI e CARRARA a conferir-se o direito de queixa (ação privada) à vítima e seus familiares, entendendo que tal não condiz com os princípios norteadores do Direito e Processo Penais, vez que compactuar-se-ia, assim, com a vingança privada, dentre outros inconvenientes.

Não obstante, como lembra a doutrina GIULIO BATTAGLINI, "De um modo geral, o Instituto da querela apresenta inconvenientes, os quais se encontram também nos crimes perseguíveis de ofício. Qualquer instituto jurídico apresenta inconvenientes, na prática, e pode dar lugar a manejos imorais. É que a justiça, por fatalidade humana, não pode deixar de ser limitada e imperfeita. No balanço das vantagens e desvantagens, porém, o instituto encontra a sua justificação e, assim, não pode ser condenado por amor de um princípio"¹⁰.

Também pela conveniência da ação privada propugna MAGALHÃES NORONHA. Disserta o eminente mestre que "a prática mostra que, nos delitos de ação privada, é, quase sempre, imprescindível, para a prova, o concurso do ofendido, de modo que se ele não quer auxiliar ou ajudar o Ministério Público, o processo está fadado ab initio a fracassar, para gáudio do denunciado e maior dano — advindo da publicidade da ação — para aquele. Justifica-se, pois, a exceção da ação privada"¹¹.

Não cabe no presente trabalho, todavia, por refugir ao objetivo traçado para o mesmo e ao seu âmbito, a dis-

cussão dos temas da denominação e conveniência ou não da ação penal privada.

Saliente-se, tão só, que a ação de que ora se trata (conveniente ou não) distingue-se da ação penal pública (condicionada ou não) unicamente pela pessoa que as subscreve, pela pessoa física de seu titular. Constitui ela, dessa forma, mero caso de substituição processual, com sua privacidade marcada, apenas, pela pertinência subjetiva da ação.

Da ação penal pública condicionada é que cabe aqui agora tratar, **id est** da ação penal que ao ofendido ou seus familiares, dada a menor intensidade do interesse particular, é conferido, tão somente, o direito de impulso inicial à **persecutio criminis**, ficando esta, após provocada pelos interessados, a cargo único e exclusivo do Estado.

A ação penal pública condicionada não pode ser exercida, portanto, enquanto não satisfeita a condição de procedibilidade que lhe outorga azo: a representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça, conforme o caso.

Quando a ação for condicionada à representação ou requisição, ou for privativa do ofendido, norma expressa penal di-lo-á. Sim, porque, excepcionais que são os aludidos tipos de ação penal, crível é que explicitamente se deve declarar quando as mesmas têm cabida, eis que é regra de hermenêutica que as exceções devem ser expressas. Nem outra interpretação sugerem o artigo 24 do Código de Processo Penal e o artigo 102 do Código Penal, editando que a ação penal sempre é pública, salvo quando a lei expressamente declarar que a mesma é privativa do ofendido ou dependente de sua representação ou requisição do Ministro da Justiça

7. **Comentários ao Código Penal** (arts. 138 a 145), Forense, 1958, vol. VI, pg. 130.

8. Ob. cit., pg. 162.

9. **Ação Penal**, Saraiva, 1938, pg. 183, nota n.º 89.

10. **Apud** Marcelo Fortes Barbosa, **Ensaio Sobre a Ação Penal**, in *Justitia* 92/97; trecho citado à pg. 107.

11. **Curso de Direito Processual Penal**, Saraiva, 1972, pg. 30.

II — AS CONDIÇÕES DE PROCEDIBILIDADE :

São condições de procedibilidade, condicionantes do exercício da ação penal, como dissemos, a representação do ofendido e a requisição do Ministro da Justiça.

Essa última modalidade de condição de procedibilidade é informada por motivos políticos, impendendo ao Ministro da Justiça julgar da conveniência e oportunidade da persecução penal de certos delitos, a exemplo do cometido contra a honra do Presidente da República ou Chefe de Estado Estrangeiro.

A requisição ministerial dá fulcro à persecução penal, após oferecida, e sua natureza é a de ato administrativo discricionário.

A representação, de outro lado, é, como assinala JOSÉ FREDERICO MARQUES, a delação postulatória do crime, *id est* a *notitia criminis* seguida de requerimento para a instauração da ação penal¹².

Não há confundir-se, todavia, condição de procedibilidade com condição objetiva de punibilidade.

Em Direito Penal corporifica-se escabroso o tema sugerido pelas condições objetivas de punibilidade, que tem dado berço a acesas controvérsias.

Para alguns autores, a condição objetiva de punibilidade é estranha à estrutura tipológica de um delito. Outros preconizam não ser essa circunstância essencial ou indispensável à conceituação das condições objetivas de punibilidade, relevando que situem-se elas alheias ao nexo etiológico de causa e

efeito. Para nós, circunstância objetiva de punibilidade é a elementar ou constitutiva do tipo legal delitivo (portanto neste inserida), que aparentando constituir-se resultado naturalístico do fato delituoso (dessarte, ligada causalmente à ação delituosa) só não assume essa natureza porque desvinculado do elemento subjetivo ou *animus* do agente do crime (por isso é ela condição **objetiva** de punibilidade), que não tem por escopo sua realização com o ato que leva a efeito. Exemplo de condição objetiva de punibilidade se nos antolha na elementar **desde que do fato resulte prejuízo**, constante do tipo legal delitivo inserto no art. 164 do Código Penal (Introdução ou Abandono de animais em propriedade alheia), eis que, constitutiva do delito e consequência direta da ação delituosa (nexo causal), assemelha-se ao resultado naturalístico ou tipológico do crime, só não o sendo porque, como é indene de dúvidas, não se faz integrada no aspecto volitivo ou intenção do sujeito ativo (de fato, se o agente deseja causar o prejuízo, ou se assume o risco do dano, a figura delituosa não mais será a do art. 164, deslocando-se sua adequação típica para o crime de dano — art. 163).

A condição de procedibilidade ou processualidade, ao revés, nada mais representa que determinado requisito, exigido por lei, para a **instauração da persecução penal** de um crime, e não para a **integração jurídica do delito**. Dessa forma, enquanto a condição objetiva de punibilidade imiscui-se na estrutura tipológica de um crime, portando, assim, natureza eminentemente material, a condição de procedibilidade faz-se estranha ao plano **tipo**, denotando sua natureza processual. Pronunciada, destarte, a diferença entre as aludidas condições.

Frise-se, no tópico presente, que, em crimes de ação penal pública condicionada, é a condição de procedibilidade que outorga ao representante do Ministério Público a **legitimatio ad causam** ativa, pelo que, sua falta, inquina o feito criminal que venha a ser instaurado pela denúncia, tornando-o irritado e, assim, conduzindo o processo a fatal nulidade.

Por derradeiro, resulta forçoso ressaltar que, oferecida a condição de procedibilidade, tal não significa, obrigatoriamente, deva o Ministério Público promover a ação penal, podendo, como é insofismável, requerer o arquivamento da **informatio delicti** que venha à tona com a representação da vítima ou requisição ministerial.

Conforme elucida JOSÉ FREDERICO MARQUES, o Promotor não fica vinculado, inexoravelmente, ao ato de um particular. "A representação — assegura o citado autor — constitui ato postulatório, cuja função estrita consiste em tornar legítima a acusação pública. Sem o pedido que nela se contém, o Ministério Público não pode agir e é mesmo parte ilegítima para propor a ação penal. Mas, se a postulação não o convence, seria contra-senso obrigá-lo a acusar. Figure-se a hipótese de conter a representação uma denúncia caluniosa; não seria absurdo que o Estado fosse encampar um ato que considera penalmente ilícito através do órgão encarregado de exercer o **jus perseguendi** contra os que praticam atos delituosos?... Nem mesmo quando a persecução penal é instaurada mediante requisição do Ministro da Justiça tem o Promotor a obrigação de acusar como muito bem lembrava CESARE CIVOLLI"¹³.

13. Estudos de Direito Processual Penal, Forense, 1960, pgs. 112/3.

Portanto, o oferecimento da condição de procedibilidade, a que se condiciona a ação penal, não acarreta a obrigatoriedade de apresentação da peça exordial do processo-crime. Sem que o representante do Ministério Público forme a **opinio delicti**, por vislumbra o **fumus boni juris** permissivo da denúncia nos fatos que lhe são apresentados, nada obsta requeira o arquivamento da **informatio delicti**, nascida com a condição de procedibilidade ou com ela advinda.

III — TITULARIDADE :

Impende à vítima do delito, quando maior, o oferecimento da representação. É ela seu titular único e exclusivo, salvo quando menor (absoluta ou relativamente incapaz) ou quando já falecida ou declarada ausente por decisão judicial.

Com o falecimento ou declaração judicial de ausência da vítima, o direito de representação transfere-se a seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão (art. 24, § único, CPP).

Essas pessoas, todavia, em se tratando de ofendido maior, somente poderão representar em apresentando, junto com a condição de procedibilidade em pauta, o atestado de óbito da vítima ou certidão de sentença que a tenha declarado ausente (a declaração de ausência da vítima compete ao Juízo Cível; e a sentença tem natureza constitutiva).

A enumeração das pessoas a quem cabe o direito de representação, quando morto ou ausente o ofendido, estabelecida pelo parágrafo único do art. 24 do Estatuto Adjetivo, não é exaustiva e não acarreta exclusividade do direito na medida em que a ordem enumerativa ali foi posta.

12. Ob. cit., pg. 344.

De feito, qualquer daquelas pessoas pode representar, indistintamente, não socorrendo ao agente do delito o desca-so ou desídia de uma delas.

A ordem estabelecida colima, tão somente, regular o direito de representação quando mais de uma daquelas pessoas comparece para o exercer, conforme soa do cotejo do parágrafo único do art. 24 com o art. 36, ambos do Código de Processo Penal, que, embora referindo-se ao direito de querela, analogicamente estendem-se ao de representação.

Não sufragamos, destarte, o entender de BORGES DA ROSA¹⁴, quando assera que a passagem ou preferência do direito de representação, no atinente ao parágrafo único do art. 24 do Código de Processo, não se fará indistintamente a qualquer das pessoas ali enumeradas, porque a mais próxima em grau de parentesco excluirá a mais remota, na ordem em que vem estabelecida.

Opera-se de forma indistinta e sem exclusividade a passagem do direito que se versa. Dessa maneira, se o parente antecedente da vítima não exerce ou não quer exercer o direito de representação, nada obsta a que o façam os parentes subsequentes¹⁵.

ESPINOLA FILHO profliga o entendimento segundo o qual o vocábulo **cônjuge**, empregado no parágrafo único do art. 24, exclui a possibilidade de o (a) concubino (a) apresentar a representação. E, após sublinhar que assim não deveria ser, fundamenta sua opinião: "O

emprego da palavra **cônjuge** é, porém, excludente das ligações extra-matrimoniais, e é uma matéria em que a extensão do preceito acarreta prejuízos à liberdade alheia, pelo que é de ser pros-crita"¹⁶.

Não pensamos conforme o **provento** mestre, entretanto.

De fato, o que releva na questão é que haja (ou tenha havido, antes da morte ou ausência do ofendido) entre vítima e aquele que por ela representa, especial relação de afeição, convívio íntimo e específico interesse de um pela sorte futura do outro. Nesse sentir tem-se orientado a jurisprudência, que vem se tornando iterativa, como logo mais se demonstrará.

Todavia, se o (a) concubino (a) de-sejar representar, não é justo que o faça com a preferência contemplada para o cônjuge no parágrafo único do art. 24, em detrimento dos demais parentes do falecido ou ausente. Nessa hipótese, o (a) amásio (a) cede a preferência de que gozaria o cônjuge para os outros parentes mencionados no dispositivo legal, re-manescendo ele (a) no último plano.

Discordamos também de ESPINOLA FILHO quando assevera que "não está na lei, nem é de ser excluída a intervenção do cônjuge, que estava separado de corpos e mesmo desquitado"¹⁷. No nosso modo de ver, em hipótese tal, não havendo mais convívio entre vítima e seu cônjuge, tendo existido, *ex vi*, da separação, certo desinteresse de um pela sorte do outro, obliterado resta seu direito à representação.

Quando aos demais parentes enumerados, crível é que relevo algum apresen-

ta seja o parentesco legítimo ou ilegítimo e consanguíneo ou civil, adquirindo vulto, tão só, no caso em questão, que vítima e aquele que representa convivam e que um dedique ao outro especial afeição. Com efeito, na hipótese de vítima menor, assim vêm decidindo nossos tribunais, desde que esteja ela sob a guarda de quem representa. **Mutatis mutandis** para o caso de morte ou ausência judicial da vítima, igual entendimento se impõe. Assim, inclusive o parentesco por afinidade, ao contrário do que preconiza ESPINOLA FILHO¹⁸, rende ensejo ao direito de representação.

Ausente a vítima do delito, questão que tem suscitado alguma polêmica é a referente à legitimidade do curador de ausentes para o oferecimento da representação.

ESPINOLA FILHO adere à corrente afirmativa^{18-A}. Nós, no entanto, com HÉLIO TORNAGHI e FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO^{18-B}, dissentimos do categorizado entender do abalizado mestre, posto que a função do curador de ausentes cinge-se apenas aos interesses patrimoniais do desaparecido, cabendo-lhe velar e resguardar seus bens.

Há distinguir-se o direito de representação exercido por outrem, quando falecido ou ausente o ofendido, do direito de representação efetivado com relação a crime de que foi vítima pessoa menor.

Efetivamente, para a morte ou ausência da vítima é expresso o art. 24, parágrafo único, do Código de Processo, estabelecendo a transferência do direito de representação para os parentes do ofen-

dido ali enumerados. Contudo, se a vítima do fato delituoso for menor, a seu representante legal (se absolutamente incapaz o ofendido) ou a seu assistente legal (se relativamente incapaz) cabe exercer o direito de representação (a lei adjetiva penal refere-se, indistintamente, a "representação legal" e "representante legal"; contudo, curial é que o absolutamente incapaz é representado, enquanto que o relativamente incapaz possui a **capitis diminutio** suprida pela assistência legal, que BATTAGLINI denomina, no processo penal, de representação subsidiária e supletiva) (19). Porém, para efeito do exercício da condição de procedibilidade em tela, a representação legal ou assistência da vítima, quando menor, não se confunde com a do Direito Civil (art. 84, C.C.), eis que aqui totaliza-se ela com mais amplitude.

De feito, não apenas os ascendentes ou descendentes, tutores ou curadores legais da vítima menor podem oferecer a condição de procedibilidade em pauta, mas também qualquer pessoa que a tenha sob sua guarda e com quem aquela conviva, como tio, irmão, primo, esposa, avós... e até mesmo quem com ela não guarde qualquer relação de parentesco (padrinho ou madrinha, padrasto ou madrasta, concubino (a)...). O que releva, nesse passo, é que o representante dedique afeição e estima à vítima menor do delito, interessando-se por sua sorte e tendo-a sob sua guarda.

"Nessa expressão **qualidade** não se compreendem unicamente os representantes legais, os pais, tutores e curadores, mas, como bem diz RIVAROLA (**Cód. Penal Argentino**, vol. II, pg. 107), toda pes-

14. **Processo Penal Brasileiro**, Oficina Gráfica da Livraria do Globo — Barcellos, Bertaso & Cia., Porto Alegre, 1.942, pg. 142, vol. I.

15. Magalhães Noronha, ob. cit., pág. 28.

16. ob. cit. pág. 353.

17. ob. cit., pg. 353.

18. ob. cit. pg. 353.

18-A. ob. cit., pg. 352.

18-B. **Processo Penal**, ed. Jalovi, 2ª edição, pg. 271.

19. **Apud J. Frederico Marques, Estudos...**, pg. 158.

soa que tiver sob poder e guarda a ofendida" (Ac. do T. A. do R. G. do Sul, de 30-05-44, na Ap. n.º 4.908, de Montenegro, Rel. Des. CELSO AFONSO PEREIRA) 20.

"De igual forma válida é a representação feita pela pessoa que tem apenas a guarda e a vigilância do incapaz, embora não investida, a qualquer título, da tutela ou curatela legais" (Ac. un. da 2ª Câm. Crim. do T.J.S.P., de 4-10-46, no Rec. Crim. n.º 15.387, de São Roque, rel. Des. VASCONCELLOS LEME, in RT, 165/521) 21.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal tem julgado válidas representações oferecidas por tia (o) da vítima (Rec. Crim. n.º 54.107, rel. Min. VICTOR NUNES LEAL e HC n.º 54.662, rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, j. em 6-8-76 in DJU, pg. 7.717), por padrasto (RTJ 32/109), pelo irmão ou irmã (RTJ 14/306 e 36/82), pelo avô (RHC n.º 48.495, rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO)... 22, em suma, por quem tenha a vítima menor sob sua guarda, com ela convivendo e dedicando-lhe amor, carinho e afeto.

Também já se admitiu válida a representação formulada por quem tinha o menor **temporariamente** sob sua guarda, em em virtude de os representantes legais da vítima (em conformidade com a lei civil) esbarrarem em dificuldades presumidas para o exercício da representação, como, *verbi gratia*, por encontrarem-se em lugares distantes e inacessíveis (cf. RT 235/69; 261/59 e 498/340).

20. In Darcy Arruda Miranda, **Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Penal**, Max Limonad, vol. I, pg. 89, n.º 195.

21. Darcy Arruda Miranda, ob. cit., pg. 192, n.º 324.

22. Cf. Heleno Cláudio Fragoso, **Jurisprudência Criminal**, ed. Borsoi, 1.973, vol. II, pgs. 423/4, n.º 414.

Os representantes legais da vítima menor gozam de direitos autônomos e concorrentes para o oferecimento da condição de procedibilidade em epígrafe, pelo que o direito de um é independente do do outro. Exemplificativamente: Representação. Omissão da mãe da ofendida que não representou no tempo devido. Oferecimento pelo pai, a tempo, tão logo conheceu da autoria do delito. Validade da representação. Cf. acórdão inserto na RT 496/273.

Questão que merece considerada é a referente ao oferecimento da representação pela genitora da vítima menor quando ausente ou omisso o pai da mesma ou quando existente oposição por parte deste Ausente ou omisso o genitor da ofendida, nada impede a presente sua mãe a representação. Não fica ela tolhida em seu direito em virtude de comodismo ou desinteresse do chefe de família, não se fazendo imprescindível seu consentimento expresso, portanto, para que a progenitora da menor traga realidade à condição de procedibilidade em exame.

Competindo a ambos os pais o pátrio poder, se um não o exerce, apresentando a representação, não há óbice a que o outro o faça.

"... Na constância do casamento, tanto o pai como a mãe podem, indiferentemente, exercer o direito de representação. Ao acusado não terá utilidade alguma a alegação de que, estando o cônjuge varão no exercício do pátrio poder, a ele, somente, cumpriria a representação, pois não há exclusividade de nenhum deles quanto ao dever de representar o filho... Se o pai se opuser à representação feita pela mãe, o Juiz decidirá" (in acórdão inserto na RT 487/295, rel. Des. MENDES PEREIRA).

"A representação pode ser feita tanto pela vítima como por seu representante

legal, entendendo-se como tal não somente o pai, como a mãe, que também detém o pátrio poder, desde que os pais são responsáveis, em conjunto, pela proteção e orientação dos filhos" (RT 491/291).

"O direito de representação, nos crimes contra os costumes, também cabe à mulher, mesmo casada e convivendo com o marido, por lhe competir, junto com este, a defesa dos interesses dos filhos do casal" (RT 476/404).

Em igual sentido, RT 165/574; 176/59; 177/108; 182/592; 185/60; 410/375, dentre outros julgados.

No entanto, oferecida a representação pela mãe da vítima e, havendo **expressa oposição do cônjuge varão**, manifestada antes que a denúncia fosse oferecida, é nosso pensar deva prevalecer a vontade paterna, eis que, *ex vi* do art. 233 do Código Civil, ao marido incumbe a chefia da sociedade conjugal e a representação legal da família. Ressalva-se, todavia, o direito de a esposa obter, junto ao juízo civil, o suprimimento da oposição marital.

Edita o art. 33 do Código de Processo, referentemente à queixa-crime, e que analogicamente à representação se aplica, que será nomeado curador especial à vítima **maior**, para o oferecimento de representação, quando for esta mentalmente enferma, não tendo quem a represente, ou quando, se **menor**, não tiver quem a assista ou represente ou quando colidirem seus interesses com o de seu representante ou assistente.

Nomeado, por ocorrente qualquer quer das circunstâncias permissivas, o curador especial assume a posição de substituto processual **sui generis** da vítima, posto que atuará em nome próprio na defesa de direito alheio (a substituição processual que aí se opera, entretanto, é **sui generis**, eis que ainda inexistente

à relação processual penal, que somente poderá vir a lume após formulada a representação, com o conseqüente exercício da ação penal).

A nomeação de curador especial para o ofendido, quando este for enfermo mental ou não tiver quem por ele exerça o direito de representação, não demanda quaisquer explicações, face à clareza do dispositivo legal mencionado.

Urge apreciar, contudo, a colisão de interesses entre o do menor e o de seu representante.

Emerge a colisão quando ao interesse do menor ou de seu representante oponha-se pretensão contrária de parte do outro

O conflito de interesses, porém, só poderá aflorar quando defrontarem-se opiniões consideráveis e antagônicas de menor relativamente incapaz (entre dezesseis e dezoito anos de idade) com as de seu assistente legal. Sim, porque, sendo absolutamente incapaz a vítima, deverá prevalecer a vontade de seu representante. É que o desejo do menor impubere dilui-se no de seu representante, enquanto que aos interesses do menor pubere admite-se como considerável qualquer antagonização com os de seu assistente legal. O reverso (nomeação de curador especial ao absolutamente incapaz) só tem ensejo quando seu representante legal for co-autor ou autor material do delito contra aquele perpetrado ou quando se tratar de colisão presumida de interesses, que pode ocorrer, como ora se mostrará.

A conflitância dos interesses nem sempre se apresenta concreta, podendo fluir a presunção de sua existência.

Não comungamos, dessarte, do entender de SALTELLI e ROMANO DI FALCO,

quando asseveram que o conflito em figura não deve se apresentar hipotético ou provável (vale dizer, presumido), mas realmente existente 22-A.

Não é imprescindível, no nosso pensar, para que se tonalizem interesses antagônicos, que exista oposição real ou senso robusto, sincero e franco a um dos interesses manifestado.

Hipóteses há de manifesta leviandade ou moleza de caráter do representante legal da vítima (nesse caso absoluta ou relativamente incapaz) que há de se reconhecer o conflito de interesses, em sua forma presumida. De fato, casos existem em que o conflito de interesses flui presumido por atos do representante legal da vítima menor, como exemplificativamente, testifica e ilustra CÂMARA LEAL: "a) o crime contra o qual deve ser exercido o direito de queixa pelo incapaz (subentendida a representação — nosso parêntese) foi cometido por seu representante legal; b) embora não tenha praticado o crime, o representante legal do incapaz teve nele uma certa participação material ou moral; c) foi o crime perpetrado por pessoa a que o representante legal do ofendido esteja ligado por estreitos laços de parentesco ou subordinação, havendo a presunção de interesse favorável ao indiciado; d) o representante legal do ofendido mantém, com o autor do delito, relações de íntima amizade e deu provas inequívocas de interesse pela sua sorte; e) há evidentes indícios de que o representante legal do ofendido recebeu promessas de

recompensa do autor do crime para abster-se de intentar a ação penal contra ele..." 23.

O curador especial será nomeado não pelo **juízo cível**, mas pelo criminal, aquele que for o competente para o processo e julgamento do crime perseguido por ação penal pública condicionada, como deixa claro a disposição final do art. 33 do Código de Processo Penal.

Nomeado curador especial para a vítima menor, por ocorrente qualquer uma das hipóteses permissivas que lhe outorgam azo, não se segue, necessariamente, que o curador deva representar. Como narra MAGALHÃES NORONHA, "cabe-lhe apreciar a conveniência de mover ou não a ação (ou representação, acrescentamos). O código, dizendo **poderá ser exercido**, foi mais preciso que o Código Penal Italiano, que, no art. 121, diz que **il diritto di querela é esercitato da un curatore speciale**, dizeres que admitem dúvidas quanto ao **poder** ou **dever** desse curador" 24.

Desta sorte, frente ao nosso direito positivo, nomeado pelo juiz competente para o processo penal, não se tem como corolário lógico e forçoso que o curador especial deva votar pelo interesse do menor, em conflito com o de seu representante legal (assistente legal seria a expressão adequada e mais técnica, posto que os relativamente incapazes são assistidos, e não representados, e, como vimos de ver, conflito de interesses, de regra, só pode exsurgir ou erguer-se se púbere for menor).

23. Apud Paulo Lúcio Nogueira, **Questões Processuais Penais Controvertidas**, Sugestões Literárias, 1977, pg. 124.

24. Ob. cit. pg. 31.

O curador nomeado deverá ponderar qual dos interesses em conflito deva prevalecer, para, então, oferecer ou não a condição de procedibilidade em tela.

Mesmo quando o conflito é existente porque o representante legal do menor foi o **intraneus** ou **extraneus** do crime contra aquele cometido, por igual cumprirá ao curador especial refletir se é preferível o **strepitus iudicii** ao silêncio, tomando uma posição.

Da mesma forma, quando presumida for a colisão dos interesses, de igual maneira o curador especial deverá formar seu juízo crítico.

O curador especial, por conseguinte, não se vincula à vontade do menor, incumbindo-lhe refletir e examinar a questão, concluindo qual dos interesses em conflito deve preponderar.

Inclinando-se o curador pelo interesse do assistente legal, ao menor só resta esperar os dezoito anos, quando, então, embora continue relativamente incapaz para os atos da vida civil até os vinte e um anos, a lei adjetiva penal lhe confere, por disposição especial (art. 34), a titularidade do direito de representação (ou queixa), paralelo ao de seu assistente. E note-se que contra o menor de dezoito anos não corre o prazo decadencial, no que atine com a representação ou queixa-crime, eis que, ainda não sendo titular do direito, do qual possui mera expectativa, e nascendo tal titularidade somente após ter completado os dezoito anos, crível é que somente dessa data em diante poderá ter início o lapso decadencial.

A questão de distintos direitos de representação ou querela entre o menor e seu representante tem-se prestado a controvérsias e polêmicas ainda hoje não dirimidas. Entretanto, nossa posição,

como logo mais se demonstrará, firma-se pela duplicidade de direitos.

"Tratando-se de menor órfã e desamparada, o Juiz de Menores é competente para promover a representação" (RT 164/468). Havendo varas especializadas na comarca, certo é que tal proceder, embora se nos afigure um tanto estranho, não inquina a condição de procedibilidade oferecida. Mas, se a comarca é daquelas de competência cumulativa, deve o Juiz nomear curador especial ao menor, **ex vi** do art. 33 do CPP, sem o que, representando, estará se despindo, se bem que de forma frágil, da imparcialidade que tem por obrigação observar.

Estatui o art. 34 de nosso **Codex Adjetivo** que "se o ofendido for menor de 21 e maior de 18, o direito de queixa (ou de representação, adicionamos por analogia) poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal".

A disposição aduzida no corpo do mencionado artigo, como já sublinhamos, sugere acirrada polêmica acerca de se cuidarem ou não de dois direitos distintos ou de apenas um direito, afeto à co-titularidade entre vítima e seu assistente (o texto fala em representante) legal.

Não são poucos os autores que vêm descortinar-se um único direito, embora com mais de um titular, pelo que entendem que o não exercício por um, operando-se a decadência, entrava o exercício pelo outro titular.

Assim porém não pensamos.

O art. 34 contempla dois direitos, cada qual com um titular, de sorte que dois serão os prazos de decadência; um, quando cumprido e acarretando a preclusão do direito, não obstando o exercício do outro direito, de que ainda não tenha decaído seu titular.

22-A. Apud Fernando da Costa Tourinho Filho, ob. cit., pg. 270.

Efetivamente, há duplicidade de direitos, como demonstram a disjuntiva ou empregada no artigo em tela e a oração dos arts. 50, parágrafo único, e 52 todos do Código de Processo Penal.

De feito, à disjuntiva ou, empregada no artigo em questão, não se pode outorgar outra interpretação que não a de haver conferido, simultaneamente, ao menor relativamente incapaz e a seu assitente, direitos iguais, porém independentes um do outro.

De outra parte, se para a concessão do perdão ou renúncia, na ação penal privada, a oposição do representante do menor àquela não obsta o direito do outro de prosseguir na *persecutio criminis*, curial é que cada qual, quanto à queixa-crime (e por analogia à representação) goza de direito distinto. Não nos parece procedente, dessarte, a opinião contrária do Des. DIMAS DE ALMEIDA, quando enfatiza que "perempto o direito da ofendida, não há cogitar-se do direito do representante. Este não age por direito próprio; sim como representante daquela, unicamente. Por conseguinte, se a ofendida não mais tem direito à queixa, como justificar a sobrevivência da representação legal?" 25.

Ora, se o art. 34 encontra aplicabilidade à representação por interpretação analógica extensiva e se mencionado artigo, que se refere à queixa-crime, vem complementado pelos arts. 50, parágrafo único, e 52, do Código de Processo Penal, que fazem entrever a existência de dois direitos distintos à querela, porque haver-se-á de não se vislumbrar também

25. In E. Dantas de Freitas e J. Manoel de Almeida, *Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Penal*, Max Limonad, vol. I, pg. 91, nº 92.

descortinada a existência desses dois direitos para a representação?

Nesse diapasão, ficou assentado no julgamento da Ap. nº 127.302, de Ituverava, rel. Des. ADRIANO MARREY (TJSP), que "os arts. 33, 34, 38 e 50 do Código de Processo Penal induzem a reconhecer-se a autonomia do direito da vítima e do seu representante legal, de modo a coexistirem paralelamente..." (RT 481/297).

Portanto, exegese contrária à ora expandida não se afeiçoa à esquematização da lei adjetiva penal, de sorte que, *venia permissa* daqueles que esposam conclusões diversas, é nosso pensar não haja fulcro suficiente para a renhida controvérsia que se estabelece em torno da questão em foco.

Os direitos à representação; dessarte, são distintos, autônomos e concorrentes.

Quid inde, porém, se, na concomitância dos direitos, um titular desejar apresentar a representação, havendo oposição do outro titular?

Consigne-se aqui, de modo primeiro, que há de se excluir o art. 33 como o solucionador da questão, vez que a nomeação de curador especial é descabida porque mencionado dispositivo refere-se ao menor de 18 anos, e o art. 34 cogita do maior de dezoito.

Para o deslinde da questão nossos tribunais têm entendido, com referência à queixa-crime e por analogia ao art. 50 do CPP, que prevalece a vontade daquele que pretende instaurar a ação penal. Assim, portanto, também prevaleceria a vontade daquele que deseja representar. No nosso modo de ver, *data venia*, tais decisões são corretas menos por seus fundamentos do que pela conclusão final. Em nosso pensar, inexistente prevalência

de vontades. Sim, porque, havendo direitos autônomos e distintos, o fato de um titular não desejar exercê-lo não oblitera a que o outro o faça.

As pessoas jurídicas assume-se como impossível a capacidade delitiva, de modo que, como é cediço e crível, dada a própria natureza ontológica dos entes coletivos, não podem eles cometer delitos.

No entanto, podem sofrer as consequências de um crime e, portanto, dele serem vítimas.

Desta sorte, se o delito tiver a ação penal condicionada à representação, têm as pessoas jurídicas legitimidade para oferecê-la, conforme se constata do art. 37 do Estatuto Adjetivo, que estabelece quais as pessoas físicas que pelas coletivas exercerão tal direito.

Entretanto, somente as pessoas coletivas com personalidade jurídica podem exercer o direito de representação, *id est* a pessoa moral que tiver seu ato constitutivo e estatutos devidamente registrados (cf. art. 18 do Código Civil).

Segue-se daí que as pessoas jurídicas irregulares ou de fato, por não possuírem personalidade jurídica, não gozam da prerrogativa concedida pelo art. 37 do *Codex Instrumental* (cf. RT 172/82).

Quanto à requisição, e seria até dispensável dizê-lo, seu único titular é o Ministro da Justiça, não podendo haver delegação de poderes ou atribuições para tal fim. Somente a S. Exa. cumpre pronunciar-se sobre o interesse ou não à *persecutio criminis*.

IV — OFERECIMENTO:

O direito da representação, soa do art. 39 do Código de Processo, poderá ser

exercido pessoalmente por seus titulares ou por procurador com poderes especiais.

Como faz claro a oração legal citada, curial é que o procurador, para formular a condição de procedibilidade que se figura, há de apresentar, com ela, o instrumento do mandato, com a outorga de poderes especiais para o exercício do direito de representação.

A representação poderá ser apresentada ao juiz, ao representante do Ministério Público ou à autoridade policial.

Efetivada junto à autoridade judiciária, a representação, se oral, será reduzida a termo e encaminhada (escrita ou oral), se já presentes os elementos suficientes para o oferecimento da denúncia, ao Promotor Público, ou, ainda ausente o *fumus boni juris* pela insuficiência probatória trazida com a condição de procedibilidade, será a mesma enviada à autoridade policial, para que proceda a inquérito (arts. 39, §§ 1º, 3º e 4º).

Exercido o direito de representação junto ao representante do Ministério Público, se oralmente efetivar-se seu exercício, proceder-se-á em conformidade com o § 1º do art. 39 do Código de Processo. Contudo, oferecida por escrito, e se trazer consigo elementos bastantes à denúncia, será esta oferecida. Caso contrário, a mesma será enviada à autoridade policial, para que instaure inquérito.

Apresentada perante a autoridade policial, e constituindo a representação a delação postulatória do crime, aquela deverá dar início ao momento primeiro da persecução penal (*Informatio delicti*), instaurando o competente inquérito.

V — FORMA:

Escrita ou oral, não exige a representação fórmula ou termos sacramen-

tais. Atende-se menos às formalidades do que à intenção daquele que a oferece.

Por qualquer forma que o titular da representação exerça o seu direito, válida será ela. O que se procura vedar, apenas, é que a autoridade proceda de ofício, **sponte sua**, seja chamando a vítima ou seu representante para o oferecimento da condição de procedibilidade em epígrafe, seja provocando sua atuação.

Nesse tom, o seguinte julgado: "de qualquer maneira porque o fato seja levado ao conhecimento da polícia, por quem de direito, fica satisfeito o requisito da representação, que tem por fim, apenas, impedir a iniciativa espontânea ou por ato voluntário do poder público, em caso em que prepondera o interesse da família." (Ac. un. da sessão plenária do STF, de 24.06.53, no RHC nº 32.590, rel. Min. RIBEIRO DA COSTA, in Rev. For. 157/379) 26.

Basta, portanto, que a representação seja espontânea.

O simples fato de o ofendido ou seu representante procurar a autoridade policial, dando-lhe notícia do delito, já satisfaz a condição de procedibilidade exigida pela lei penal para certos delitos.

Assim, farta messe de julgados tem assentado que as declarações da vítima ou seu representante no inquérito, ou o simples boletim de ocorrência entranhado na peça policial investigatória, tem conotação da condição de procedibilidade exigida, pois revela o interesse espontâneo da vítima ou seu representante na persecução penal de seu ofensor.

De feito, e exemplificativamente: "... Mas nem sequer foram tomadas, no

26. Apud Walter P. Acosta, ob. cit., pg. 160, nota nº 115.

inquérito, as declarações do representante da ofendida, o que equivaleria ao pedido escrito, uma vez que manifestasse aquele o desejo de ser responsabilizado o ofensor..." (trecho do corpo do acórdão de 11-4-47, na Ap. nº 3.245, T.J.M.G., rel. Des. ALENCAR ARARIPE, in Rev. For. 113/499) 27. Outrossim, "O boletim de ocorrência, lavrado pelo Delegado de polícia, retrata o comparecimento do genitor à Delegacia, pedindo providências policiais em relação ao ofensor. Logo, é documento hábil e vale como representação, pois nele temos consubstanciada a vontade do titular da representação quanto à instauração de providências quanto ao fato e seu autor" (RT 454/360). Ainda, "considera-se ínsita a representação na conduta da vítima que prende o agente e o apresenta à autoridade policial, para a lavratura do competente auto de prisão em flagrante" (Ac. un. de 1-6-73, da 6ª Câmara do TACrim., na AP. nº 46.252, de Itapetininga, rel. Juiz CUNHA CAMARGO) 28.

Pelo exposto, aquilata-se, para que se reconheça como oferecida a condição de procedibilidade em questão não é necessário contenha ela forma ou termos sacramentais, satisfazendo-se a lei com a espontaneidade da vítima ou seu representante, com a mera manifestação de vontade destes de verem o agente do fato delituoso processado.

Acresce notar, porém, que é vedada qualquer provocação da autoridade à representação, posto que, em tal conjuntura, a espontaneidade da mesma restaria pre-

27. Darcy Arruda Miranda, ob. cit., pg. 86, nº 192.

28. In J.L.V. de Azevedo Franceschini, **Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, Ed. Universitária de Direito, 1.975, vol. I, pg. 27, nº 56.

judicada, com o que infirmar-se-ia qualquer ação penal porventura instaurada em tais circunstâncias. Efetivamente, já se firmou o entendimento que "nula é a ação penal que se inicia mediante representação se o órgão da acusação interfere, provocando a manifestação da vítima. Tolkendo-se a indispensável espontaneidade, tornou-se viciada a liberdade volitiva" (Ac. un. de 1-3-72, do 1º Grupo de Câms. do TACrim., na Rev. nº 35.314, de Guararapes, rel. Juiz REZENDE JUNQUEIRA) 29.

No que atine com a requisição do Ministro da Justiça, todavia, há azo à provocação, sem que tal inquene a ação penal que venha a ser impetrada.

Nesse passo, cumpre acentuar que o Ministro da Justiça nunca é vítima do delito condicionado à persecução pela requisição, constituindo S. Exia., apenas, a pessoa física propulsora da condição de procedibilidade que se lhe outorga para a provocação da ação penal.

Ao Ministro da Justiça compete, desarte, averiguar, nos casos em que sua requisição é de rigor para a **persecutio criminis**, se o silêncio é preferível ao **streptus fori**, em face dos aspectos políticos do delito, de que jamais é a vítima.

Assim, quando assumimos a Promotoria Pública de Igarapava, tivemos o ensejo de provocar a manifestação de S. Excia.. Recebemos, naquela oportunidade, inquérito policial que rotulava o objeto de suas investigações como crime contra a segurança nacional. Entendendo que tal delito era incorrente na espécie e visualizando, apenas, crime comum contra a honra do Exmp. Sr. Presidente da República, deixamos de requerer o

29. J.L.V. de Azevedo Franceschini, ob. cit., pg. 26, nº 54.

envio do inquérito para a Justiça Militar, para requerermos fosse o mesmo enviado à Brasília, a fim de que o Sr. Ministro da Justiça, se fosse de interesse, oferecesse a requisição para o início do momento maior da **persecutio criminis**: a ação penal. Deixando Igarapava, todavia, para onde havíamos sido designados temporariamente, não mais soube-mos do desfecho do inquérito policial referido e, conseqüentemente, se foi ou não oferecida a requisição ministerial.

Portanto, em nosso pensar, ao contrário do que sucede com a representação, nada obsta provoque-se a requisição do Ministro da Justiça, que, não sendo vítima do crime e não tendo sofrido suas conseqüências, pode, inclusive, desconhecer seu cometimento, pelo que sua provocação à requisição nada mais representa que a notícia do delito que se leva a S. Exa.

A representação da vítima não se exige traga, em seu bojo, a descrição minuciosa do fato que lhe foi lesivo e a indicação e qualificação de seus autores, bem como a capitulação legal do fato punível por ela sofrido.

Como aduz PAULO LÚCIO NOGUEIRA, "não se pode exigir que a vítima informe com certeza a natureza do crime que foi cometido, para que o promotor se limite à capitulação dada pela vítima, o que nos parece até incrível, já que seria exigir da vítima conhecimentos jurídicos. Se a capitulação dada pela autoridade policial é precária, se a capitulação dada na denúncia também pode ser alterada, como exigir que a vítima peça abertura de inquérito sobre determinado crime? Em regra, ocorre que a representação seja feita contra determinada pessoa e determinado crime, mas nem sempre se segue a regra. Não pode pois o Promotor ficar vinculado de modo absoluto ao conteúdo

da representação, que é exigida apenas como condição geral de perseguibilidade ou de procedibilidade" 30.

Basta, à evidência, que a vítima ou seu representante descreva o fato delituoso ofensivo, ainda que não pormenorizadamente, indicando assim o desejo de que contra seu autor (es) seja iniciada a **persecutio criminis**.

Não é imprescindível forneça o ofendido o nome (s) do (s) agente (s) do fato punível que lhe atingiu.

A identificação dos sujeitos ativos compete à **informatio delicti**, que a levará através das investigações.

De outra parte, havendo co-autoria e indicando a vítima, na representação, o nome de apenas um dos delinquentes, não se segue daí que a ação penal não poderá estender-se aos demais. A denúncia a todos há de abranger, em obediência ao princípio da indivisibilidade da ação penal, que não se derroga pela vontade daquele que representa. Não pode este escolher um ou outro dos co-autores para que o submeta à persecução penal. A indivisibilidade da ação penal entrava tal desiderato. **Venia permissa**, entendemos despidas de razão as decisões que entendem de modo diverso, como a constante da RT 460/295, assim ementada: "Processo-Crime. Nulidade. Representação contra determinado réu. Denúncia, não obstante, oferecida contra ele e uma outra pessoa. Inadmissibilidade. Ilegitimidade de parte do Ministério Público".

VI — DECADÊNCIA:

As condições de procedibilidade têm prazo assinalado para o seu exercício, para que os agentes de delitos de ações penais públicas condicionadas não fiquem

30. Ob. cit., pg. 112.

quem eternamente à mercê ou dispor dos titulares da provocação do início da **persecutio criminis**.

Mormente em se tratando de representação da vítima, não é curial que os sujeitos ativos dos delitos fiquem ao talante ou alvedrio do ofendido ou seu representante, que, inclusive, podem perpetrar coações morais, extorsões..., valendo-se da especial condição de subordinação daqueles a estes.

Daí fixar a lei instrumental interstício temporam dentro do qual, não exercido o direito ao oferecimento da condição de procedibilidade, operar-se-á sua preclusão.

A decadência difere substancialmente da prescrição. Em síntese, enquanto esta atua tanto **antes** da ação penal, como **durante** e mesmo **após**, a decadência só encontra efeito operante **enquanto inexistente** a peça preambular ou introdutória do processo penal. De outro lado, a prescrição atua sobre a **sanctio juris** de qualquer delito, ao passo que a decadência opera apenas sobre o **direito** de queixa-crime ou de representação (também requisição ministerial), incidindo apenas, portanto, **nos delitos de ação privada ou pública condicionada** à mencionada condição de procedibilidade. Ainda, enquanto a prescrição possui termo temporal suscetível de suspensão ou interrupção, tal não se verifica com a decadência, cujo lapso é insuscetível de suspensão, interrupção ou prorrogação.

O art. 38 do Código de Processo Penal fixa em seis meses o lapso temporal em que se opera a decadência do direito de requisição ou representação. Ressalva o dispositivo legal, porém, a existência de exceções a essa regra, conforme se vê da expressão **salvo disposição em contrário**, constante do corpo do artigo

em apreço. Na lei penal, todavia, não se depara, relativamente à representação, com qualquer exceção à regra geral. No atinente à querela, contudo, exemplo de exceção se nos antolha no art. 240, § 2º, do Código Penal, que estipula o prazo decadencial em um mês.

Em princípio, portanto, salvo expressas exceções (que desconhecemos com relação à representação), de seis meses é o lapso decadencial, que tem seu **dies a quo** assinalado, como explicita a lei adjetiva penal, pelo conhecimento da autoria do delito pelo titular do direito à requisição ministerial ou representação.

Relata BORGES DA ROSA que, "na prática, não será raro o aparecimento de séria dificuldade quanto à descoberta do dia em que o ofendido veio a saber quem é o autor do crime... A prova dessa ciência deverá ser obtida por qualquer meio... 31.

Efetivamente, como remarca e doutrina ESPINOLA FILHO, o marco inicial do lapso decadencial é "inseguro, instável..., por deixar ao sabor de apreciações subjetivas circunstância de tanta gravidade e relevância quanto tem, indiscutivelmente, a fixação do dia em que entra de correr o prazo da decadência." 32. A matéria, porém, não refoge ao âmbito probatório, e a este impende elucidar a questão.

Do conhecimento da autoria do fato delituoso perseguível por ação penal pública condicionada é que irá fluir o prazo para a representação ou requisição ministerial.

Havendo co-autoria, o prazo decadencial, como ressaltou a unânime voz de nossos doutrinadores, tem seu **dies a**

31. Ob. cit., pgs. 182/3.

32. Ob. cit., pg. 368.

quo marcado pelo conhecimento do primeiro autor do fato punível.

Foram postergados, nesse passo, os critérios do conhecimento sucessivo dos agentes e o de conhecimento do último.

Como obtempera MARCELO FORTES BARBOSA, citando VON BAR e BATTAGLINI, "Afigura-se-nos mais acertada a opinião de que basta o conhecimento de um dos co-autores. Exigir o conhecimento de todos seria prolongar em demasia e injustamente o estado de suspensão do processo em relação a cada um deles. Por outro lado, se o prazo corresse para um deles, à medida em que se tornassem conhecidos, poderia o ofendido escolher arbitrariamente o que quisesse acionar (ou contra quem desejasse representar — parênteses nosso) e o que desejasse perdoar, deixando transcorrer o prazo relativamente a um e apresentando queixa contra um outro (o que também quebraria o princípio da indivisibilidade da ação penal — nosso parênteses). E a verdade é que a identificação de um dos partícipes acarreta, comumente, a identificação dos demais... Iniciada a ação (ou oferecida a representação) contra o partícipe identificado, abrangerá ela **ope legis** os que se forem tornando conhecidos..." 33.

No caso de morte ou declaração judicial de ausência da vítima, o prazo de decadência, para os seus sucessores no direito de representação, não terá início novamente, devendo as pessoas mencionadas no parágrafo único do art. 24 exercerem o direito que lhes foi transferido pelo tempo que restava à vítima para tal mister. Sim, porque, já tendo se iniciado para o ofendido o interregno decadencial, e sendo este insuscetível de

33. Artigo citado, trecho transcrito às fls. 116 da justitia vol. 92.

suspensão ou interrupção, crível é que o lapso temporal continua a transcorrer. Ninguém transfere mais direitos do que efetivamente tem e, na hipótese vertente, sendo único o direito, que se transmite nas condições aludidas, não se cogitando de aquisição de novo direito, curial é que pelo tempo que sobrava à vítima há de ser exercido o direito de representação pelas pessoas enumeradas (de forma não exaustiva) no parágrafo único do artigo 24 do nosso Código de Processo.

Se o ofendido for menor, situando-se essa minoridade entre os dezoito e os vinte e um anos, dois direitos à representação são emergentes (um para ele e outro para o seu assistente), *ex vi* do art. 34 do Estatuto Adjetivo, pelo que a cada um deles corresponde um interstício decadal.

Dessa maneira, a preclusão do direito de um, pela decadência, não obsta o exercício do direito do outro, desde que ainda não precluso (e para o menor de dezoito anos não corre o prazo de decadência, eis que, adquirindo ele o direito em figura somente após haver completado dezoito anos, não há falar-se em decadência de direito não adquirido, mas do qual possuía-se mera expectativa).

Como nessa hipótese do menor de dezoito anos, casos há em que, sob circunstâncias **especialíssimas**, também não tem início o lapso da decadência (e não há confundir-se a falta de início com suspensão, pois esta pressupõe, à evidência, o início). Assim é que, como frisa o ilustrado Procurador MARCELO FORTES BARBOSA, "a coação moral pode impedir a fluência do prazo. Já decidiu a Primeira Câmara Criminal que, achando-se a mãe da ofendida sob coação moral oriunda do concubinato com o pai do réu, não corre o prazo de decadência, en-

quanto persistir tal situação (Justitia 14/67 e 146)" 34.

Não há olvidar-se, no tópico presente, delicada questão que sugerem os arts. 8º do Código Penal e 798, § 1º, do Código de Processo.

O art. 798, § 1º, do Código de Processo Penal adota, na contagem dos prazos, assim como também o fazem o Código Civil e o de Processo Civil, postulado do antigo Direito Romano, segundo o qual o dia do começo não é computado no termo (**dies a quo non computatur in termino**). Contudo, destoando dos mencionados Códigos, o nosso Estatuto Repressivo Substantivo, em seu art. 8º, declara que o dia do início não será excluído, mas incluído nos lapsos temporais.

Ora, também o Código Penal traça normas sobre a decadência, quando cuida da ação penal. Em tal conjuntura, qual é o **dies a quo** do prazo decadal? Computa-se, para a contagem do lapso, o dia em que foi descoberta a autoria do delito ou abstrai-se tal dia, iniciando-se o interregno no dia imediato? Em suma, na contagem do prazo em que se opera a decadência é aplicável o art. 798, § 1º, do Código do Processo Penal, ou o art. 8º do *Codex Substantivo*?

Forçoso notar, primeiramente, que a decadência, como dissemos, é regulada tanto pelo Estatuto Adjetivo como pelo Substantivo. Entre estes, todavia, a regra de contagem dos prazos é diversa, como vimos de ver. Desta sorte, entendemos que o lapso decadal deverá contar-se em conformidade com a norma do nosso Código Penal, posto que mais favorável ao agente do delito, que, assim, tem sua punibilidade extinta, pelo Corpo de Leis

34. Artigo citado, trecho transcrito à pg 117 da Justitia vol 92.

mencionado, um dia antes do que teria se se propugnasse pela contagem de acordo com o Código de Processo Penal (nesse sentir, cf. parecer de DANTE BUSANA em Justitia 86/367).

Caindo o último dia do interstício temporal da decadência em um domingo ou feriado, o prazo não tem seu **dies ad quem** prorrogado para o dia útil imediato, vez que a decadência, a par de possuir termo insuscetível de suspensão ou interrupção, tem-no também improrrogável. Dessarte, a preclusão do direito de representação pela ocorrência da causa extintiva da punibilidade em tela operar-se-á mesmo em um domingo ou feriado, sem margem à prorrogação.

O prazo de seis meses é estabelecido para o exercício do direito de representação ou requisição ministerial. De nenhum relevo, portanto, quando essas condições de procedibilidade forem formuladas ou encaminhadas à autoridade policial, haja eventual demora na tramitação da peça policial investigatória. Formulada a condição de procedibilidade dentro do lapso temporal que se lhe assinala para o exercício, não avulta que o inquérito policial perdure por tempo superior aos seis meses. Em tal hipótese, não se perfaz a decadência, havendo azo ao oferecimento da denúncia. Não serôdia ou tardia a representação ou requisição, enquanto não prescrita a ação penal terá ensancha a denúncia, em nada aproveitando ao agente do delito eventual demora para o término do inquérito policial.

VII — RETRATABILIDADE:

Edita o art. 25 do Código do Processo Penal e o art. 104 do Estatuto Repressivo que, uma vez oferecida, a representação é irretratável, depois de exercido o

direito estatal à ação penal. **Ipsa facto**, portanto, enquanto não venha a lume a ação penal, encontra plena retratabilidade, ao livre alvedrio da vítima ou seu representante, a condição de procedibilidade em pauta.

Cumpra notar, porém, que o Código de Processo fixa a irretratabilidade depois de **oferecida a denúncia**, ao passo que o Código Penal assinala como marco de irrevogabilidade da representação o **início da ação penal** (cf. arts. 25, CPP, e 104, CPB).

Ora, a denúncia tem-se por oferecida com seu simples ajuizamento (apresentação para despacho), enquanto que se considera iniciada a ação penal com o recebimento da denúncia.

Dessa maneira, há a considerar-se se a representação tem azo à retratabilidade enquanto não recebida a denúncia ou se sua simples apresentação já oblitera a aludida revogação.

Temos para nós que o momento que fixa a irretratabilidade da representação há de ser marcado conforme a disposição do art. 25 do Código de Processo Penal. Destarte, embora ainda não recebida a denúncia, tendo esta apenas sido oferecida, não goza mais o titular da condição de procedibilidade em epígrafe de sua disponibilidade.

Com efeito, a representação é **conditio sine qua non** para a denúncia. Sem aquela não se encontra o representante do Ministério Público investido da **legitimatío ad causam** ativa para agir. Porém, oferecida, mas ainda não recebida a denúncia, tal não mais outorga ensancha à retratabilidade da condição de procedibilidade. É que, oferecida a denúncia com fulcro em representação anteriormente

formulada pela vítima ou seu representante, já se tonalizara a legitimidade para agir do Ministério Público, tendo-se assim satisfeito o requisito prévio para a denúncia (condição de processualidade). Se a peça preambular do processo penal foi oferecida, tal se verificou justamente porque a representação apresentada conferiu ao Promotor a **legitimatio ad causam**, de sorte que, a partir do oferecimento da peça exordial do processo, não mais goza a parte ofendida com o crime de nenhuma disponibilidade quanto à **persecutio criminis**.

"É irretratável a representação após oferecida a denúncia, embora ainda não recebida" (RT 486/254).

A retratabilidade da representação (que só existe antes do oferecimento da denúncia) pode operar-se expressa ou tácitamente.

É expressa quando a vítima ou seu representante aduz de forma clara e ineludível, por declaração escrita ou oral (esta reduzida a termo) que não mais colima submeter o sujeito ativo do delito à persecução penal.

Tácita é a retratação quando o titular do direito à condição de processualidade revela implicitamente, por atos ao oferecimento da denúncia, não mais ter interesse em submeter o autor do crime à **sanctio juris** para este prevista. **Verbi gratia**, ocorre a retratação tácita da representação quando aquele que a formulou estabelece concubinato com o agente do fato delituoso; quando o delinquente é convidado para padrinho de casamento da vítima ou para o batizado de seu filho; quando vítima e sujeito ativo passam a freqüentar, íntima e constantemente, a residência um do outro...

Frise-se forçosamente, no entanto, que a retratação tácita só pode se afigurar existente quando a vítima **maior**, através de atos, revela o intuito de não prosseguir na **persecutio criminis**. Se menor é o ofendido, que conta com mais de dezoito e menos de vinte e um anos, a retratação tácita da representação por seu assistente legal não entrava a continuação da persecução penal, vez que a vítima, naquela idade, possui direito autônomo à condição de procedibilidade, podendo exercê-lo por forma independente. Entretanto, se o ofendido é menor de dezoito anos, na retratação tácita de seu representante ou assistente não há deixar-se de reconhecer conflito de interesses presumido, ensejando, assim, a nomeação de curador especial, para que avalie e examine a espécie. Falecida ou ausente a vítima, a retratação tácita de um dos seus sucessores no direito à condição de procedibilidade não oblitera o exercício da representação pelos outros.

HÉLIO TORNAGHI preconiza que a requisição do Ministro da Justiça (a **richiesta de procedimento** do direito italiano) é irretratável. E assim propugna por interpretação lógica dos textos legais. Com efeito, leciona o mencionado autor que "ao invés do que dispõe sobre a representação no art. 25, o Código não diz expressamente se a requisição é retratável e até quando. Mas a redação do art. 24 mostra que a requisição só é necessária para o promovimento da ação, não para o prosseguimento. A retratação após a denúncia do Ministério Público seria, pois, inoperante. Quanto à retratabilidade anterior à denúncia, deve ser terminantemente excluída pela interpretação sistemática da lei. O código fala da representação e da requisição no art. 24. E no art. 25 somente a respeito da primeira diz

que é retratável antes de oferecida a denúncia. Sinal de que a requisição é irrevogável" 35.

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO também entende irretratável a requisição ministerial, endossando a interpretação lógica de TORNAGHI e acentuando que "Um ato administrativo, como é a requisição, partindo do governo, através do órgão competente que é o Ministro da Justiça, há de ser, necessariamente, um ato que se reveste de seriedade. Dispondo de larga margem de tempo para encaminhá-la ao Ministério Público (seis meses), de certo terá oportunidade para julgar das suas vantagens ou desvantagens, da sua conveniência ou inconveniência. A revogação ou retratação demonstraria que a prematura requisição foi fruto de uma irreflexão, de uma leviana afoiteza, o que não se concebe, não só porque o ato proveio do governo, como também pelo dilatado espaço de tempo de que dispôs para expedir-lo" 35-A.

Venia concessa, razão não assiste aos doutos HÉLIO TORNAGHI e FERNANDO TOURINHO.

Como já ficou dito, a requisição ministerial é o ato administrativo discricionário, de modo que é revogável (conquanto ainda não oferecida a denúncia), pouco importando que eventualmente venha a emitir reflexos de ordem negativa.

A retratabilidade da requisição ministerial, porém, só pode se dar de forma expressa. Não se admite requisição revogada tacitamente.

Forçoso acentuar que a retratação da condição de procedibilidade, qualquer que seja ela, não resulta na impossibilidade de novamente exercer-se o direito da representação ou requisição ministerial, desde que se o faça ainda dentro do prazo legal. Assim, não há óbice a que novamente venha ao exercício o direito de representação ou requisição antes retratado, desde, é evidente, usando-se aqui das palavras de DAMÁSIO E. DE JESUS, que "a retratação da retratação" 36 ocorra antes de cumprido o prazo decadencial.

FERNANDO TOURINHO 36-A preconiza que a retratação da condição de procedibilidade constitui causa extintiva da punibilidade, de modo que, implicitamente, consagra o autor a inadmissibilidade de reiteração tempestiva de representação ou requisição antes retratada.

Ora, a enumeração ou elenco das causas extintivas da punibilidade assume-se como **numeros clausus**, vale dizer, constitui matéria de direito estrito. A taxatividade da enumeração, todavia, não significa, à evidência, que as causas extintivas em apreço devam encontrar-se elencadas, obrigatoriamente, no art. 108 do Código Penal. Outras causas existem contempladas em artigos outros do Estatuto Repressivo, como o perdão judicial e a morte do cônjuge inocente do adúltero (vez que nessa última hipótese, como o declara a lei, a ação penal é **personalíssima**). No entanto, à retratação da condição de procedibilidade não confere a lei o efeito de causa extintiva da punibilidade, sendo vedado interpretar-se-a como renúncia, por analogia **extensiva**. Pelo exposto, exercida **oportuno tempo**.

35. **Compêndio do Processo Penal**, 1.967, Tomo II, pg. 459.

35-A. **Ob. cit.**, pg. 291.

36. **Direito Penal**, Saraiva, 1.977. 2ª edição, vol. I, pg. 573.

36-A. **Ob. cit.**, pg. 277.

re, ou seja, quando ainda não cumprido o lapso decadencial, sempre haverá azo à reiteração de representação ou requisição antes retratada.

VIII — AÇÃO PENAL CONDICIONADA PELA POBREZA:

Em alguns dos crimes contra os costumes (sedução, corrupção de menor, estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude e rapto), dispõe o art. 225, § 1º, nº I, e § 2º, do Código Penal, o exercício à ação penal dos mesmos é conferida à parte ofendida (ação penal privada), salvo se, pobres a vítima e seus representantes, não puderem eles prover às despesas do processo, sem privações às suas necessidades fundamentais, quando, então, condicionada à representação se faz a ação penal.

A regra constante do citado dispositivo penal não se fez infensa a severas críticas, eis que criou disparidade de tratamento com relação à vítima abastada e à ofendida pobre de crime contra os costumes.

Com efeito, privativa da ofendida rica a ação penal do crime contra os costumes por ela sofrido, goza a mesma da disponibilidade dessa ação penal, por força do princípio da oportunidade ou dispositivo que a informa. Dessa forma, se essa vítima viesse a contrair matrimônio com terceiro e se, por isso, não mais lhe conviesse persistir na persecução penal do autor do crime, sendo-lhe preferível por termo ao *strepitus iudicii* eventualmente nascido com o exercício da ação penal, nada obstaría deixasse perimir a instância ou perdoasse seu ofensor, pondo côbro, assim, à ação penal.

Entretanto, miserável a vítima do delito contra os costumes, e uma vez ofe-

recida a denúncia com lastro na representação formulada, essa ofendida, casando-se com terceiro, quedaria sem qualquer ação para obliterar o *strepitus fori*, eis que, oferecida a denúncia, disponibilidade de alguma emergeria para a ofendida pobre, pois, daí em diante, orientaria a ação penal o princípio da obrigatoriedade ou legalidade, que veda a desistência da ação, a renúncia, o perdão ao agente do delito e a perempção. Inevitavelmente, portanto, nessa hipótese, teria prosseguimento a ação penal, até final, posto que seria defeso à vítima não abonada manifestar interesse moral em que o fato delituoso fosse olvidado.

Manifesta e insofismável, destarte, a diferença de tratamento em razão da fortuna, restando a ofendida pobre em condição de desigualdade com a abastada.

Patente, desta sorte, que a vítima miserável não usufrui ou goza dos mesmos direitos da rica, quando, casando-se com outrem que não seu ofensor, pretenda preservar a paz de seu lar ou fazer silenciar os ecos de sua desdita.

Melhor andaria o legislador, portanto, se também subordinasse a ação penal nos crimes contra os costumes, em sendo pobre a ofendida ou seu representante, à norma adjetiva constante do art. 32 e §§ do Código de Processo.

Justamente procurando remediar a situação de desigualdade estabelecida, editou o Supremo Tribunal Federal o verbete nº 388, que, suscintamente (eis que já revogado), será abordado no tópico subsequente (nº IX).

Pobre, para os efeitos legais, é quem não pode prover às despesas de um processo sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (§ 1º, art. 32, CPP). Pobreza, des-

tarte, não significa indigência ou acentuada miserabilidade. Em tal conjuntura, para a conceituação da pobreza não há mister que "aquele que precise do auxílio da Justiça Pública deva ser destituído de qualquer patrimônio. Ou, então, que para dispensar esse auxílio seja obrigado a despojar-se do que tem, em pequeno valor, para fazer face às despesas de um processo" (RT 268/127).

Não sufragamos o entender de ESPINOLA FILHO quando, comentando o nº I, § 1º, do art. 225 do CP, assegura que "a interpretação do inciso não pode deixar de ser feita no sentido de que, para esse estado de pobreza, é preciso que tanto a vítima como seus pais não disponham de recursos. O ou do texto legal está empregado por e. Se a ofendida não os tiver, mas o contrário ocorrer com os seus pais, não haverá falar em pobreza, no sentido jurídico. Do mesmo modo, nada importa que seja filho de gente sem recursos dessa ordem a vítima que, pessoalmente, seja abastada. Não poderá considerar-se pobre" 37.

Ostentamos opinião diversa à do conceituado autor.

Efetivamente, não é crível que, na hipótese de concomitância dos direitos de representação da vítima e seu assistente legal, que constituem direitos distintos e autônomos (art. 34), o fato de aquela estar sob dependência econômica deste, que é abastado, veja coarctado seu direito à condição de procedibilidade ante a oposição de seu assistente. Igual quando a vítima é rica e pobres são seus representantes. Direitos autônomos os de representação, a miserabilidade há de ser dessumida com olhos especificados às pessoas de seus respectivos titulares, vistos individualmente.

37. Ob. cit., pg. 317.

A prova comum e usual da miserabilidade da vítima ou seu representante é corporificada pelo atestado de pobreza, expedido pela autoridade policial.

Dito atestado, todavia, não é a prova única ou exclusiva da pobreza do titular ao direito de representação. Como elucida o § 2º do art. 32 do Código de Processo, o atestado em figura faz-se, apenas, prova suficiente. Dessa maneira, e as dúvidas estão expungidas, a miserabilidade da ofendida ou seu representante pode fluir corporificada por qualquer meio apto a tal fim, como, *verbi gratia* (e os exemplos são de BORGES DA ROSA) 38, certidões de repartições fiscais e depoimentos de testemunhas dignas de crédito.

A falta do atestado de pobreza, portanto, porque a autoridade policial tenha negado sua expedição, ou por motivos outros, pode ser suprida por quaisquer meios, fazendo-se assim a prova da condição pessoal da vítima ou seu representante, no que se refere à miserabilidade.

"A falta do atestado de miserabilidade não constitui nulidade do processo, desde que todos os elementos de prova constantes dos autos tornam evidente a miserabilidade da ofendida" (Rev. For. 83/345).

Podendo o estado de pobreza da vítima ou seu representante emergir como certo por qualquer meio de prova e a qualquer tempo (antes da sentença final), curial é que o atestado de miserabilidade não se assume como condição irrefutável para o oferecimento e recebimento da denúncia. Releva, tão somente, tenha sido formulada a representação. Assim, presente esta e ausente o atestado de

38. Ob. cit., pgs. 163/4.

pobreza, não há óbice ao oferecimento e recebimento da peça acusatória, que não encontra, dessa forma, ensanção à rejeição por falta de condição exigida pela lei para o exercício da ação penal, vez que essa condição é a representação, e não o atestado em tela. Dessa maneira, desde que a pobreza venha a lume e faça-se certa antes da sentença final, cumprindo-se assim a ausência do atestado respectivo, válida é a denúncia.

De outra parte, o atestado policial de miserabilidade pode ter seu teor esvaído por outros elementos instrutórios. É prova, portanto, que admite demonstração em sentido contrário, podendo ser esboçada por provas adversas.

ESPÍNOLA FILHO 39 profuga, com iastro em alguns julgados, que o fato de a parte ofendida ou seu representante constituir um advogado para a assistência à acusação não deteriora a prova de pobreza emergente do atestado policial.

Porém, também aqui não acenamos com nossa adesão à conceituada opinião do jurista de escol.

Se a vítima ou seu representante tiveram condições e meios de contratar a intervenção do advogado como assistente, ou mesmo que, valendo-se de amizade com o causídico, a sua interferência tenha se dado gratuitamente, nada obsta, portanto, que o advogado iniciasse a ação penal, com a apresentação de queixa-crime e do mandato imprescindível (art. 44, CPP), juntando atestado de pobreza e requerendo isenção de custas.

Acresce agora acentuar que vultoso algum adquirirá tornar-se abastado a vítima ou seu representante após o ofereci-

mento da denúncia, desde que comprovadamente pobre fosse quando da apresentação da representação.

Como seguramente lembra ESPÍNOLA FILHO, "precisamente porque é irretratável a representação..., pouco importa que, no curso da ação, se modifique a situação do ofendido, cessando o pressuposto que a lei reclamava para autorizar a denúncia" 40. No entanto, se a aquisição de posses é superveniente à representação e anterior ao oferecimento da denúncia, a peça preambular pública do processo penal não mais terá azo ao oferecimento, cumprindo à parte lesada com o delito impetrar queixa-crime.

IX — A REPRESENTAÇÃO E A REVOGAÇÃO DA SÚMULA Nº 388 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

Rezava o verbete nº 388 do nosso Pretório Excelso que "o casamento da ofendida com quem não seja o ofensor faz cessar a qualidade do seu representante legal, e a ação penal só pode prosseguir por iniciativa da própria ofendida, observados os prazos legais da decadência e perempção".

Como sublinhamos no tópico antecedente (nº VIII), emergiu a súmula aludida como meio de obviar e remediar a disparidade de tratamento havida entre a vítima rica e a pobre de crime contra os costumes.

De inegável justiça a orientação do Supremo, nesse passo, que pos em equilíbrio situações conflitantes.

O acerto do verbete referido, porém, preponderava mais por sua conclusão e efeitos do que por seus fundamentos.

Venia permissa, discutíveis eram os lastros da conclusão maior, que pecavam por conspirarem contra princípio legal e texto expresso de lei.

Primeiro porque chocantes com a oração do art. 25 do Código de Processo Penal, que ora ser irretratável a representação após oferecida a denúncia; segundo em virtude de ser inconcebível a perempção da ação penal pública.

Melhor fundamento à conclusão e efeitos da súmula em epígrafe seria, no nosso pensar, a extinção da punibilidade do agente, pelo matrimônio da ofendida com terceiro, por analogia *in bonam partem* da causa extintiva de punição con-

templada no inciso VIII do art. 108 do Código Penal (casamento da vítima com o sujeito ativo do delito contra os costumes).

No entanto, hodiernamente, a questão perdeu interesse, eis que o verbete nº 388 do Pretório Excelso foi revogado, por maioria de votos, a 16 de outubro de 1.975 no julgamento do HC nº 53.777, rel. Min. THOMPSON FLORES. Outro tanto, com o advento da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1.977, o casamento da ofendida com terceiro foi erigido à condição de causa extintiva da punibilidade, com sua inclusão, por aquela lei, no inciso IX do art. 108 do Código Penal.

39. Ob. cit., pg. 319.

40. Ob. cit., pg. 326.

**PROJETO PARA UMA INVESTIGAÇÃO COMPARADA
SOBRE CRIMES DE COLARINHO BRANCO NA
AMÉRICA LATINA ***

LOLA ANIYAR DE CASTRO

I. Revisão de denominações e conceitos:

O chamado delito de colarinho branco, tal como foi definido originalmente por Sutherland ¹, é aquele cometido por uma pessoa de respeitabilidade e elevado status sócio-econômico, no exercício de suas atividades empresariais. Embora neste mesmo livro de Sutherland haja algumas inconseqüências, a característica central deste tipo de fato é seu caráter classista. Por isso, Heller (1967) o denomina "Kavaliers-delikt" ou delito de cavalheiros. Este caráter parece ser o elemento que contribui para dar a esses estudos, depois denominados das mais variadas formas (delitos econômicos, delitos ocupacionais, delitos de enriquecimento, delinqüência de negócios), sua verdadeira importância em Criminologia, pelo que significou de revolucionário na transformação do interesse dos criminólogos tradicionais e na reformulação total da teoria criminológica.

(*) Tradução de Yolanda Catão.

Este projeto será realizado por numerosas instituições na América Latina, sob coordenação do Centro Internacional de Criminologia Comparada, da Universidade de Montreal, e do Instituto de Criminologia da Universidade del Zulia (Maracaibo, Venezuela). O ICIPERJ se associou ao projeto e patrocinará a primeira reunião, que se realizará no Rio de Janeiro, no período de 23 a 27 de julho de 1979.

1. Sutherland, Edwin: **El Delito de Cuello Blanco**, Caracas, Edição da Biblioteca da Universidade Central de Venezuela, 1969.

Muitas de suas denominações posteriores tenderam a esvaziar o conceito original de seu conteúdo de classe e chegou-se inclusive a falar de "delitos de blusa azul" ² para se referir àqueles cometidos por operários no exercício de seus trabalhos. Um pouco dentro dessa mesma ordem de idéias e intenções, encontra-se o tratamento que se tem dado aos delitos chamados "ocupacionais" (Clinard e Quinney) com os quais se tem pretendido, às vezes escamotear o elemento fundamental, antes assinalado, ao se fazer neles menção aos delitos cometidos por profissionais; fraudes em oficinas mecânicas, delitos de funcionários públicos, sacerdotes e outras pessoas de classe média em geral. Assim na Alemanha e nos Estados Unidos, para caracterizar estes delitos, menciona-se geralmente o abuso de confiança nas relações econômicas, e os denominam delitos ocupacionais, enfatizando menos a pertinência do delinquente à classe alta do que as formas pelas quais o fato é realizado. Outros ³ denominam de colarinho branco alguns delitos contra a propriedade que são especialmente difíceis de serem comprovados.

O conceito geralmente utilizado pela criminologia francesa e canadense de "*criminalité des affaires*" focaliza fundamentalmente os negócios como instrumento e como objeto dos atos delituosos.

O Direito Penal, por sua vez, quando de alguma maneira incrimina este tipo de fatos, o faz para proteger os "interesses sócios-econômicos da comunidade" e, em geral eles aparecem, nos casos em que o Código Penal os inclui, sob o título de "delitos econômicos". Neste termo amplo de delitos econômicos, se dilui também o caráter classista que originariamente tinha o conceito de Sutherland de delito de colarinho branco, especialmente porque o delito econômico pode ser praticado entre pessoas pertencentes, todas elas, ao mundo dos negócios. Isto é, pode ser um deli-

2. A cor tem mudado segundo os autores, e cada cor tem conotações evidentemente diferentes. Reasons fala de "*The dirty collar*" (o colarinho sujo), para opor-se ao "*the white collar*" (o colarinho branco). Também se tem falado de delitos de cor caqui para referir-se aos cometidos por militares, em tempo de guerra. Referindo-se às estatísticas, Versele falou, em 1976, de "cifras douradas da delinquência", para denominar os delitos de colarinho branco que não aparecem nelas, em oposição ao termo "cifras negras da delinquência", referido por ele só aos delitos convencionais que permanecem desconhecidos.

3. Schultz: *Les délits économiques et la prevention générale*, *Journal des Tribunaux*, 1967, IV 130 (132); Schubarth, *Sind die sogenannten Wirtschaftsdelikte wirklich ein Problem?* *Revue de Droit Pénal Suisse*, 1974, 384 (387 f); Leferenz, *Literaturbericht Kriminologie*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1976, 186 (212), todos estes citados por Tiedemann, Klaus, *Phenomenology of Economic Crime*, Report to the Twelfth Conference of Directors of Criminological Research Institutes, Strasbourg, 17 de agosto, 1976, Publicações do Conselho da Europa.

to intraclasse, como, por exemplo, a falência fraudulenta, ou um delito que poderia ser, alternativamente, intra e interclasses como a emissão de cheques sem fundos, falsificação de documentos, moedas, etc. Assim, segundo este termo, o traço característico seria o de haver abusado de meios próprios da atividade econômica.

Pawel Horoszowski ⁴, procura dar uma definição que sirva tanto para uma sociedade socialista, como para uma capitalista, e diz que o elemento comum é "o fato de que essas infrações são praticadas em condições em que o autor se aproveita de uma oportunidade especial, criada ou altamente favorecida pelas funções e organizações atuais, muito complexas, dos sistemas tecnológicos, econômicos, sócio-culturais e políticos" e os denomina "*special opportunity crimes*". Essa ocasião particular será aquela que permita esconder o delito e/ou impeça de recolher as provas suficientes para individualizar o autor ou determinar sua intenção dolosa.

Freqüentemente insiste-se em considerar como um desses delitos, aqueles cometidos por funcionários públicos no exercício de suas funções, preferivelmente, os de hierarquia mais alta e, que gozam, portanto, de maior impunidade. Na definição de Horoszowski, eles estariam incluídos. Neste caso, o elemento "poder econômico" é substituído pelo "poder político", mesmo porque é de se notar que, geralmente, ambos não estão desvinculados. A inclusão desses fatos faz com que, para alguns, os delitos dessa espécie caracterizem-se por ser aqueles que a dogmática jurídico-penal denomina "delitos próprios", isto é, aqueles que não podem ser cometidos por qualquer pessoa, senão por aquelas que se revestem de uma qualidade específica definida pelos códigos penais (a de funcionário público, neste caso), quando o fato estiver relacionado com formas de enriquecimento. As estreitas relações entre delito de colarinho branco e poder político, podem ser demonstradas, sem dúvida, na prática. E também a partir das teorizações de Engels sobre a origem do Estado, de outros, como Miliband e, no campo específico da criminologia, por Quinney.

Desta forma, os delitos cometidos por funcionários públicos seriam atinentes a uma pesquisa sobre colarinho branco, na medida em que constituam elemento útil para facilitar a prática de um delito econômico de alto nível. Da mesma forma, como propomos mais adiante, quando eles representarem, no caso concreto, verdadeiramente o "poder político", e não quando se tratar de funcionários de nível hierárquico mais baixo.

4. Horoszowski, P.: *White Collar Crime, a special opportunity Crime*, *Compte rendu des travaux des Journées d'Etudes sur la Criminalisation et Infractions Financières, économiques et sociales*, Institut de Criminologie de Lille, décembre 1976.

A variedade de definições comporta um enorme leque de denominações: criminalidade de barões, capitalistas criminosos (ou criminosos capitalistas) criminalidade das empresas, malfetores da grande riqueza, etc. ⁵. Mas, por outro lado, levou alguns autores a abster-se de definições e a cingir-se ao estudo de problemas concretos. Não é fácil, portanto, sistematizar de forma homogênea todas as possíveis categorias de fatos que poderiam estar relacionados com o enriquecimento em detrimento da coletividade ou de outras pessoas, grupos de pessoas ou empresas, sem deixar fora uma série de novas condutas fraudulentas, que, se bem tenham alguns elementos comuns, não contém todos aqueles que estão presentes em outras condutas, com cujos traços mais gerais coincidem. É apenas como dizem Di Gennaro e Vetere ⁶, uma "intuição profunda" a que, desde algum tempo, incita os estudiosos e os leigos a salientar uma zona de comportamentos ilícitos que a larga tradição do Direito Penal, e a mais recente da criminologia, têm quase inteiramente abandonado.

E, com efeito, foi com base nessa intuição que surgiu o interesse em estudar condutas que, se bem não estejam definidas pelo Código Penal como delitos, nem estejam sequer consideradas ilícitos civis ou administrativos (consequência de uma previsão legislativa, que poderia ser produto das mudanças tecnológicas e sócio-econômicas sempre mais rápidas que as das instituições, ou, mais provavelmente, da proteção não inocente que, por omissão, faz a lei penal de certos interesses econômicos), causam um dano intenso à comunidade. Assim, quando se trata de fixar os ilícitos que devem ser estudados pela criminologia, Tiedemann ⁷ afirma que o critério decisivo que responde a essa questão é o mal social infligido pelo ato correspondente. Assumir esta posição reduz as discussões em torno do conceito do que é delituoso

5. Mario Levesque, Colette Pacent e Ricardo Kedgior, em sua investigação sobre **A Criminalidade Econômica em Quebec**, sob a direção de Denis Szabo (ver publicação do CICC da Universidade de Montreal **La Criminalité Économique au Quebec**, 1977, destes autores) elaboram um quadro dessas denominações no qual incluem 22 diferentes. Além das citadas por nós, entre outras, estão "Criminalidade financeira", "Criminalidade profissional", "Criminalidade sócio-econômica" (Tiedemann), "Avocational Crime" (Geis), "Commercial Crime", "Corporate Crime", "Upper world criminal" (Morris).
6. **La Criminalité Économique, Problèmes de Définition et Lignes de Recherche**. Comunicação apresentada às Primeiras Jornadas Europeias de Defesa Social sobre a Criminalidade nos Negócios sob o patrocínio das Nações Unidas, (Roma, 28-29 de outubro de 1977).
7. Tiedemann, Klaus, **La Situation Internationale de la Recherche et les Réformes Législatives dans le Domaine de la Criminalité des affaires**, Comunicação apresentada às Primeiras Jornadas Europeias de Defesa Social sobre a Criminalidade nos Negócios sob o patrocínio das Nações Unidas (Roma, 28-29 de outubro de 1977).

aos fins da criminologia; ou, para sermos mais precisos dada a aceção legal que o termo "delituoso" possui — em torno ao tipo de conduta desviante que deve ser estudado pela criminologia. Em algumas ocasiões, temos feito referência, preferencialmente, à conduta "anti-social", já que, de certa forma, esta expressão sublinha o aspecto relativo das definições legais e o debate sobre o grau e intensidade do desvio, que deve ocupar o criminólogo, uma vez que indica a essência danosa do fato. Porque, sem nenhuma dúvida, não fazemos parte daqueles que pensam que estes fatos pertencem à categoria dos "**mala quia prohibita**", em oposição aos "**mala in se**". Porém uma discussão sobre os critérios para definir os elementos do conceito **mala in se** excede à intenção deste documento.

2. Elementos do conceito:

Assim sendo é evidente que um elemento a ser levado em conta, ao lado da **alta classe do autor**, de sua respeitabilidade ⁸ e da **especial maneira como os atos são praticados**, é a **essência socialmente danosa da ação**. Este dano, por outro lado, deve ser de certa envergadura. **O custo econômico, fiscal, moral, direto ou indireto**,

8. Excluem-se, portanto, as ações cometidas por pessoas de alto poder aquisitivo que são conhecidas como pertencentes ao baixo mundo: contrabandistas poderosos, etc. Como disse Ross, que denomina, mal a nosso ver, "Criminalóide" a este delinqüente: "O criminalóide apresenta-se com a armadura de um homem bom. Mantém-se apertando as ilhargas com religiosidade e veste-se com a couraça da respeitabilidade. Seus pés estão calçados com ostentosa filantropia, sua cabeça está encerrada em um elmo que porta a águia desfraldada do patriotismo. Em sua mão esquerda, sustenta o escudo do êxito mundial, e na direita a espada da influência. Desta forma, ele consegue não só sobreviver à catástrofe mas também enfrentá-la". Alsworth Koss, Edward: **The criminaloid, The Atlantic Monthly**/99 (Janeiro 1967): 44-50, cit. por Reasons, Charles: **The Criminologist: Crime and the criminal**, Pacific Palisades, Califórnia, Goodyear Publishing Company Inc., 1974, p. 227. Sutherland, por sua vez cita as frases seguintes "A. B. Stinkney, um presidente de estrada de ferro, diz a outros 16 presidentes de estradas de ferro, na casa de J. P. Morgan em 1880: Tenho o maior respeito por vocês, cavalheiros, individualmente, porém como presidentes de estradas de ferro não lhes confiaria sequer um relógio, se não estivesse presente"... "James N. Beck diz a respeito do período 1905/1917: Diógenes teria tido grande dificuldade em encontrar um homem honesto em Wall Street que fosse possuidor de uma companhia" (ob. cit. pg. 14).

deve ser elevado ⁹. Ao incluir o custo social, em vez da "conduta ilícita", estamos nos afastando um pouco da tese originária de Sutherland. Por outro lado, no que foi qualificado por algumas pessoas como inconseqüências do autor ¹⁰, não se pode esquecer que este também se referia às ações dos profissionais chamados liberais (médicos, advogados, etc).

Por outro lado, as Nações Unidas incluíram em seu programa, a longo prazo, "o estudo dos delitos cometidos por abuso de poder, particularmente de poder econômico" ¹¹. Eis aqui outro elemento que gostaríamos de acrescentar para melhor delimitar o objeto da pesquisa proposta. O abuso do poder, não só o econômico, representa uma alternativa para nela incluir fatos de corrupção administrativa, nos casos em que esta seja cometida por funcionários da alta burocracia governamental. Está claro que o simples suborno a empregado ou funcionário público de categoria menor, pertence aos delitos convencionais, já que mesmo quando a impunidade de fato, às vezes, se produza, não está excluído que estes funcionários, em um momento dado, possam ser escolhidos como vítima propiciatória para uma campanha publicitária sobre a honestidade dos governos vigentes.

9. O custo econômico de um só destes delitos pode ser maior que o de todos os furtos e roubos que se cometem em 1 ano no país. Só no que se refere à evasão de impostos, a perda estimada nos E.U.A. é de 25-40 milhares de dólares; na França, estima-se entre 15 e 23 milhares de francos; em Venezuela, supõe-se que só ingressam nos cofres públicos uns 50% do que, por lei, deveria ser recolhido. Por outro lado, o custo em saúde humana e em perdas diretas de membros da coletividade é considerável, de acordo com os tipos de delito. Social e moralmente, porque o dano é ocasionado por aqueles que são, em princípio, o espelho e guia do comportamento coletivo, não se deve esquecer que os grandes empresários são promotores do bem estar social, filantropos nacionais, etc. Por outra parte, há um "efeito em espiral" que se produz pelo fato de que esses delitos são geralmente acompanhados por outros que são seus instrumentos, como falsificação, corrupção etc.
10. Sutherland também fazia referência às fraudes e roubos da classe média, e mesmo da classe baixa. Di Gennaro e Vetere, sem nenhuma dúvida (ob. cit.), afirmam que, com base no contexto da obra de Sutherland, pode-se entender essas referências como exemplos de que o delinqüente de colarinho branco cometia os mesmos atos que os das classes inferiores. Sem dúvida, freqüentemente, referem-se aos "business and professional men" e inclusive a pessoas de desenvolvimento atividade política (ob. cit.).
11. As características deste delito, que as N. U. denominam "Crime enquanto empresa lucrativa", seriam as seguintes: 1) fim de lucro e utilização abusiva de qualquer forma legítima de comércio, indústria ou atividade profissional. 2) uma certa organização (um conjunto ou sistema de relações estabelecidos entre as partes que praticam os delitos). 3) os autores possuem alta posição social e/ou poder prático: "Formes et dimensions nouvelles-nationales et transnationales de la criminalité", trabalho do secretariado apresentado ao V Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento do Delinqüente, Genebra, 1975.

Com efeito, freqüentemente observa-se que alguns funcionários, assim como empresários ou profissionais de nível socio-econômico médio, sem verdadeiro acesso ao poder político e/ou econômico, são castigados por seus atos e estes aparecem amplamente publicados nos meios de comunicação social. Este é um falso delinqüente de colarinho branco, que oferece a ilusão de que seus atos podem ser castigados e facilita assim a impunidade do verdadeiro delinqüente de colarinho branco.

A fórmula poderia ser esquematizada da seguinte maneira: Dc está para DCB como DCBc está para DCB, sendo

Dc: Delinqüente convencional

DCB: Delinqüente de Colarinho Branco

DCBc: Delinqüente de Colarinho Branco convencional ou falso delinqüente de Colarinho Branco.

As vezes, observa-se também, que um alto funcionário público ou um grande empresário, encontram-se envolvidos em algum escândalo e são efetivamente levados à prisão. Não se deve esquecer que as instituições têm sua própria dinâmica que, em certas ocasiões, as faz funcionar contra os interesses que lhes deram origem ou que as sustentam. Geralmente, as pessoas que constituem esta exceção são previamente excluídas do poder político e isto explica sua seleção e punição.

Por outro lado, o fato de estarem os delitos de Colarinho Branco fortemente ligados à estrutura de poder político, pela interação que em nosso sistema existe entre esta estrutura e a do poder econômico, não deve, todavia, excluir da investigação aqueles fatos cometidos por grandes empresários nos quais esta vinculação não seja evidente. Freqüentemente, a vinculação só existe a nível do tratamento institucional que é dado a estes fatos. Estas duas observações foram sugeridas pelos membros do Instituto de Criminologia da Universidade de Zulia, Emilio Garcia M., Audalina de Suárez e Thamara Santos.

Sugerimos analisar, para caracterização do tema da pesquisa proposto, os seguintes elementos (muitos citados por Sutherland), embora alguns nem sempre estejam presentes:

A maior parte das vezes, a classe social do delinqüente é diferente da classe social da vítima (inversamente ao que sucede nos chamados delitos convencionais de conteúdo econômico: furtos, fraudes, falsificações, apropriações indébitas, pequena corrupção), sendo aquela geralmente alta e a desta última, média ou baixa, a menos que se trate da comunidade inteira convertida em vítima (como é o caso da alteração de substâncias alimentícias, contaminação ambiental, especulação, evasão dos impostos, publicidade falsa, etc.). Contudo, em alguns casos a vítima pode ser outro grande empresário concorrente ou empresários que se vinculam financeiramente ao autor.

O fato anti-social é praticado no exercício da atividade. Permanecem portanto, excluídos aqueles fatos que, mesmo sendo praticados por pessoas de alta classe, poderiam ser cometidos por qualquer outra pessoa (lesões, homicídios, etc.).

A implementação diferencial da lei, a sanção e os tribunais: com efeito, quando recebem alguma sanção, esta constitui uma medida de tipo pecuniário (multas, indenizações), que é transferida imediatamente ao consumidor através dos preços. De outra parte, como se disse, são apenas substancialmente delitos, já que estão, em geral, previstos em Leis Especiais. Como não transitam pelos Tribunais penais, não ocasionam antecedentes penais e não produzem estigmatização.

O público percebe mal o caráter delituoso desses fatos, os considera com mais indiferença do que os fatos convencionais e não crê que seus autores sejam mais perigosos que os destes últimos.

Não podem ser explicados mediante as teorias criminológicas tradicionais (como falta de educação, instabilidade emocional, carência intelectual, habitacional ou de outra índole). Pelo contrário surgiram novas tentativas de explicação criminológica: a teoria da opção econômica (segundo a qual, o delito de colarinho branco seria uma opção econômica a mais), a teoria da aprendizagem (proposta por Sutherland como teoria de amplo alcance, com o nome de Associações Diferenciais), a tese de dessocialização (como falta de integração total e positiva de uma pessoa ao grupo social)¹²; a teoria do conflito (para a qual o empresário enfrenta normas contraditórias, provenientes uma da economia e outras da lei), etc.

Mesmo quando existem sanções previstas, há uma grande dificuldade em descobri-los e denunciá-los, e portanto, há impunidade. As variáveis "Organização" e "Sofisticação", utilizadas por Turk para explicar quando se produz a criminalização por conflito entre "Autoridades" e "Oposição", são válidas também para analisar o mecanismo da impunidade destes delitos.

A impunidade pode ser, como temos visto, de direito e de fato. A impunidade de direito obedece ao silêncio da lei, frente a certas condutas.

A impunidade de fato obedece a diversas causas:

- a) O forte poder econômico e social dos autores.
- b) A cumplicidade das autoridades.

12. Cfr. Zybon, Adolf *Aspectos sociológicos en el Area del Delito Economico*, Comunicação apresentada nas Primeiras Jornadas Europeias de Defesa Social sobre a Criminalidade nos negócios sob o patrocínio das Nações Unidas, Roma, 28-29 de outubro de 1977.

- c) A privacidade que caracteriza as vidas e atividades dos autores.
- d) A complexidade das leis especiais que, às vezes, procuram regular estes fatos, as quais podem ser manipuladas por hábeis assessores legais e contábeis.

Um elemento que colabora fortemente para a impunidade é a **organização**. Como disse Sutherland, na maioria dos casos, trata-se de delito organizado. A circunstância de que seja cometido por grandes corporações torna mais difusa a responsabilidade penal. A organização inclui supostamente toda uma complicada maquinária para manter a corporação fora do alcance da lei e de sua execução, mediante a contratação de administradores-chave, por sua posição na comunidade e por suas influências, assessores e relações com os organismos governamentais. Quando a organização chega ao seu nível mais alto encontramos-nos frente às multinacionais. A potencialidade delitosa dessas companhias, não somente em intensidade, como também em extensão, é tão importante, especialmente nos países do terceiro mundo, que se começa a dedicar à matéria especial atenção. A complexidade da aplicação das diferentes leis nacionais, a distância ou incerteza dos centros de decisão e a cumplicidade das filiais no exterior, constituem um tipo de delinqüente muito particular para a criminologia e, sem dúvida nenhuma, de alta periculosidade. Não existem muitas pesquisas sobre isto. Guilherme Ramos, pesquisador do Instituto de Criminologia da Universidade de Zulia, elaborou uma primeira tentativa de análise¹³. Por isto, e dado o contexto no qual a pesquisa comparada deve ser realizada, **sugerimos a inclusão de um capítulo supra-nacional sobre a delinqüência dessas companhias.**

A organização, por outro lado, não encontra contrapeso na organização das vítimas, que não existe em quase nenhum caso, salvo o de alguns movimentos não generalizados de proteção ao consumidor. A isto se agrega a tendência comum em acreditar que as empresas maiores e mais importantes são mais honestas que as pequenas. O desenvolvimento tecnológico e o dos mecanismos de manipulação de consciências, tem permitido a essas organizações fazer uso de técnicas publicitárias sutis, para conservar a aceitação do público e manter sua boa imagem. O uso dos estereótipos, em especial o estereótipo do delinqüente, que enfatiza, particularmente o delinqüente convencional, criando uma verdadeira demonologia do crime, desenvolvendo campanhas de combate ao crime, que atraem efetivamente a atenção do público por meios praticamente terroristas, desviando-a assim da possibilidade de ter uma consciência mais clara

13. Vid. Ramos, Guilherme, *Las Empresas Multinacionales. Delinquencia de Cuello Blanco a nivel Supra-nacional*, no *Capítulo Criminológico*, nº 3., Organização do Instituto de Criminologia da Universidade de Zulia, 1975, p. 131.

deste outro tipo de delinquência, faz parte deste organizado complexo, do qual não está isenta, consciente ou inconscientemente, a atividade oficial ¹⁴.

Esperamos que a presença dos elementos anteriormente citados possa orientar os pesquisadores na delimitação dos fatos que sugerimos indagar neste projeto, já que somente uma concreção bem definida do objeto do estudo permitirá obter dados comparáveis. Parece-nos mais prático enumerar seus elementos do que nos limitar ao marco estreito de uma definição, que poderia não ser suficientemente abrangente ou explícita.

3. Semelhanças entre estes delinquentes e os convencionais

A análise criminológica, por outro lado, permite assimilar ao delinquente convencional o delinquente de colarinho branco, em seus procedimentos, finalidade e valores, como dizia Thorstein Veblen ¹⁵.

Sutherland identifica o homem de negócios com o ladrão profissional por possuírem certas características comuns: ambos são geralmente reincidentes; sua conduta ilegal é geralmente mais ampla do que indicam as acusações e denúncias.

Não perdem seu status entre os seus associados (o prestígio se perde por uma violação do código dos negócios, mas não por violação do código penal). Ambos sentem e expressam desprezo com relação à lei, o governo e seus funcionários. Desprezam os delinquentes de menor categoria que tenham sido processados e punidos. Suas ações são deliberadas e organizadas. A organização e sofisticação, que os caracteriza, torna mais difícil a detenção e a prova dos fatos. Alguns procedimentos são semelhantes: uso de linguagem cifrada para comunicar-se, clandestinidade, etc.

Como veremos, alguns autores sugerem que se faça estudos de personalidade de que possam oferecer resultados comparáveis. Todavia, como, aliás, é óbvio, a viabilidade de estudos deste tipo é praticamente impossível.

14. Como dizem Capecchi e Jervis, na introdução a Chapman, Denis: **Lo Stereotipo del Criminale**, Turim, Einaudi, 1971, o criminoso estereotipado é função do sistema estratificado e contribui para mantê-lo inalterado. Isso permite à maioria "não criminosa" redefinir-se a si mesma, com base nas normas que aquele violou e reforçar o sistema de valores de seu próprio grupo. De outro lado, depreende-se da obra de Chapman que o delinquente estereotipado delimita a zona negra, do mal, da iluminada, a que pertenceriam as classes mais favorecidas, desviando-se assim a carga agressiva da coletividade em relação ao criminoso convencional, agressividade que, de outro modo, derivaria para as classes poderosas.
15. **Theory of the Leisure Class**, Nova York, 1912, p. 237: "O homem endinheirado ideal é como o delinquente ideal, em sua conversão inescrupulosa de bens e pessoas para seus próprios fins e em sua insensibilidade para com os sentimentos e desejos dos demais e nos efeitos remotos de suas ações; todavia não é como ele, porque possui um sentido mais agudo do status e porque trabalha com maior visão para um fim longo".

4. Problemas metodológicos e sugestões de pesquisas feitas por outros autores

As dificuldades da pesquisa sobre este tema não são pequenas. Não apenas porque não tem nenhuma incidência sobre as estatísticas ou qualquer outra fonte manejável de informação. Também, como indica Szabo ¹⁶: 1) os órgãos públicos não consideram que esta seja uma área prioritária, e assim, a obtenção de dados se faz difícil; 2) as implicações políticas deste tipo de pesquisas impedem a colaboração das autoridades, e os empresários delinquentes não estão dispostos a prestá-la; 3) uma pesquisa desta espécie requer uma equipe interdisciplinar com contribuições de juristas, economistas e sociólogos. Além disso, as técnicas de pesquisas usuais não dão bons resultados, pela própria natureza do objeto: nem a observação usual, nem as biografias criminais, nem os estudos clínicos. E, como o mesmo Szabo afirma textualmente ¹⁷: "O mais importante tema de pesquisa sem dúvida deveria fazer referência ao contexto sócio-econômico e político, no qual essa ou aquela conduta resulta ser criminalizada. Explicar a real debilidade da sanção penal na grande variedade das infrações de negócios é um grande empreendimento intelectual. Muitas explicações foram propostas; poucas foram verificadas empiricamente".

Os enfoques, especialmente teóricos, são abundantes na recente literatura criminológica, alguns tratando de delimitar o conceito, outros tentando criar modelos de análise sócio-criminológicos; outros, enfim, sobre as modalidades de um controle social eficaz para a prevenção primária e secundária, ainda quando através de novas propostas de reação social formalizada.

Rico considera importantes os seguintes elementos para a realização de uma pesquisa ¹⁸, os quais extraímos do contexto total de seu trabalho:

1. Delimitação do campo desta forma de criminalidade, a qual compreenderia todos os problemas de sua definição.
 2. A etiologia da delinquência nos negócios: tendo em conta a dificuldade e menor urgência do estudo clínico do autor, sugere um enfoque sócio-político das motivações, dos mecanismos da passagem ao ato, em especial a tolerância e as complicitades eventuais, conscientes ou inconscientes, dos homens públicos e do legislador.
 3. A reação social (todos os sistemas de controle) formal ou informal (transações, medidas extra-judiciais, sanções penais).
16. Em: Editorial, **Affaires et Criminalité au Quebec**, *Criminologie*, 1977, Les Presses de l'Université de Montréal, e em "La Criminalité d'Affaires: aspects criminologiques", publicações do Centro Internacional de Criminologia Comparada, Universidade de Montreal, 1977.
17. **La Criminalité d'Affaires. Aspects Criminologiques**, ob. cit. p. 39.
18. Rico, José: **Notas introductivas a la Criminalité des Affaires au Quebec**, Les Presses de l'Université de Montréal 1977.

4. Uma teoria explicativa deste tipo de delinquência que agregue às Associações Diferenciais de Sutherland, o papel possível de certos fatores econômicos e a influência de alguns traços psicológicos, segundo proposição de Clinard ¹⁹. Rico refere-se igualmente à tese de Pinatel, segundo a qual a partir de uma comparação entre o delinquente convencional e o de colarinho branco, constata-se que ambos são egocêntricos, lábeis, agressivos e indiferentes em alto grau, embora o último, diferentemente do primeiro, seja um hiperadaptado social e possui, além disso, uma emotividade profunda e dissimulada, e uma vontade de poder que pode explicar-se por um sentimento de inferioridade ²⁰.

No que nos diz respeito, antes de arriscarmos uma sugestão de pesquisa, procuramos medir realisticamente as possibilidades de execução e verificação. Sendo praticamente nulo o esforço de pesquisa feito na América Latina até o momento sobre esses delitos, parece-nos conveniente começar pelas constatações mais gerais, no que seria uma Primeira Parte. Continuar com o aspecto específico de algum setor da fenomenologia do crime de colarinho branco, em uma Segunda Parte. E culminar com uma pesquisa que proponha, como conclusão, medidas eficazes de controle social. Esta última etapa deixa-se em suspenso por enquanto.

5. Nosso Anteprojeto

1. Recomendações para a comparabilidade dos dados:

- 1.1 — As equipes partirão de um mesmo conceito operacional de delito de colarinho branco.
- 1.2 — O período a estudar será o mesmo.
- 1.3 — As hipóteses serão comuns.
- 1.4 — Os fatos que se pretende pesquisar deverão ser iguais.
- 1.5 — As técnicas a utilizar deverão ser combinadas previamente e os instrumentos serão estandardizados.

2. Mecanismo da investigação comparada:

- 2.1 — Realizar-se-ão seminários de pesquisas anuais para a discussão das etapas realizadas e reajuste do processo de pesquisa.
- 2.2 — A assembléia das equipes participantes nomeará uma pessoa ou Comissão encarregada de elaborar a síntese final comparada da pesquisa.
- 2.3 — Cada equipe regional publicará sua respectiva monografia nacional. Os órgãos coordenadores publicarão a síntese final.

19. Clinard, Marshall: *The Black Market*, Nova York, Rinehart, 1952.

20. Pinatel: *A criminalidade nos diferentes círculos sociais*, in *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, n° 3, 1970.

3. Estrutura do projeto:

A investigação está dividida em tres partes e uma investigação supranacional. Cada parte do Projeto sugerido pode ser considerada como uma unidade separada e completa a partir da qual poderão ser feitas as sínteses finais.

As equipes podem participar em uma ou mais Partes do projeto, à sua escolha.

Primeira Parte

Parte Geral (aspecto estrutural).

Objetivos: Realizar algumas aproximações gerais sobre as características da delinquência de colarinho branco, nos países latino-americanos participantes.

Segunda Parte

Parte Especial (aspecto fenomenológico)

Objetivos: Conhecer a fenomenologia da delinquência de colarinho branco, na América Latina, mediante a pesquisa e análise de algumas condutas específicas.

Terceira Parte

Controle Social (conclusões de Política Criminal).

Objetivos: Investigar as medidas mais apropriadas para a formulação de uma Política Criminal, em geral, e uma reforma legislativa, em especial. Proposições ao Código Penal Tipo Para Latinoamérica.

Aspecto Supranacional: A delinquência de colarinho branco, de incidência transnacional, na América Latina, desenvolver-se-á paralela e simultaneamente com estas três partes.

Primeira Parte

Período a pesquisar: Qualquer ano do período compreendido entre 1975 a 1979.

Hipóteses Gerais:

- 1 — O poder econômico e o poder político estão estreitamente vinculados nos países da América Latina.
- 2 — As imagens que o público possui do delito de colarinho branco e do delito convencional são diferentes.
- 3 — Os meios de comunicação social, escritos, contribuem para o estereótipo do delinquente, dando um tratamento diferencial às notícias que se referem a um e a outro tipo de delito.
- 4 — Assim como o estereótipo do delinquente de colarinho branco, há também um falso delito de colarinho branco que é, às vezes, punido, e é visível através dos meios de comunicação. O mesmo é cometido por funcionários, profissionais ou empresários de categoria intermediária ou inferior, os quais são vítimas propiciatórias que representam a ilusão de que estes fatos podem ser perseguidos e punidos, permitindo-se a impunidade do verdadeiro delinquente de colarinho branco.

5 — Os delitos de colarinho branco, quando estão previstos como ilícitos pela legislação, permanecem geralmente impunes.

Técnicas de investigação a utilizar para as hipóteses propostas:

Hipótese 1: Análise das relações concretas, que existem em cada país, entre o poder econômico e o poder político.

Hipótese 2: Pesquisas entre a população, com o objetivo de medir a reação diferencial do público, frente a determinadas condutas. Propõe-se pesquisar a reação emocional e instrumental das seguintes condutas de colarinho branco

Manobras para determinar alta de preços, com fins de especulação.

Adulteração de substâncias alimentícias.

Evasão de impostos.

De delitos convencionais: furto

roubo

homicídio preterintencional

estelionato

Hipóteses 3 e 4: Análise das notícias de página policial e outras referidas a delitos de colarinho branco, incluindo os casos de corrupção administrativa. A análise compreenderá: lugar em que se situa a notícia, títulos, medidas, conteúdo (mensagem implícita e explícita).

Hipótese 5: Pesquisa dos órgãos de controle social formalizado.

5.1 — Análise das leis penais e especiais, para detectar quais os delitos de colarinho branco que foram previstos nas mesmas, e estudo comparativo das sanções em relação às dos delitos convencionais.

5.2 — Pesquisa nos tribunais e em outros órgãos oficiais, para verificar o número de delitos de colarinho branco processados nas diferentes repartições, tipo de repartição que se ocupa destes fatos, tipo de delito de colarinho branco que está representando, e situação do processo correspondente, fazendo referência, quando for o caso, à decisão definitiva que tenha sido tomada sobre ele.

Tentativa de Cronograma

Julho de 1978 a julho de 1979;

Obtenção de dados para a parte relativa às hipóteses 1, 3, 3 e 4. No Seminário de Bogotá, serão discutidos os instrumentos de pesquisa a serem utilizados.

Julho de 1979 a julho de 1980;

Análise da informação e conclusões.

Julho de 1980 a julho de 1982;

Desenvolvimento da pesquisa relativa à quinta hipótese.

1982 — 1984 — Segunda Parte

1984 — 1986 — Terceira Parte.

A CRIMINALIDADE VIOLENTA NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO (*)

Introdução.

O estudo da violência, como realidade histórica concreta, não pode ter por objeto a violência em geral, ou os modelos abstratos elaborados para sua teorização, mas as formas específicas e particulares de existência e de desenvolvimento da violência em sociedades humanas historicamente determinadas. Assim, esse estudo pressupõe (1) a delimitação do espaço social em que se manifesta a violência, (2) a definição do tipo de organização social existente nesse espaço, (3) a determinação do período histórico abrangido pelo estudo, e, finalmente, (4) a especificação das formas concretas e particulares de violências presentes nesse quadro real.

1. O contexto social histórico da pesquisa.

O espaço social de existência da violência objeto do estudo é delimitado pela formação social brasileira. Essa formação social constitui um tipo de sociedade caracterizado pela existência superposta de modos de produção distintos, dominados pelo sistema capitalista de produção. A estrutura das formações sociais, em geral, é determinada pelo conjunto das relações de produção e reprodução material do ser social, e, no caso particular da sociedade brasileira, pela forma privada de propriedade dos capitais produtivos e pela apropriação pessoal do produto do trabalho social.

A estrutura dessa formação social é determinada, reproduzida e ampliada, pela ação conjugada de duas ordens de fatores gerais, (a) a dinâmica interna dos processos produtivos materiais, orientados para a produção de mais-valia e reproduzidos pela reinversão renovada de parte desse valor excedente em novos meios de produção, e (b) o poder de coação do Estado, como a organização política correspondente ao modo de produção dominante nessa formação social, dotado de aparelhos de dominação e direção ideológica e política, pelos quais exerce o controle social nos limites da ordem instituída. O estágio atual de desenvolvimento dos processos produtivos da formação social brasileira se caracteriza (a) pela transição interna para formas de concentração econômico-financeira das atividades produtivas, e (b) pela situação de dependência externa de financiamentos e de tecnologia (instrumentos sofisticados e conhecimentos

(*) Projeto de pesquisa em curso no ICIPERJ. Autoria e coordenação científica do prof. Juarez Cirino dos Santos. Direção geral do prof. Heleno Cláudio Fragoso.

técnicos). O sistema superestrutural dessa formação social compreende as formas protetoras e reprodutoras da ordem social existente, cujas linhas gerais são fixadas em normas (a) **constitucionais**, que definem os fundamentos gerais da ordem social, e (b) dos **sistemas legais complementares** (1) civil, que regula os modos de apropriação e transmissão da riqueza social privada, (2) trabalhista, que disciplina as relações entre proprietários dos meios de produção ou circulação e possuidores da força de trabalho, no conjunto dos processos de produção e circulação da riqueza social, (3) penal, que define os comportamentos proibidos, selecionados conforme as necessidades de proteção de valores sociais erigidos em bens jurídicos, e comina penas e medidas de segurança aos seus autores, (4) tributário, que provê os recursos materiais para a atuação dos aparelhos de direção e controle do Estado, como o administrativo, o policial-militar, o judicial, o educacional, o assistencial, etc.

Na base real da economia brasileira, (a) a expansão dos processos produtivos industriais acelerou a expansão das áreas urbanas, pela atração e localização da força de trabalho social nos centros de produção e circulação de riqueza, e (b) a mecanização dos processos produtivos rurais reduziu o emprego extensivo de mão-de-obra no cultivo da terra. As consequências sociais dessas transformações foram (a) a concentração de grandes massas humanas nas periferias das áreas urbanas, com o fenômeno correlato do êxodo rural, (b) um crescente potencial ocioso de trabalho, pela limitada capacidade de absorção do mercado de trabalho urbano, (c) a ampliação desmedida dos problemas tradicionais da miséria, do desemprego, da doença, etc., elevando as contradições e tensões sociais, generalizando o desespero e o sofrimento pessoal, e alterando os padrões convencionais de comportamento social. Essa transformação estrutural da base real da sociedade brasileira aumentou as desigualdades materiais, pela intensificação do desequilíbrio entre as formas jurídicas e políticas do Estado e as necessidades reais de uma população crescentemente marginalizada do progresso econômico, depauperada pelas condições de permanente precariedade de recursos básicos de simples sobrevivência animal. A teorização da violência não pode fazer abstração desse contexto histórico real: ao contrário, esse quadro histórico deve constituir a base de qualquer tentativa de explicação da violência social, em especial da violência criminal, e, especificamente, da violência criminal de conteúdo patrimonial.

2. O objeto da pesquisa.

Em qualquer formação social, a violência pode existir (a) sob a forma institucional de uma ordem social que concentra privilégios e difunde privações, e (b) sob a forma individual de respostas pessoais a condições sociais adversas, penosas ou frustrantes. Em princípio, o estudo das formas históricas particulares de violência social deve compreender a violência institucional de uma ordem social desigual e a violência individual de comportamentos definidos como crimes. Mas esse estudo geral ultrapassa os limites de um projeto científico: constitui o objeto de um projeto político total, que não pode ser pensado nem executado no domínio acadêmico, mas pela ação coletiva de forças sociais interessadas na sua realização.

O objeto da pesquisa compreende as formas concretas da violência individual, no contexto da formação social brasileira: esse objeto só possui significação como fenômeno inserido no contexto histórico dessa formação social, e compreende (a) a violência criminal do homem comum (em que a legitimidade do uso da violência é exceção) e (b) a violência criminal dos agentes dos aparelhos de controle e repressão social (em que a legitimidade do uso da violência deve ser a regra, pela autorização legal de seu emprego nos limites estritos do dever).

As formas concretas de violência individual objeto do estudo são delimitadas pelas definições legais da violência criminal. A definição legal de comportamento criminoso é o conceito mais adequado para delimitar o objeto de qualquer estudo sobre a criminalidade: as definições sociológicas fundadas no conceito de normas de conduta, de validade geral independente de condições históricas e limites políticos¹, ou as definições mais estritas fundadas no conceito de injúria social, compreensivas do ilícito civil não previsto pela lei criminal², são imprecisas e de discutível validade para o estudo do crime, em geral, e imprestáveis para o estudo da criminalidade violenta, em especial; definições mais modernas fundadas no conceito de direitos humanos, capazes de apreender tanto a violência institucional como a individual, ultrapassam os limites do objeto deste estudo³. Portanto, o âmbito do objeto é determinado pelo sistema jurídico e político da formação social histórica em que se situam (a) as definições legais da criminalidade violenta e (b) o comportamento violento definido como criminoso.

O projeto de pesquisa assume como premissa teórica de estudo de seu objeto, a natureza histórica do comportamento social, em geral, e, por inclusão, a historicidade das formas concretas da violência criminal, como existem (a) na formação social brasileira, (b) no atual período de suas transformações estruturais. Consequência dessa premissa teórica é a rejeição das proposições tradicionais sobre a natureza violenta do homem, ou sobre a existência inevitável da violência, em todas as sociedades, em qualquer tempo histórico: proposições desse gênero (a) são instrumentos de castração da teoria científica, pela submissão fatalista a determinismos imutáveis, e (b) estão comprometidas com a ordem social existente, garantida pela rudeza de métodos meramente repressivos e policiais. Para essas concepções, qualquer método além da repressão é uma inutilidade e um desperdício: a noção de uma natureza humana inevitavelmente violenta, independente da estrutura da formação social histórica, está na origem das ideologias autoritárias e repressivas, em política social e criminal. A premissa teórica do projeto, ao contrário, supõe uma identificação entre a natureza humana e o conjunto das relações sociais históricas, e, a par-

1. SELLIN, Thorstein — **Culture Conflict and Crime**, 1938.

2. SUTHERLAND, Edwin — **White Collar Criminality**, 1940.

3. SCHWENDINGER, Herman e Julia — **Defenders of Order or Guardians of Human Rights?**, *Critical Criminology*, 1975.

tir dessa premissa, focaliza a violência criminal sob as dimensões (a) de sua exteriorização através do comportamento criminoso, e (b) de sua interiorização a partir das relações sociais reais em que existe e se desenvolve a vida humana.

Definidos os limites do objeto pelo conceito legal de crime violento, restam duas questões complementares: (1) definir o conceito de violência criminal e (2) determinar os tipos legais que compreendem a violência criminal.

Crime é a lesão, real ou ameaçada, de um bem jurídico protegido pela lei penal: a conduta de um sujeito imputável, que realiza, sem justificacão, o tipo legal de um crime, com o poder concreto de evitá-lo, pelo conhecimento real ou possível de sua ilicitude, e pela ausência de situações de motivação anormal da vontade. Crime violento é uma modalidade de comportamento proibido pela lei penal, cujo tipo legal prevê, como modo de execução elementar, o uso de força, real ou ameaçada, contra um ser humano: os tipos de crime objeto do estudo são selecionados pela continência da violência como modo de execução elementar. A violência real é definida pelo emprego efetivo de força física, e a violência ameaçada pelo anúncio do propósito de emprego dessa força, e o seu limite mínimo é o constrangimento da vontade da vítima: em ambas as situações, a violência (a) tem por objeto a pessoa da vítima e (b) por objetivo produzir lesões contra (1) a vida, (2) a integridade ou saúde corporal, (3) a liberdade individual e sexual, e (4) o patrimônio da vítima.

Os tipos de crimes violentos, cujo conjunto constitui a criminalidade violenta objeto da pesquisa, estão previstos nos Títulos I (capítulos I, II, IV e VI), II (capítulo II) e VI (capítulos I e III), do Código Penal, e são os seguintes: (1) homicídio, (2) infanticídio, (3), aborto violento, (4) lesões corporais, (5) rixa, (6) constrangimento ilegal, (7) seqüestro e cárcere privado, (7) roubo, (8) extorsão, (9) extorsão mediante seqüestro, (10) estupro, (11) atentado violento ao pudor, e (12) rapto violento.

3. O propósito do estudo da criminalidade violenta.

No âmbito geral da criminalidade, definida pelo conjunto das práticas criminosas, nos limites políticos de uma formação social, em certa dimensão de tempo, a criminalidade violenta produz o maior alarma social. Conseqüências características desse segmento da criminalidade, são (a) o aumento da insegurança pessoal em face do risco de vitimização, produzindo ansiedades, neuroses e medo, e (b) o incremento das tensões sociais, pelo isolamento individual e desagregação social. A política oficial em face da insegurança individual e coletiva ligada à criminalidade violenta se caracteriza, em geral, por reações dirigidas, predominantemente, para a ampliação e intensificação da ação dos aparelhos de repressão e controle do crime, como a modernização de equipamentos, a extensão e melhoramento dos aparelhos policial, prisional e judicial, a capacitação dos agentes desses aparelhos, objetivando maior eficiência preventiva e repressiva da criminalidade violenta.

O crescimento progressivo dos índices da criminalidade, em geral, e da criminalidade violenta, em especial, demonstra a impotência desse método de combate ao crime. A ineficácia desse método de prevenção e repressão da criminalidade pode (e deve) ser explicada pela sua inadequação ao objeto respectivo: a natureza arbitrária (e, por isso, violenta) dos métodos tradicionais de "guerra ao crime" explica o fracasso de rigorosos programas de controle e redução da criminalidade violenta nos centros mais avançados do Ocidente, como os extensos e sofisticados programas do Law Enforcement Assistance Administration (LEAA), dos Estados Unidos 4.

O significado desse insucesso permanente não indica, apenas, a inadequação dos métodos tradicionais de controle e repressão da criminalidade violenta: **demonstra a insuficiência e a incorreção das teorias sobre esse objeto**, em que assenta a adoção de tais métodos. Por outro lado, a retificação das teorias erradas, ou a construção de teorias corretas sobre a criminalidade, não é uma simples questão de maiores e mais completas informações ou dados sobre o objeto, mas de informações ou dados obtidos com novas hipóteses sobre a natureza e desenvolvimento da criminalidade, capazes de orientar a investigação para dimensões negligenciadas desse objeto.

Quando as antigas teorias estão desacreditadas, e as novas teorias estão, ainda, em formação, a atitude científica mais indicada é a que se volta para o objeto real, procurando teorizá-lo a partir de hipóteses novas, estruturadas sobre postulados distintos, e capazes de apreender esse objeto no conjunto de suas determinações históricas, políticas e sociais, insuscetíveis de serem apreendidas na perspectiva limitada das causações bio-psico-sociológicas da criminologia tradicional. A falência da criminologia tradicional não surge como o enunciado de uma nova construção científica abstrata, mas como o resultado verificado e indiscutível da expansão real da criminalidade violenta nas sociedades ocidentais: foi decretada pelo desenvolvimento histórico do objeto teorizado.

As teorias da criminologia tradicional podem ser agrupadas na perspectiva da **passagem ao ato**, própria do positivismo criminológico, que compreende (a) as explicações biológicas e psicológicas centradas no indivíduo, e (b) as explicações sociológicas dos modelos orgânicos, da desorganização social ou do comportamento desviante, construídas sob o método indutivo das ciências naturais. A experiência histórica refutou as explicações da violência através de hipóteses de (a) atavismos constitucionais hereditários indicativos de degenerações biológicas identificáveis por estigmas físicos 5, (b) de anormalidades da estrutura cromossômica individual, determinadas pela presença adicional de um cromossoma Y nas com-

4. PLATT, Tony — **Street Crime — a view from the left**, Crime and Social Justice, 1978 (n. 9).
5. LOMBROSO, Cesare — **L'Uomo Delinquente**, 1897.

inações genéticas de alguns indivíduos ⁶, (c) de tipologias corporais erigidas sobre o pressuposto de ligações entre os caracteres ou tendências da personalidade e a estrutura somática dos indivíduos, determinada pela predominância de certos germes embriológicos ⁷, (d) de instintos agressivos inatos, enraizados na estrutura biológica individual, eventualmente controláveis, mas não extirpáveis, pelos processos de educação ⁸, (e) dos processos diferenciais de aprendizagem e condicionamento sob os determinantes básicos do chamado princípio hedonista (procura do prazer e evitação do sofrimento), em indivíduos situados em um ponto qualquer de escalas da personalidade, entre os extremos de extroversão — emocionalidades (das personalidades violentas e desajustadas) e de introversão — estabilidade (das personalidades sociáveis e ajustadas) ⁹, etc. Também não é possível insistir nos esquemas abstratos (a) dos modelos orgânicos, que teorizam a violência sob os conceitos de normal e patológico, implantados na sociologia por influência das ciências biológicas ¹⁰, (b) das teorias de desorganização social, fundadas na ausência de normas ou conflitos culturais entre conjuntos de normas distintos ou opostos, na mesma formação social ¹¹, que substituiu as analogias orgânicas pelas analogias lúdicas das regras do jogo, ou (c) das construções mais elaboradas do comportamento desviante, fundadas nos conceitos de anomia, produzida por desajustes nas estruturas sociais de metas culturais e meios institucionais para sua realização, e de aprendizagem da violência por associação diferencial com padrões de comportamento violento, no interior de grupos sociais ¹², etc.

Nessas orientações da criminologia tradicional, positivista ou da passagem ao ato, e suas variações, o esforço teórico se concentra no indivíduo para identificar causas internas ou ambientais determinantes do comportamento violento. O sistema de valores da estrutura jurídica e política da formação social é o postulado permanente não-expresso, tomado como parâmetro inquestionável da teorização produzida, cuja preocupação se reduz aos desvios do parâmetro social pressuposto: desaparece a significação ideológica dos esquemas de valorização social da conduta criminosa e o conteúdo político da estrutura normativa que compreende as definições legais do comportamento criminoso, os elementos primários da incrimina-

ção (a ação de incriminar e o que incriminar). Essa mutilação do objeto histórico denuncia a falha da criminologia tradicional: desconformidade entre a teoria produzida e o objeto real teorizado (ou entre objeto científico e objeto real).

As novas teorias em elaboração podem ser agrupadas na perspectiva da **reação social**, ou crítica, que compreende (a) as teorias interacionistas ou rotuladoras, estruturadas no conceito de crime como ato qualificado de criminoso pelo sistema de controle social (e não como qualidade do ato) ¹³, (b) as teorias fenomenológicas erigidas sobre o significado da experiência criminosa para o indivíduo particular, destacando as conexões entre as percepções e atitudes dos autores e dos repressores da conduta criminosa ¹⁴, (c) as teorias radicais, que teorizam o crime com as categorias do materialismo dialético, definindo-o como produto histórico das contradições políticas e ideológicas das sociedades de classes ¹⁵, etc. O enfoque se concentra no conteúdo ideológico e significação política do sistema de justiça criminal e dos aparelhos de controle social, destacando as relações de poder que estão na base das definições legais de crimes e da estigmatização social dos criminosos; o comportamento singular de indivíduos isolados (que as teorias convencionais tomam como objetos separados do conjunto das relações sociais históricas), constitui uma preocupação secundária.

4. As hipóteses do projeto.

As hipóteses que estruturam o presente projeto de pesquisa sobre a criminalidade violenta têm por objeto (1) a **criminalidade violenta** e (2) o **sistema de justiça criminal**, da formação social brasileira. No conceito de criminalidade violenta se compreende o conjunto das práticas criminais definidas em tipos legais que prevêem a violência pessoal, sexual e patrimonial, como modo de execução elementar da descrição legal; no conceito de sistema de justiça criminal se compreende a estrutura normativa das definições legais de crime (e dos processos de sua aplicação) e a atuação dos aparelhos judiciário, policial e prisional.

a) Hipóteses sobre a criminalidade violenta:

1. O índice de crescimento da criminalidade violenta é progressivamente superior ao índice de crescimento da eficiência do sistema de justiça criminal, o que significa que os métodos tradicionais de justiça repressiva são inadequados ao objeto dessa repressão.

13. BECKER, Howard — *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, 1963.

14. HENSHEL, Richard e SILVERMAN, Robert — *Perception in Criminology*, 1975.

15. TAYLOR, Ian, WALTON, Paul e YOUNG, Jock — *The New Criminology*, 1973.

6. Ver GALLIHER e MCCARTNEY — *Criminology: power, crime, and Criminal Law*, 1977 (p. 112).

7. CONRAD, Klaus — *Der Konstitutionstypus*, 1963.

8. Ver WOLFGANG, Marvin e FERRACUTI, Franco — *The Subculture of Violence*, 1969.

9. EYSENCK, H. J. — *Crime and Personality*, 1977.

10. DURKHEIM, Emile — *Les Règles de la Méthode Sociologique*, 1895.

11. CLINARD, Marshal — *Sociology of Deviant Behavior*, 1968.

12. MERTON, Robert — *Social Theory and Social Structure*, 1957; SUTHERLAND, Edwin — *Principles of Criminology*, 1939.

2. A expansão da criminalidade violenta é proporcional à expansão econômica e demográfica das áreas urbanas, o que significa que as transformações estruturais da base da formação social brasileira não tiveram correspondência nos sistemas ideológicos, políticos e jurídicos, dessa formação social.
3. A criminalidade violenta pessoal e sexual, nas áreas urbanas, se concentra nas zonas de carência e privação econômica das periferias, favelas e bairros pobres, e a criminalidade violenta patrimonial, nas áreas de maior produção e circulação da riqueza social, o que significa que a criminalidade violenta pessoal e sexual é predominantemente um fenômeno intra-classes, e a criminalidade violenta patrimonial, um fenômeno inter-classes.
4. Os autores de crimes violentos provêm, em geral, dos estratos sociais mais privados e carentes da formação social, o que significa que a violência exteriorizada sob a forma de comportamento criminoso é o modo particular de repercussão social da violência institucional preexistente no conjunto das relações sociais, internalizadas por sujeitos cujas naturezas são conformadas por essas relações.
5. A criminalidade violenta feminina cresce na mesma medida e sob as mesmas determinações históricas da criminalidade violenta masculina, o que significa que os problemas existenciais reais eliminam as distinções de sexo das populações marginalizadas do progresso social.
6. A criminalidade violenta patrimonial cresce em proporções superiores aos demais tipos de criminalidade violenta, o que significa que a violência criminal é um fenômeno relacionado aos desequilíbrios sociais na distribuição da riqueza material.
7. A vítima (a) da criminalidade violenta pessoal pertence, normalmente, ao círculo de relações do autor e (b) da criminalidade violenta patrimonial não pertence, normalmente, ao círculo de relações do autor, o que significa que a violência pessoal é um fenômeno de explosão irracional de revolta individual, ligado aos problemas existenciais concretos, e a violência patrimonial é um fenômeno de consciente e planejada utilização de recursos ilegítimos para compensar ou suprir a privação real de recursos legítimos de sobrevivência material.
8. A criminalidade violenta é um fenômeno endêmico às formações sociais capitalistas no período da organização de monopólios, o que pode significar que a criminalidade violenta está relacionada à violência social da concentração da riqueza e difusão da dependência pessoal e da privação material.

b) Hipóteses sobre a repressão da criminalidade violenta pelo sistema de justiça criminal:

1. O sistema de justiça criminal reprime com maior rigor a criminalidade violenta patrimonial, e com menor rigor a criminalidade violenta pessoal e sexual, o que significa que nas formações sociais fundadas na propriedade privada o patrimônio material é protegido mais amplamente e mais intensamente do que o patrimônio social representado pelos seres humanos.
2. A frequência das penas privativas de liberdade varia, em ordem decrescente, em relação aos crimes violentos patrimoniais, sexuais e pessoais, o que significa que os processos intelectuais de avaliação judicial da violência criminal não estão isentos da influência da ideologia dominante na formação social brasileira.
3. O maior índice de rigor da repressão criminal se concentra sobre os autores de crimes violentos pertencentes às classes sociais inferiores, e o menor índice de rigor da repressão dessa criminalidade se concentra sobre os autores pertencentes às classes sociais superiores, o que significa que a posição social ou lugar de classe do autor de crimes violentos exerce influência sobre a atuação do sistema de justiça criminal.

5. A metodologia.

1. As variáveis dependentes consideradas nas hipóteses são de duas categorias: (a) a criminalidade violenta, definida pelo conceito legal de crime violento, e (b) o sistema de justiça criminal, definido pela atuação de seus aparelhos.

2. As variáveis independentes consideradas em ambos os conjuntos de hipóteses referem-se aos sujeitos da violência criminal, nas seguintes dimensões empíricas: (1) posição social ou lugar de classe, (2) rendimentos, (3) moradia, (4) escolaridade, e (5) caracteres biológicos: sexo, cor e idade.

3. Os indicadores das variáveis das hipóteses são os registros de processos criminais. A inadequação de registros oficiais para determinar a extensão da criminalidade real (são limitados à criminalidade aparente, excluindo a criminalidade oculta) não afeta a confiabilidade desses dados para a verificação das hipóteses do projeto: possuem representatividade suficiente para as significações qualitativas (e não, simplesmente, quantitativas) das hipóteses pesquisadas.

6. A amostra.

A amostra da pesquisa será extraída da cidade do Rio de Janeiro: a criminalidade violenta, nas formações sociais ocidentais, está concentrada nas áreas

urbanas, e, portanto, a criminalidade violenta da cidade do Rio de Janeiro deve ser representativa da criminalidade violenta dos demais centros urbanos.

Os dados da amostra serão pesquisados em Varas Criminais, selecionadas segundo critérios de organização dos serviços internos: em varas de mesma competência, os dados colhidos em uma ou algumas são representativos das demais, pela distribuição equitativa e uniforme dos processos criminais.

Esses dados serão extraídos de processos criminais (a) sentenciados, (b) denunciados e setenciados, e (c) somente denunciados, no período de janeiro/1976 a dezembro/1978.

7. O prazo de execução do projeto de pesquisa.

O prazo de execução do projeto de pesquisa sobre a criminalidade violenta na cidade do Rio de Janeiro é de dois (2) anos, a contar de fevereiro/1978.

NOTICIÁRIO

X CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE JUÍZES DE MENORES

Realizou-se em Montreal, no Canadá, no período de 18 a 22 de julho de 1978, o X Congresso da Associação Internacional de Juizes de Menores. O Brasil se fez presente com a terceira delegação mais numerosa, e o juiz Alyrio Cavallieri foi eleito 1º Vice-Presidente da Associação. O Congresso aprovou as recomendações que a seguir reproduzimos.

I Seção — A célula familiar.

1ª — Os princípios contidos na Declaração dos Direitos da Criança, aprovados pela ONU em 20 de novembro de 1959, devem ser introduzidos no direito positivo, tanto nas legislações nacionais como nas convenções internacionais. A presente recomendação reforça a que foi feita no Congresso da Associação em Genebra, em 1970, e leva em consideração o fato de que o ano de 1979 é o Ano Internacional da Criança.

2ª — Devem ser feitas pesquisas para verificar quais os efeitos decorrentes do comparecimento dos menores e suas famílias perante os Tribunais, onde os organismos não-judiciais tendam a realizar triagem dos casos, deixando a Justiça como último recurso.

3ª — Os juizes de menores e de família devem ser especialmente qualificados e disporem de ampla competência legal, considerando-se que a célula familiar é a base da sociedade e está submetida às pressões do meio ambiente e sua defesa necessita da intervenção do magistrado.

4ª — As jurisdições de menores e de família, nos países em que não existe jurisdição unificada, devem procurar harmonizar as respectivas competências, tendo em vista as freqüentes superposições entre elas.

II Seção — Educação e emprego.

5ª — Incluem-se entre as responsabilidades do juiz de menores, tanto com relação aos menores sob sua jurisdição como para os demais ajudar a comunidade a compreender a filosofia e os objetivos do Juizado; estimular a elaboração e o aper-

feição de legislação adequada; contribuir para o desenvolvimento dos serviços auxiliares essenciais. Para tanto, deve oferecer sua experiência ao Estado e à comunidade, sem comprometer sua independência e imparcialidade, como membro do Poder Judiciário.

6º — O menor deve ser educado, desde a infância, para o bem-viver e para assumir, no futuro, a paternidade responsável, com tanta ênfase quanto é preparada para o exercício de uma profissão. Considera-se esta educação meio adequado para reduzir a delinquência juvenil.

III Seção — Medidas preventivas e tratamento.

7º — Os casos de intervenção das Varas de Família e dos juizados devem ser especificamente estabelecidos e definidos quando se tratar de menores em perigo real ou potencial; precauções especiais devem ser tomadas com relação a qualquer intervenção dirigida aos pais ou outros membros da família.

8º — A Polícia deve possuir departamentos especializados para menores e deve contribuir para criar junto à comunidade uma consciência de prevenção realista e de tratamento justo com relação a eles. Todos esses esforços devem basear-se na compreensão das necessidades da comunidade, enfatizando-se, antes, os aspectos preventivos do que os repressivos.

9º — Os juizes de menores, os de família e as autoridades encarregadas da execução das leis, bem como as entidades administrativas devem desenvolver uma colaboração eficaz na execução de suas tarefas, tendo em vista, precipuamente, a prevenção, mantendo, cada um, a integridade de suas responsabilidades e funções. As normas e procedimentos devem ser claramente definidas e as trocas de experiências devem ser feitas de forma periódica e sistemática.

IV Seção — A sanção da lei.

10º — Devem-se desenvolver esforços no sentido de não se regredir a uma reação somente punitiva diante do aumento da delinquência e da inquietação da comunidade. É preferível intensificar esforços para obter-se uma reintegração mais real, sobretudo por parte das instituições educacionais fechadas.

11º — Deve ser dada mais atenção aos interesses das vítimas nos processos dos juizados de menores. O autor, em face do dano por ele causado poderá vir a compreender as graves conseqüências do seu comportamento. Ao mesmo tempo, a confrontação com a vítima pode contribuir para a função reconciliatória do juiz nos casos de delinquência juvenil.

12º — O Ano Internacional da Criança deve ter como um dos seus objetivos prioritários o de estimular o lar e a escola a produzirem uma reação positiva contra os efeitos negativos causados por atos de violência física e psicológica (incluindo-se a obscenidade e a pornografia), causadores de perturbações de comportamento a que são prematuramente expostos crianças e jovens, pelos meios de comunicação de massa e que são mais acentuados entre os menores que sofrem carencias sociais. Tais efeitos atingem crianças e jovens antes que possam ser atendidos pelos juizados de menores, o que deixa a estes pouca margem de influência nesse estágio.

Grupo de Trabalho "A criança maltratada".

13º — Cada país deve instituir um programa de educação no meio escolar, para adultos, profissionais e famílias com o fim de prevenir, identificar e tratar os casos de maus tratos de crianças, bem como desenvolver, subseqüentemente, programas sistemáticos de pesquisas sobre todos os componentes da problemática da criança maltratada.

14º — Cada país deve legislar de modo a proteger contra qualquer ação judicial, o Informante de casos de maus tratos de crianças, salvo se agir de má fé, tanto quando se tratar de notificação obrigatória como voluntária.

18º — As interferências substanciais na vida familiar, tal como a remoção de uma criança de seu lar sem o consentimento dos pais, devem ser, sempre, submetidas à autoridade judiciária, a qual deverá, nos casos de maus tratos, rever sua decisão pelo menos um ano após o fato.

Grupo de Trabalho "O processo contraditório e o papel do advogado".

19º — Os menores devem ser patrocinados, quanto a seus direitos, pelo Ministério Público ou por advogado habilitado, nos casos de países, cada vez mais numerosos, em que organismos ou autoridades administrativas tomam, sem controle judicial, medidas de tratamento suscetíveis de limitar aqueles direitos, principalmente levando a um afastamento do menor de seu meio natural.

20º — Os advogados constituídos para assistirem menores nos juizados devem dar-lhes a mais ampla e qualificada assistência, sob a reserva de não comprometerem direitos fundamentais dos mesmos em benefício de considerações materiais que não devem prevalecer.

21º — Os juizes, curadores e advogados que atuam na jurisdição menorista devem receber informações atualizadas, pormenorizadas e periódicas das ciências humanas, sem que, entretanto deva ser alterada substancialmente sua formação de base.

CONFERÊNCIA SOBRE DIREITO PENAL ISLÂMICO

O Instituto Superior Internacional de Ciências Criminais, com sede em Siracusa, na Itália, realizará, no período de 28 a 31 de maio de 1979, a primeira Conferência Internacional sobre direito penal islâmico.

A conferência será patrocinada pela Associação Internacional de Direito Penal e pela Organização Árabe para a Defesa Social contra o Crime.

(COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA)

CRIME CONTRA A HONRA. TESTEMUNHO EM JUÍZO.

A testemunha, em processo judicial, presta serviço público e tem o dever da verdade. Cumpre-lhe narrar ao juiz que a inquirir o que sabe sobre o fato, estando apenas obrigada pela veracidade do que transmite. Seu conhecimento dos fatos pode ser, e geralmente é, originário e singular. Quem presenciou um homicídio, chamado a juízo, tem o dever de transmitir ao juiz o que viu, e não praticará jamais o crime de calúnia se não provar o que narrou. A testemunha não tem que apresentar prova do que narra em juízo, porque ela mesma constitui a fonte originária da prova. Por esse motivo, não pratica a testemunha o crime de calúnia, mesmo que esteja faltando com a verdade. Se a testemunha mente, pratica o gravíssimo crime de falso testemunho (art. 342 CP) que consome e exclui, por completo, a calúnia. Chamada a depor a testemunha é compelida a dizer o que sabe e tem o dever da verdade. Esse dever da verdade resulta da incriminação do falso testemunho. Trata-se, portanto, do cumprimento de dever legal.

Falta, por outro lado, na testemunha que mente, o tipo subjetivo dos crimes contra a honra. Se a testemunha mente, em juízo, o seu propósito é o de fraudar a administração da justiça, e nunca o de ofender. É o que se passa também com a denúncia caluniosa.

No sentido de que a testemunha não pratica crime contra a honra pronuncia-se a doutrina e a jurisprudência.

Assim, o STF, por sua 2ª Turma, no julgamento do RHC 56.018, relator o eminente Min. LEITÃO DE ABREU, assentou por unanimidade: "Crimes contra a honra. Testemunha que presta depoimento em juízo. Simplesmente narrando o que sabe por ciência própria ou por ouvir dizer, a testemunha, que tem a obrigação de dizer a verdade, não pode ser sujeito ativo de crime contra a honra, a não ser que seja visível a sua intenção de caluniar, difamar ou injuriar. Inexistência, no caso, de crime a punir. Recurso de habeas-corpus provido, concedendo-se a ordem para trancar a ação penal".

No mesmo sentido pronunciou-se o TJ do antigo Estado da Guanabara: "As declarações caluniosas, injuriosas ou difamatórias, proferidas em depoimentos perante qualquer autoridade, não constituem crime, pois são inspiradas no *animus narrandi*, e constituem o desempenho do dever de dizer a verdade sobre os fatos investigados". ("Rev. Jur. TJ da Guanabara", 2/576). Veja-se, ainda, entre outros julgados: "Não tipifica o crime de calúnia o fato de valer-se alguém de esclarecimentos prestados em processo-crime a fim de, invocando-os, reclamar responsabilidade civil, porque isso nada mais consiste do que exercício regular

de direito". (RF 238/306). "A testemunha, regra geral, não pode ser passível de pena de calúnia ou difamação, principalmente quando narra fatos diretamente ligados às partes na ação. Se fizer afirmação falsa, incidirá no art. 342 CP, nunca, porém nos artigos 138 e 139 do citado Código" (RF 161/396).

MANZINI, VIII, 398, com precisão, ensina: "Per ciò che particolarmente concerne i testimoni, i periti, i consulenti tecnici del giudice civile e gli interpreti giudiziari, quali sono anch'essi pubblici ufficiali (v. vol. V. n° 1.273, III), è parimenti inconcebibile da parte loro il delitto di ingiuria, o di diffamazione, rispetto a tutto ciò che sono tenuti a deporre o ad attestare. La loro falsità è repressa con l'incriminazione del falso giuridiale". Assim também pronuncia-se MAGGIORE (Diritto Penale, Parte Speciale, Bolonha, Zanichelli, 1953, 829): "Sono del pari al coperto di ogni responsabilità i testimoni, periti, interpreti (tutti pubblici ufficiali) per le disposizioni rese e i giudizi espressi in dipendenza del loro ufficio, anche se lesivi dell'onorabilità e dell'onore altrui. La qualità di testimone si estende anche alle persone chiamate a deporre in inchieste disciplinari, amministrative e politiche". Por igual, ANTOLISEI (Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, Milão, Giuffrè, 1956, 146): "Fra i doveri giuridici che escludono la punibilità delle offese recate al sentimento dell'onore o alla reputazione di una persona recordiamo in particolare... l'obbligo di esporre determinati fatti imposto ai testimoni, agli interpreti, ecc. nel processo sia penale che civile". Entre vários outros autores invocamos também a lição de ARTURO SANTORO (Manuale di Diritto Penale, Turim, UTET, 1968, V. 200), **Pertanto, non commettono diffamazione gli ufficiali di polizia giudiziaria o altri pubblici ufficiali, i quali fanno rapporto**

sopra un reato. Similmente, i testimoni, obbligati a dire la verità e a non essere reticenti sia che depongano dinanzi a magistrati sia che depongano dinanzi alla polizia giudiziaria, non commettono diffamazione se rivelano quanto è a loro conoscenza."

Há, portanto, ausência de justa causa para a ação penal iniciada contra a testemunha por crime contra a honra. Em tais casos, se o querelante pretende seriamente persegui-la, deve apresentar ao órgão do M. P. ou à autoridade policial notícia de crime, oferecendo a prova, que lhe compete, de que a testemunha mentiu. É absurdo, em relação à testemunha, pretender que ela tenha praticado o crime de calúnia, invertendo o ônus da prova. (H.C.F.).

PERDÃO JUDICIAL

Entendemos que a Lei nº 6.416, de 24.5.1977, ao introduzir várias alterações no Código Penal vigente, acabou, finalmente, traçando as linhas que faltavam para a definição da natureza jurídica da sentença que concede o perdão judicial. Bem analisados, os novos parágrafos acrescidos aos arts. 121 e 129 da lei penal poderão dar solução à controvérsia que envolve o tema há tantos anos.

1. Antes da reforma de 1977, o Código Penal já permitia ao juiz, em sete hipóteses especiais, "deixar de aplicar a pena" em face de determinadas circunstâncias: na injúria, quando o ofendido, de modo reprovável, a provocara diretamente, ou em caso de retorsão imediata, consistente em outra injúria (art. 140, § 1º I e II); na fraude de refeiçã, alojamento ou uso de meio de transporte sem dispor de recursos, "conforme as circunstâncias" (art. 176, parágrafo único); na receptação culposa, se o

agente fosse primário, "tendo em consideração as circunstâncias" (art. 180, § 3º); no adultério, quando houvesse cessado a vida em comum ou o cônjuge ofendido houvesse praticado qualquer dos atos previstos no art. 317 do Código Civil (art. 240, § 4º, I e II); na subtração de incapazes, havendo restituição sem que o incapaz tivesse sofrido maus tratos ou privações (art. 249, § 2º).

Dois outros casos são admitidos pela Lei das Contravenções Penais: erro de direito, quando escusável (art. 8º) e associação secreta, esta "tendo em vista as circunstâncias", se lícito o objeto da reunião (art. 39, § 2º). Em dois crimes falimentares menores, quando o falido possuir instrução insuficiente e explorar comércio exíguo, "a critério do juiz da falência" (Lei nº 7.661/45, art. 186, parágrafo único). Finalmente, outra hipótese é trazida pela Lei de Imprensa, no delito de injúria praticado por meio de informação, quando ocorrem aquelas circunstâncias, já vistas, da injúria comum (Lei nº 5.250/67, art. 22, parágrafo único, a e b).

De pronto se observa que as infrações — para as quais se permite "deixar de aplicar a pena" — possuem significado tão reduzido, que poderíamos dizer que nelas há inexpressividade penal.

De outro lado, verifica-se que não se trata de simples faculdade deixada ao puro arbítrio do juiz, mas de benefício-direito dado ao réu, que tem o direito público subjetivo de não ser a pena aplicada contra si, quando presentes aquelas circunstâncias que a lei especialmente prevê. Nesse ponto, e apenas nele guarda semelhança com o "sursis" e o livramento condicional, para os quais a lei se vale de expressões semelhantes: "pode ser", "pode conceder" (CP, arts. 57 e 60).

2. Embora o Código Penal não tenha dado nome à faculdade de "deixar de aplicar a pena", a doutrina e a jurisprudência, de modo unânime, nela sempre reconheceram o perdão judicial.

Controvérsia surgiu, mas a propósito da natureza que teria a sentença concessiva do perdão judicial. O tema tem grande interesse prático, pois conforme a definição que for escolhida, opostos serão os efeitos da sentença: a. O réu é considerado condenado para todos os fins e apenas não cumpre a pena privativa da liberdade, pecuniária e acessória ou a medida de segurança; mas a sentença gerará futura reincidência, seu nome será lançado no rol dos culpados, sofrerá eventuais revogações do "sursis" ou da liberdade condicional, arcará com as custas processuais e estará sujeito à reparação civil do dano pela via direta dos arts. 63 do CPP e 584, II, CPC. b. O réu não é considerado condenado, a sentença não induzirá posterior reincidência, seu nome não será arrolado entre os culpados, não responderá pelas custas do processo e os danos poderão ser cobrados no cível, mas tão-só pela via ordinária que os arts. 66 e 67 do CPP também prevêm.

Podem ser apontadas nada menos do que seis posições principais, que se firmaram a respeito da natureza da sentença que concede o perdão judicial.

Pela primeira, ela seria condenatória, com todas as consequências secundárias. Na jurisprudência, é a orientação dominante (TACrSP, Ap. 133.753, RT 504/360 e Ap. 118.661, RT 486/310, como exemplos). A corrente, filiam-se DAMÁSIO DE JESUS (D. Penal, 1978, I/627) e MAGALHÃES NORONHA, ressaltando este, ser desnecessário que o juiz chegue a fixar a pena (D. Penal, 1977, II/480 e 526). HUNGRIA também nela pode ser inclui-

do porque, depois de reconhecer o perdão como uma das "causas extintivas da punibilidade" (*Novas questões jurídico-penais*, 1945, p. 105), escreveu, mais tarde, que ele se segue "à efetiva condenação", não poupando o réu de ser considerado reincidente (*Comentários*, 1967, VII/279).

Pela segunda posição, a sentença seria condenatória, mas livrando o réu dos seus efeitos acessórios. Como exemplos, podem ser mencionados inúmeros acórdãos (TACrSP, Ap. 141.297, RT 509/932; Ap. 54.897, RT 452/394; Ap. 117.257, RT 429/452).

Terceira posição tem a sentença como absolutória. É a opinião firme de BASILEU GARCIA, que considera o perdão judicial "como absolvição conforme o ponto de vista que temos sempre adotado" (*Instituições D. Penal*, 1978, II/827 e 661-662). Na jurisprudência, há julgado do antigo Tribunal de Alçada paulista afirmando que a consequência do perdão "é, sem dúvida alguma, a absolvição do réu" (Ap. 14.748, RT 281/538).

Para a quarta, seria indulgência judicial, não excluindo o delito nem impedindo a punição, apenas facultando a não aplicação da pena. É o pensamento de BENTO DE FARIA, que aproxima o perdão do indulto, quanto aos efeitos (*Cód. Penal Bras. Comentado*, 1959, V/213).

Quinta posição considera o perdão judicial como exclusão da punibilidade. É a lição de ANÍBAL BRUNO, para quem sua sentença tem "natureza particular", não sendo "nem condenatória nem absolutória", "não se exclui a tipicidade, nem a antijuridicidade, nem a culpabilidade", porém "exclui-se a sua punibilidade por conveniência de política criminal" (*Comentários ao C. Penal*, 1969, II/177-180). Ao seu lado, coloca-se EUCLIDES CUS-

TÓDIO DA SILVEIRA (*D. Penal*, 1973, p. 253).

A sexta posição assevera ser o perdão judicial causa extintiva da punibilidade, não provocando a perda da primariedade, não acarretando a inscrição do réu no livro dos culpados nem a sua responsabilidade pelas custas processuais. É o entendimento de HELENO FRAGOSO (*Lições D. Penal*, 1977, p. especial, II/115) e JORGE ALBERTO ROMEIRO ("Perdão judicial", em *Rev. Bras. Crim. e D. Penal*, 10/73-87). A nosso ver, é neste posicionamento que se deve colocar, também, a lição de FREDERICO MARQUES, que classifica a sentença concessiva de perdão judicial como terminativa de mérito e aduz: "O que existe, portanto, é a extinção da punibilidade", produzindo o efeito "de elidir o direito de punir e eliminar outros efeitos penais menores" (*Elementos de Dir. Proc. Penal*, 1962, III/55). A corrente conta com o endosso de antigo aresto do Supremo Tribunal Federal, quando este examinou, expressamente, "a significação e o alcance do perdão judicial", reformando decisão da justiça paulista, que dera efeitos condenatórios à sua concessão, decidiu: "é uma causa extintiva da punibilidade, não podendo o nome do réu perdoado figurar no rol dos culpados com a sua condenação nas custas do processo" (RE 14.817, RT 192/913-915). Seguem-se outros julgados mais modernos (TJSC, Ap. 14.538, RT 508/413; TAMG, Rev. 27, RT 411/374, como exemplos).

3. Embora acreditássemos ser mais acertada esta sexta posição, era, até agora, forçoso reconhecer todas as outras como plausíveis ou possíveis, em face da completa ausência de definição legal do instituto.

Surgiu, porém, a reforma penal de 1977, com a introdução de dois novos

casos de perdão judicial, acrescidos ao homicídio culposo e às lesões culposas (arts. 121, § 5º, e 129, § 8º). Tiveram eles indisfarçável inspiração no § 60 da parte geral do Código Penal alemão de 1975.

Assinale-se porém, que de pouco valerá, para este tema, procurar esclarecimentos no direito comparado. Também na Alemanha, onde o perdão judicial é conhecido como "isenção de pena", discute-se se possui a natureza de renúncia de pena, de extinção de pena, ou, ainda, a dupla natureza de extinção de pena e de impedimento processual (cf. WESSELS, *D. Penal*, 1976, § 12 II. 1). Aliás, a isenção de pena é prevista pelo código brasileiro em hipóteses, geralmente, de exclusão do dolo ou da imputabilidade, como no caso do erro de fato ou tipo, de irresponsáveis e de embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

Da mesma forma, maior utilidade não teria o estudo do "perdono giudiziale" italiano, fonte das primeiras hipóteses de perdão judicial na lei brasileira.

Cremos que a definição terá de ser descoberta, exclusivamente, dentro da nossa particular sistemática penal.

4. Para tanto, parece-nos que a reforma de 1977 deixou bem delineado o caminho que se deve tomar.

Nas duas novas hipóteses de perdão judicial, ela dispôs: "... o juiz poderá deixar de aplicar a pena se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção se torne desnecessária".

De modo expresso, reconhece a lei que a sanção penal, gênero do qual a pena constitui espécie, é desnecessária no caso de perdão judicial.

Basta isso, a nosso ver, para afastar definitivamente, daqui para a frente, as duas posições que antes tinham a sentença concessiva de perdão como sendo de natureza condenatória.

Se a sanção é desnecessária, tal significa que não há sanção, ou seja, que não existem consequências jurídicas penais de espécie alguma. Não havendo a própria sanção, não se pode cogitar dos seus efeitos penais principais (pena privativa da liberdade, pena de multa e pena acessória) ou reflexos (perda da primariedade, lançamento do nome no rol dos culpados, custas processuais etc.).

Aliás, considerar a sentença concessiva do perdão judicial como condenatória era torná-la sob certos aspectos até menos benéfica do que o próprio "sursis"! Neste, a suspensão seria condicional, enquanto no perdão seria definitiva; mas haveria idêntica perda de primariedade, em ambos, e no perdão judicial, ao contrário do "sursis", nem ao menos haveria o registro secreto da condenação (CPP, art. 709, § 2º). Então, para que serviria o perdão que a lei instituiu?

Pela própria origem dos dois novos casos de perdão judicial, observa-se que eles foram incluídos no Código Penal como causas de extinção da punibilidade. E que só não foram inseridos na lista das causas extintivas do art. 108, para evitar "possíveis desdobramentos" do instituto para outros delitos, além daqueles em que é especialmente previsto (cf. DAMASIO DE JESUS, *O novo sistema penal*, 1976, p. 175).

De nada importa, porém, que o perdão judicial não figure no elenco do art. 108 do CP, pois, como o próprio HUNGRIA assevera, a enumeração do dispositivo "não é taxativa" e "somente cata-

loga as causas extrínsecas (isto é, não imediatamente ligadas ao momento da causação do fato criminoso), incondicionadas e obrigatórias" (*Novas questões jurídico-penais*, 1945, p. 105-106).

5. Concluindo, parece-nos, em face da reforma de 1977, que a natureza da sentença concessiva do perdão judicial ficou bem definida como causa extintiva da punibilidade.

Em vista da colocação legal que agora se deu ao perdão judicial (sanção desnecessária), ao ser ele concedido não mais se pode falar em imposição de sanção penal alguma, seja a principal (penas privativas da liberdade, pecuniárias e acessórias) ou a secundária (pressuposto da reincidência, arrolado entre os culpados, custas do processo etc.). O ofendido poderá promover a reparação do dano no juízo civil, mas sem se valer da sentença concessiva do perdão, como se ela fosse a decisão condenatória penal que serve de título executivo judicial no cível.

A solução foi a melhor, tendo-se em conta a própria inexpressividade penal das infrações para as quais é permitido o perdão judicial. (Nota de Celso Delmanto).

A SÚMULA Nº 297

O tema optado, não o é para ser satisfeito à luz de ensaio crítico, mas como conjunto de reflexões, antes objetivando o estabelecimento de diretriz única que é a de residir na compreensão nuclear do enunciado analisado.

Preceitua a Súmula nº 297, *verbis*: "Oficiais e praças das milícias dos Estados, no exercício de função policial civil, não são considerados militares, para efeitos penais, sendo competente a Justiça comum para julgar os crimes cometidos por, ou contra eles".

Retrocedendo na tempo, vamos encontrar elucidativo debate, travado em nossa Suprema Corte, para bem se fixar o conceito de função policial.

Vigia a Constituição de 1946, que dispunha em seu **artigo 108**, e § 1º, *verbis*: Art. 108: "A Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhe são assemelhadas, § 1º: Esse foro especial **poderá** estender-se aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes **contra a segurança externa do país, ou as instituições militares**".

Ocorreu, no entanto, que em 4 de dezembro de 1962 foi promulgada a Lei nº 4.162 que, alterando a **letra L**, do artigo 99 do Código de Justiça Militar (D. L. 925/38), passou a dispor, *verbis*: Art. 88: "O foro militar é competente para processar e julgar, nos crimes definidos em lei como militares: L — Os militares e seus assemelhados, quando praticarem crimes nos recintos dos tribunais militares, auditórios, ou suas dependências, nos lugares onde funcionem, ou nos quartéis, embarcações, aeronaves, repartições ou estabelecimentos militares, e quando, em serviço ou comissão, **mesmo de natureza policial**, ainda que contra civis, ou em prejuízo da administração civil".

É a partir deste preceito normativo, portanto, que a função de natureza tipicamente policial, exercida pelo militar, vem a caracterizar crime militar.

Todavia, praticamente um ano após a vigência da Lei 4.162/62, o Supremo Tribunal Federal, decidindo o **Conflito de Jurisdição nº 2.800**, declarou a **inconstitucionalidade desta inovação**, como deixou expresso a cristalina ementa do ilustrado Min. Ribeiro da Costa, relator da matéria, *verbis*: "Ementa" — Embora a Lei nº 4.162, de 4.12.62, alterando a letra L

do art. 88 do Código da Justiça Militar, tenha disposto, na sua parte final, que é crime militar ou que é competente o foro militar para processar e julgar os militares e seus assemelhados quando em serviço em comissão, mesmo da natureza policial, ainda que contra civis ou em prejuízo da administração civil, **esta definição peca por não ter base no art. 6º do Código Penal Militar**, que define e caracteriza a figura jurídica de crime militar. O elenco desse dispositivo não contempla o ato criminoso praticado por soldado da polícia, **quando em serviço de vigilância, subordinado à autoridade civil do Delegado de Polícia, ou servindo como guarda de estabelecimento penitenciário**. — O soldado de polícia, nesse caso, **não é militar, pois exerce função civil**, subordinado à autoridade também civil. O foro especial é privativo dos militares e dos chamados assemelhados; só se torna extensivo aos civis em tempo de guerra, como imposição da segurança interna do país e das instituições militares. Logo a competência da Justiça Militar só se explica nos crimes militares na qualidade de militar — *ut miles. Inconstitucionalidade da parte final do art. 38, alínea L, do Decreto-lei nº 925, de 2.13.38, em face do art. 108 da Constituição Federal*". (In *Referências da Súmula do S T F*, de Jardel Noronha e Odaléa Martins, vol. 15, p. 74/75).

Incensurável esta colocação.

A luz do texto constitucional de então, tem toda razão de ser, porquanto preceituava o **artigo 108**, e § 1º, da Constituição Federal de 1946, *verbis*: Artigo 108: "A Justiça Militar **competete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhe são assemelhadas**." § 1º: "Esse foro especial poderá estender-se aos civis nos casos expressos em lei, para a

repressão de crimes contra a segurança externa do país, ou as instituições militares".

A exigência desta norma constitucional mostra-se fatal, na medida em que entendeu o legislador pátrio de compor o Poder Judiciário, **de forma especializada**, estabelecendo ramos autônomos, e assim criando, ao lado da denominada Justiça Comum, a Eleitoral; do Trabalho e Militar.

Assente tal orientação, a norma constitucional, no plano da Justiça Militar, conferiu-lhe a **competência exclusiva** ao processamento "de crimes militares, definidos em lei", praticados por militares, e assemelhados. **Excepcionalmente**, autorizou a extensão deste âmbito jurisdicional **aos civis**, quando estes atentassem contra a segurança externa do país, ou as instituições militares.

Disto é de se extrair a ilação clara de que tal diretriz, vem consagrada constitucionalmente, tendo em vista o **conteúdo, a matéria**, do fato penal típico realizado.

Não se estabelece a jurisdição militar para julgar militares, **tão só pelo fato de serem militares**, os autores do evento criminoso, **mas porque a conduta assumida afronta diretamente a atividade militar**.

Ou, para reproduzirmos lúcidas manifestações, **respectivamente**, dos eminentes Juízes Ribeiro da Costa; Evandro Lins e Hahneemann Guimarães, ao ensejo do *leading-case*, já aqui mencionado, *verbis*: "Penso que esta clara e lúcida exposição já nos autoriza concluir que, no caso, embora, a Lei nº 4.162, de 4 de dezembro de 1962, alterando a letra L, do art. 88 do Código da Justiça Militar, tenha disposto, na sua parte final, que é

crime militar ou que é competente o fóro militar para processar e julgar os militares e seus assemelhados quando em serviço ou comissão, mesmo de natureza policial, ainda que contra civis ou em prejuízo da administração civil, esta definição peca por não ter base no art. 108 da Constituição Federal, sendo contrária ao disposto no art. 6º do Código Penal Militar, que define e caracteriza o que seja juridicamente crime militar. Efetivamente, **não está contemplado, no elenco do art. 6º Código Penal Militar, o ato criminoso que pratica soldado de polícia, quando em serviço de vigilância, quando à disposição de Delegado de Polícia, quando servindo como guarda de uma Penitenciária, como é o caso de que se trata, haja ele agredido e perpetrado ferimentos leves ou graves em preso que se achava recolhido à Penitenciária**" (in obra citada, p. 78/79).

"É certo que a Constituição, no **caput** do art. 108, permite uma grande ampliação da competência da Justiça Militar, mas quando se cuida de militares ou assemelhados, tanto que o Supremo Tribunal Federal, em inúmeras oportunidades, tem considerado constitucional o art. 6º do Código Penal Militar, em todas as suas alíneas e letras, mesmo quando o crime cometido pelo militar em atividade **tenha as características e as aparências de um crime comum, mas, como a lei define para o militar, essa situação como crime de natureza militar, e é uma definição legal, se entende que o crime é da competência do foro militar**" (ob. citada, p. 80).

"Sr. Presidente, dou pela inconstitucionalidade do dispositivo invocado, na parte em que a lei considera militar o **soldado de polícia, em função civil, não**

é militar. O crime por ele praticado não é **ut miles**, como militar, mas sim, como civil". (Obra citada, p. 82).

A Constituição Federal de 1969 — Emenda nº 1 — manteve, em seu **artigo 129**, na mesma redação do aqui já transcrito **artigo 108**, ou seja: **deixou à legislação ordinária a caracterização do delito militar**, respeitada sempre a sua definição, em termos de **conteúdo, natureza, matéria** do fato, como já sublinhamos retro.

Quanto aos civis, **suprimiu** a possibilidade, advinda da expressão "poderá", então inserta no artigo 108, para estabelecer a exigência de sua submissão à jurisdição castrense, sempre que perpetrem crimes "contra a segurança nacional ou as instituições militares".

Ora, essa orientação foi reproduzida, no momento mesmo em que a Constituição de 1969 — Emenda nº 1 — tratou da Justiça Militar Estadual lendo-se, então, na **alínea d)** — § 1º — **artigo 144, verbis**: § 1º: "A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça: d) — **justiça militar estadual** de primeira instância, constituída pelos Conselhos de Justiça, **que terão como órgãos de segunda instância o próprio Tribunal de Justiça**".

Por isso é que a Súmula nº 297 **restou sempre inatingida**, mesmo quando as Auditorias Militares, chamando a si a tarefa de decidir, faziam-no ao amparo do D.L. 667/69, modificado pelo D.L. 1072/69 e Regulamento 200, baixado pelo Decreto nº 66.862/70, para concluir que "**o policiamento ostensivo; fardado; tático-móvel**" implicava em se admitir **exercício de função policial militar**.

O amparo legal a tanto **adviria** do atual **artigo 9º, inciso II, alínea c**, do Código Penal Militar, **verbis**: Art. 9º: "Con-

sideram-se crimes militares, em tempo de paz: II — os crimes previstos neste Código, embora também o sejam, com igual definição, na lei penal comum, quando praticados: c — **por militar em serviço**".

Mas a razão da **Súmula nº 297** é muito justamente, e de modo **acertado, fixar o correto sentido à expressão "militar em serviço"**.

Traduz ela, efetivamente, aplaudida orientação de nossa Suprema Corte **restringindo a amplitude** desta comentada expressão revelando então que, **na realidade**, serviço há, desempenhado por policiais militares que, **pela sua própria natureza**, não se expandem a ponto de implicar em ofensa à estrutura militar, antes permanecendo na **tarefa rotineira de vigilância e averiguações de infrações comuns**.

Aliás, esta diretriz, operando precisamente no conceito de "militar em serviço", condiz com ementa da lavra do ilustre Min. Antônio Neder que, apreciando o RHC 48.643, proclamou, prestigiado pela Insígne Turma, **verbis**: "Para configurar a competência da Justiça Militar **não é bastante** que o acusado tenha a qualidade de militar, **porque importa mais a natureza do fato incriminado**, isto é, a **matéria que o compõe**". (D.J. 24.4.72, 2388).

Mais do que nunca agora evidenciado fica o porquê da **inocuidade** de argumentar-se com noções como policiamento ostensivo; tático-móvel; etc." para prestigiar a competência da Justiça Militar.

Tais conceitos, **por apresentarem modo de execução do serviço**, não podem profligar a distinção que se fez e

que repousa na **essência, na matéria**, como vimos.

Por isso, incensuráveis os pronunciamentos dos doutos Ministros Bilac Pinto e Thompson Flores **expressamente repelindo** a noção de "policiamento ostensivo", como hábil a transmutar a natureza do fato (vide: RHC 54.311 e 54.390, ambos publicados no D.J. de 21.5.76, 3395).

A Emenda Constitucional nº 7/77, mantendo intacta a redação do **artigo 129** e §§ do texto constitucional, reformulou a alínea d), do § 1º, do **artigo 144**, que assumiu a seguinte redação, **verbis**: § 1º: "A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça: d) — **justiça militar estadual**, constituída em primeira instância pelo Conselho de Justiça e, em segunda, pelo próprio Tribunal de Justiça, **com competência para processar e julgar, nos crimes militares** definidos em lei, os integrantes das polícias militares". (Os grifos nossos marcam a inovação no texto constitucional).

A inovação traduz oposição à **Súmula nº 297** como vem de considerar o Supremo Tribunal Federal?

Estamos em que não.

O acréscimo, emanado da Emenda nº 7/77, o que faz na realidade, é **dotar o preceito constitucional**, que versa tema de competência pertinente à jurisdição militar estadual, da **mesma diretriz, já firmada**, em idêntica matéria, à jurisdição militar federal.

Com efeito, o artigo 129 preceitua, **verbis**: Art. 129: "A Justiça Militar compete processar e julgar, **nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhe são assemelhadas**".

E a Emenda nº 7/77 o que fez foi, justamente, acrescentar "com competência para processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os integrantes das polícias militares", no preceito que abor-dava a justiça militar estadual.

Dir-se-á, mas para que a mudança redacional, **se não muda** a interpretação a ser dada ao dispositivo constitucional?

Ora, a tarefa de reformulação legislativa **nem sempre há de implicar** em inovação.

As inovações, aliás, representam mais das vezes incontidos desejos, antes de afirmações pessoais, a traduzir inconfessáveis propósitos egoístas, do que a resultante de análise aprofundada da adequação da menção normativa à realidade vivida.

No caso, e a "razão histórica" da Súmula nº 297, que se buscou realçar, comprova-o, a nova redação da **alínea d)** junte-a ao **artigo 129**, e **nunca dele discrepa**.

Inconcebível assentar-se, em nosso entender, que ela estabelece **novo** critério de competência, pela circunstância de ser o agente **integrante da polícia militar**.

Não há base jurídica para tal ilação, pela simples razão de que, a **contrário sensu**, foi a partir desta mesma redação, já presente no **artigo 108, da Constituição Federal de 1946**, que o Supremo Tribunal Federal findou por consagrar a Súmula nº 297.

Ainda, e o que nos parece definitivo, tanto o disposto no **artigo 129**, quanto o prescrito na **alínea d)** — **agora por for-**

ma completa, eis que não só se anuncia a **possibilidade de criação** da Justiça Militar estadual, **mas outróssim a razão de sua existência** — estabelecem **jurisdição especial**, porque o fato penal típico realizado **afronta** atividade particularizada, especializada, e não porque quem o realiza tem tal ou qual qualificação.

Quando nossa Constituição positiva "grandes áreas de competência" (v. g. militar; elitoral; estadual e trabalhista) fá-lo **presente a natureza da lide, da controversia**, e nunca em relação à **qualificação** de quem pede (autor), ou contra quem se pede (réu).

Por isso não se pode censurar a Súmula nº 297 quando enuncia ser da competência da Justiça da Justiça Comum o processamento e julgamento dos integrantes de polícias militares, quando assumirem comportamentos criminosos, **no exercício de função policial comum**.

Por outro lado, é jurisprudência assente na Suprema Corte aquela, segundo a qual: "As Polícias Militares não constituem instituições militares no sentido do art. 129, § 1º, da Constituição. Consequentemente, **compete, em cada Estado, à Justiça Comum**, e não à Militar, o processo e julgamento de civis, acusados de crimes praticados **contra elas ou seus membros**, Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Votos vencidos. Recurso de habeas corpus provido". (RHC. 53.091, ementa do douto Min. Xavier de Albuquerque, D. J. 8.9.76).

Ao ensejo deste julgamento, o ilustrado Min. Xavier de Albuquerque, após bem centrar o ponto de discussão — se civis podem ser submetidos às Justiças Militares estaduais por crimes cometidos contra as Polícias Militares, ou seus

membros —, **responde-o negativamente**, a luz da própria Lei de Segurança Nacional (D.L. 898/69), que não cogita das polícias militares, como instituições militares.

Arremata o ilustre magistrado, **verbis**: "Vê-se, pois, que as Polícias Militares não se incluem entre as instituições militares de que trata a Constituição, quando dispõe sobre a extensão de civis ao foro militar, salvo quando convocadas ou mobilizadas, como reserva do Exército que são, pelo Governo Federal". (Voto do Min. Xavier de Albuquerque).

É de se destacar, ainda, o pronunciamento do douto Min. Rodrigues Alckmin, **que afirma orientação inolvidável**, e de extrema validade, ao tema.

Diz com cabal propriedade S. Exa., **verbis**: "Sr. Presidente, no precedente a que se referiu o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, chegamos ambos à mesma conclusão, da competência da Justiça comum, e houve ligeiro dissenso, na minha fundamentação, daquela adotada por S. Exa. É que S. Exa. se prendeu ao texto de lei ordinária e eu fui além, declarando que o texto constitucional estende a competência da Justiça Militar aos civis em casos em que menciona crimes contra segurança nacional e crimes contra instituições militares. Entendi, entretanto, **que não podia ficar a critério do legislador ordinário qualificar estes crimes, a seu arbítrio, como cri-**

mes contra segurança nacional ou contra instituições militares porque, neste caso, a exceção a que se estende a competência ficaria em aberto, para abranger quaisquer casos que o legislador ordinário quisesse. Considerei, assim, que o crime que se comete contra policial em serviço, não é crime contra instituições militares". (Voto do Min. Rodrigues Alckmin, no caso mencionado).

A juridicidade no pronunciamento, que se vem de transcrever, e que se apresenta no trecho realçado, em grifo, está **admiravelmente colocada na supremacia do texto constitucional** que, se transfere à lei ordinária a definição de crime militar, **não abdica do controle sobre o que assim, definido ficou**.

É por isso que mesmo com a nova redação, imprimida à **alínea d)** — § 1º — do artigo 144, da Emenda Constitucional nº 1. **não se desconstitui** a Súmula nº 297, porque ali se diz, da "competência para processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os integrantes das polícias militares, e o Supremo Tribunal Federal, **no seu poder máximo de interpretar a norma jurídica e zelar pela integridade dos preceitos constitucionais**, desautorizou seja considerado crime militar o perpetrado em função de policiamento civil.

Porque prevaleça a Súmula nº 297! (Nota de Cláudio L. Fonteles).

LEVENE (h.), Ricardo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl, **Códigos Penales Latino-Americanos**, Buenos Aires, La ley, 1978, I, 715 págs.

O excelente trabalho que os autores realizam no Instituto de Direito Penal Comparado, da Universidade Católica de La Plata, proporciona-nos agora este primeiro volume de uma coleção sobre os códigos penais vigentes nos países da América Latina. Nele aparecem os CP da Argentina, da Bolívia, do Brasil, da Colômbia, de Costa Rica e de Cuba. Ao texto dos Códigos acrescentava-se valiosa reprodução das leis penais extravagantes de maior importância, inclusive sobre contravenções penais.

Precede os textos breve notícia sobre a legislação de cada um dos países e uma apreciação geral e sintética sobre a Parte Geral de todos os códigos, segundo as matérias em que se desenvolve.

Em relação ao Brasil, reproduzem-se, em boas traduções, os textos dos códigos de 1940 e 1969, bem como da lei de contravenções penais. Lamentavelmente, não foram consideradas as importantes alterações introduzidas pela L. 6416, de 24.5.77.

Trata-se de obra importante e excepcionalmente valiosa para o estudo do Direito Penal comparado nesta parte do mundo. Na bibliografia sobre a matéria recorriamos ainda à coletânea organizada por Luiz Jimenez de Asúa e Francisco Carsi Zaca-rés, em 1946, ("**Códigos Penales Iberoamericanos**"), evidentemente ultrapassada pelo surgimento de novos códigos penais (Bolívia, 1973; Costa Rica, 1970; Guatemala, 1973; Nicarágua, 1974; Guatemala, 1973; El Salvador, 1973) e por inúmeras alterações nos códigos mais antigos. Não é preciso insistir na significação do direito penal comparado no estudo de nossa matéria, motivo pelo qual não temos dúvida em afirmar que esta nova coletânea prestará inestimável serviço aos estudiosos.

H.C.F.

La reforma penal en los países en desarrollo, Memorias del Congreso Internacional, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, 326 págs.

No mês de março de 1977, a Escola Nacional de Estudos Profissionais — ACA-TLAN, da Universidade Nacional Autónoma do México, realizou importante e significativo colóquio, de que participaram vários penalistas da América e da Europa. O tema

era "A reforma penal nos países em desenvolvimento", dividido em quatro seções: "Os princípios de política criminal dos recentes projetos de reforma na América Latina"; "As garantias constitucionais do processo penal na América Latina"; "O direito penal e suas funções no âmbito da regulação econômica dos países em desenvolvimento" e "Execução penal e readaptação social nos países em desenvolvimento" e "Execução penal e readaptação social nos países em desenvolvimento".

As várias comunicações e os diversos relatórios gerais, bem como conclusões, foram reunidos neste volume. Pode-se dizer que o conjunto é de qualidade excepcional, e é difícil nele destacar os trabalhos mais importantes. Mencionaríamos, no entanto, o excelente estudo de Enrique Bacigalupo sobre os projetos de reforma recentes na América Latina, onde se faz sugestiva análise dos caminhos que vem percorrendo a reforma do direito penal nesta parte do mundo, salientando-se os seus pontos críticos e as dificuldades de soluções legislativas consequentes. Destaque especial também merece o relatório geral de Esteban Righi sobre o direito penal evolucionário, tema enriquecido por uma contribuição valiosa de Klaus Tiedemann sobre os monopólios.

Além de Tiedemann, outros alemães estiveram presentes, apresentando trabalhos valiosos. Assim, Jürgen Baumann fez estudo sobre a reforma penal alemã em tema de aborto; Armin Kaufmann, sobre a parte dogmática do projeto alternativo e Claus Roxin sobre a reforma penal, em seu conjunto.

Trata-se, como se percebe, de publicação valiosa, pelo alto nível que apresenta, constituindo fonte importante para o estudo dos problemas tratados.

H.C.F.

L'Indice Penale — Ano XII n° 2 — maio/agosto/1978

Neste volume encontramos observações do professor Nuvolone sobre o projeto preliminar do Código de Processo Penal e excelente estudo do prof. Michele C. del Re sobre "A relação patrão-escravo e a origem do direito penal público", no qual encontramos penetrante análise da problemática atual da pena.

Nas seções habituais, sempre bem cuidadas, estão reproduzidas leis recentes importantes, entre as quais a de 28 de novembro de 1978, sobre objeção de consciência e a nova lei sobre aborto, de 22 de maio de 1978. Na parte relativa aos projetos temos interessante proposta de despenalização de crimes previstos em leis especiais e disciplina dos ilícitos punidos com sanções administrativas. O volume termina com o texto da Convenção europeia sobre terrorismo e um belo necrológico de Aldo Moro, escrito por Nuvolone.

H.C.F.

JAMES TUBENCHLAK, *Teoria do Crime — O Estudo do Crime através de suas Divisões*, Rio de Janeiro 1978, ed. Forense 210 pp.

Certamente não existe maior desafio para o jurista especializado em direito penal do que compor uma teoria do delito: as transformações radicais que a matéria sofreu em nosso século, as encruzilhadas teóricas colocadas pela ação, a chamada crise da culpabilidade, a própria aspereza da metodologia reclamada pela dogmática jurídica, são alguns dos percalços que desestimulam a iniciativa.

O livro de James Tubenchlak intenta construir uma teoria do delito abandonando a forma de exposição tradicional (que se fazia pelo exame sucessivo e aprofundado dos chamados elementos analíticos do crime), e partindo das classificações alcançadas (que são afinal um produto do conhecimento obtido por aquele exame aprofundado). Este atraente empreendimento de "regresso teórico" por um lado ofereceria a oportunidade de questionar e testar as próprias posições centrais, assim atingidas pelo avesso; por outro lado, os riscos de uma fragmentação de abordagens, e de uma desfiguração do sistema seriam elevadíssimos.

O A. reduziu esses riscos oferecendo, na primeira parte do trabalho (especialmente unidade III), o seu modelo de teoria do delito, dentro de uma forma simplificada da exposição tradicional. Assim demarcadas as linhas básicas de sua concepção, partiu ele para o estudo das classificações do crime, tomando como referência o sujeito ativo, o sujeito passivo, o objeto jurídico, a conduta típica, a realização do crime, e o resultado. As divisões com base nessas instâncias do fato punível seguem-se aquelas que têm por critério a persecução penal e, finalmente, com o intuito de complementar o quadro classificatório geral, outras que não guardam conexão com os anteriores *principii divisionis*.

É através do metódico exame dessas classificações que o livro realiza sua original proposta metodológica, e devemos consignar que a realiza satisfatoriamente. Nota-se que o A. não teme operar com categorias identificadas com a teoria da ação final, embora não tenha cortado as amarras de sua visível formação causalista; uma positiva influência do pensamento de Wessels será a responsável pela primeira postura, e a própria estrutura de certas classificações (frutos inequívocos de uma teoria causal do delito) será a responsável pela segunda; em certo sentido, temos aqui a forma de aproximação do assunto condicionando o conteúdo da aproximação.

James Tubenchlak deu-nos um trabalho descontraído e útil, que enseja revisar a teoria do delito ingressando pela porta de serviço e surpreendendo os mais importantes moradores em plena intimidade. Este livro não será redutível a um mero glossário de classificações pitorescas dos crimes. As principais questões da teoria do delito merecem dele um equacionamento bastante atual: da correta visão da tipicidade do crime culposo ao criativo tratamento da causalidade na omissão imprópria, dos elementos subjetivos nas causas de justificação à enunciação dos problemas dos crimes comissivos por omissão, da culpabilidade normativa ao debate sobre o fundamento da escusa na obediência hierárquica, é toda uma gama de inquietações que deve ser bem recebida por uma literatura técnica tão carente como a brasileira.

Este trabalho será lido com proveito pelos estudantes e profissionais do direito criminal

Nilo Batista.

BERISTAIN (Antonio), *Crisis del Derecho Represivo*, Madri, Editorial Cuadernos para el Dialogo, 1977 — 277 págs.

O autor deste volume é figura bem conhecida de todos quantos participam de reuniões internacionais de especialistas na área penal. Trata-se de ilustre professor da Faculdade de Direito de San Sebastián e Diretor do Instituto Basco de Criminologia, autor de valiosos trabalhos publicados na Espanha e no estrangeiro.

Neste livro reúne-se uma coletânea de textos importantes, selecionados pelo autor, oriundos de congressos internacionais. Na primeira parte aparecem os excelentes documentos de trabalho preparados pelo Secretariado da ONU para o V Congresso para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, realizado em Genebra, em 1975, bem como os relatórios elaborados durante o Congresso, entre os quais o autor destas notas encontra o seu próprio trabalho (*Novas Formas e Dimensões da delinqüência nacional e transnacional*). Esse conjunto de documentos constitui fonte notável de informação sobre alguns dos mais importantes aspectos do problema do crime e da pena.

Na segunda parte do volume aparecem outros textos de igual igual interesse. Assim, as conclusões das diversas Jornadas de catedráticos e professores agregados de Direito Penal da Espanha; as conclusões sobre delinqüência juvenil do XXVI Curso Internacional de Criminologia; Informe sobre os presos na República Democrática Alemã; as Primeiras Jornadas de Defesa Social na América Latina; As regras mínimas no Conselho da Europa; o Primeiro Simpósio Internacional sobre Vitimologia, etc.

Por igual aqui se encontrará o manifesto do Grupo Europeu para o Estudo do comportamento desviante e do controle social, que reúne alguns dos mais destacados estudiosos de nossa matéria no Velho Continente. Esse Grupo tem produzido, nos últimos tempos, excelentes trabalhos.

Na parte final desta coletânea de textos aparecem conclusões do Concílio Vaticano II e o Manifesto Criminológico do prof. Manuel Lopez-Rey, cuja tradução esta revista também publicou.

O volume termina com um conjunto de reflexões críticas do autor sobre a justiça penal onde se faz certa apreciação da crise atual da justiça e das perspectivas de sua renovação.

H.C.F.

ASHLEY MONTAGU, *A natureza da agressividade humana*, Rio de Janeiro, Zahar, 1978, 284 pgs.

Preocupados com o grave e difícil tema da criminalidade violenta, os criminólogos seguem com particular interesse os estudos que fazem sociólogos e antro-

O autor deste livro tem-se destacado no campo da antropologia através de sua atividade docente nas universidades de Nova York, Harvard e Califórnia (Santa Bárbara), passando depois a dirigir o Departamento de Antropologia da Universidade Rutgers. É autor de numerosos trabalhos na especialidade.

Nesta obra polêmica, agora divulgada no Brasil em tradução correta de Maurício Mower, Montagu se propõe a contestar a tese, defendida por importantes autores, segundo a qual existe no homem uma agressividade inata, derivada de instinto ou impulso, próprio da natureza humana. Entende o autor que nenhum comportamento humano específico é geneticamente determinado e que os seres humanos são capazes de toda sorte de comportamentos. A sua conduta é sempre determinada pela interação da experiência e da constituição genética.

A polêmica se dirige particularmente aos autores que, na última década, assumiram a defesa da teoria da agressividade inata, entre os quais estão principalmente Konrad Lorenz, Robert Ardrey, Raymond Dart, Niko Tinbergen, Desmond Morris e Anthony Storr. Esses dois últimos são autores de obras publicadas no Brasil, uma delas pelo menos, muito difundida (Desmond Morris, *O Macaco Nú*, Rio de Janeiro, Editora Record e Anthony Storr, *A agressão Humana*, Rio de Janeiro, Zahar).

Não se nega, é posição do autor, que exista uma contribuição genética para quase toda forma de comportamento. O que se contesta é que o comportamento específico dos seres humanos seja determinado geneticamente. O fator cultural é claramente mais importante que o genético, que fornece apenas a potencialidade.

A verdade é que nossos conhecimentos sobre o comportamento dos seres humanos são ainda limitados, embora os partidários da agressividade inata afirmem coisa diversa. Não sabemos, como diz Montagu, cientificamente, de maneira indiscutível e detalhada, porque os seres humanos se comportam de determinada maneira. Do que sabemos, no entanto, o autor conclui que o comportamento agressivo e não agressivo é básica, se não inteiramente adquirido, em interação com quaisquer potencialidades genéticas que para a agressão possam existir.

Lorenz e Ardrey afirmam categoricamente que existe em cada homem o instinto de matar outros homens, e que isto está gravado em seus genes da mesma forma que a cor de seus cabelos. Segundo Montagu, a receptividade dessa idéia reside no fato de corroborar ela a doutrina do pecado original, que, por muitos séculos, controlou a imaginação ocidental.

Analisa o autor, na sustentação de sua tese, a influência de Darwin e de Freud. Diz que "a doutrina psicanalítica é apenas um pouco mais científica que a doutrina religiosa; em grande parte, como a religião, é uma filosofia, e tem suas bases em juízos morais sobre a natureza humana".

Sempre baseado em ampla e seleta documentação, Montagu mostra os equívocos cometidos pelos que estudam a ciência do comportamento animal (Etologia), e deste extrapolam conclusões para o comportamento humano. A morte, nos animais, no entanto, raramente é a meta da agressão, e o autor procura demonstrá-lo amplamente. Quando os animais matam para comer — afirma — estão tão motivados por sentimentos agressivos quanto os trabalhadores de um matadouro que abatem os ani-

mais que serão comidos em inofensivos jantares. Quando a leoa sai em busca de uma presa e a dona-de-casa sai para ir às compras, ambas têm em comum um mesmo objetivo, a alimentação da família.

Não observamos — segundo o autor — agressão espontânea na criança saudável, normal e bem cuidada. Todos os pesquisadores descobriram que o comportamento agressivo tende a aumentar à medida que a criança cresce. O que está demonstrado não é a "agressividade inata", mas curiosidade, o mais precioso dos traços intelectuais. Citando Nevitt Sanford e Craig Constock, Montagu registra que as experiências importantes para a criança são perdas ou recusas de amor, fraqueza e humilhação, punições injustas, ameaças de sofrimento físico, experiências que a criança interpreta como catastróficas. Nos últimos anos, com o rápido aumento da desorganização social, houve um considerável aumento de homicídios cometidos por jovens. Esse fato, por si só, indica que os fatores ambientais estão intimamente relacionados com o comportamento agressivo. Os índices de crimes praticados por jovens em sociedades civilizadas são reflexo das condições tanto do lar como da sociedade.

Estuda, ainda, Montagu, as supostas provas de nosso "instinto matador" — o canibalismo e a territorialidade — refutando a idéia de que as ferramentas foram originalmente utilizadas como armas para matar. Questiona também a relação entre o estímulo cerebral e a agressividade, para concluir (com Rod Plotnik) que não há indícios **neurológicos** de circuitos agressivos inatos (não adquiridos) tanto nas espécies inferiores como nas superiores. Grande parte da agressão que tem sido atribuída à ação direta do estímulo cerebral é, na verdade, agressão secundária ou mediada pela dor.

Alude também, de passagem, Montagu, à anomalia genética XYY, com a qual os criminólogos andaram, há algum tempo, se ocupando. Pesquisas realizadas em prisões de segurança máxima revelaram que 3,5% dos presos que cometeram crimes violentos eram XYY e que apresentavam mais de 1,80m. de altura. Começou-se então a falar em "Síndrome XYY" como se fosse uma doença ou uma condição genética que exibisse um grupo de traços específicos, extraindo-se daí todo tipo de conclusões prematuras e infundadas. Veja-se a propósito o estudo de Pinatel, "**Biologie et responsabilité**", publicado na *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1968 (3), 672. O cromossomo Y extra foi considerado a causa da violência, que levava esses homens à prisão. Verificou-se, no entanto, que a anomalia XYY ocorre em 1 entre 1000 machos ao nascer, sendo assim uma das formas mais comuns de anomalia cromossômica. Além disso, já que uma proporção muito pequena de machos XYY se encontra presa, fica claro que o cromossomo Y a mais não é cromossomo "violento". O fenômeno cromossômico XYY ocorre também em machos de comportamento perfeitamente normal, e sabemos hoje que apesar de alguns presos XYY demonstrarem um comportamento agressivo, a maioria deles cometeu principalmente crimes contra o patrimônio. Além disso, os indivíduos XYY quase sempre tendem a possuir caráter muito pacífico. Conclui, assim, Montagu, que a história da anomalia XYY constitui uma lição de como não extrair conclusões quanto à causalidade, a partir de condições que, por acaso, estão associadas.

O que se pode dizer é que o fato predominante sobre a natureza do homem não é que nos tornamos o que estávamos predestinados a ser, mas sim que realmente nos transformamos, como seres humanos, no que dentro de nossas limitações genéticas aprendemos a ser. Falar da irremediável condição humana é um mito. Essa condição, onde precisa de remédio, pode ser melhorada atendendo-se aos males sociais aos quais os seres humanos estão sujeitos, de forma que possam viver dignamente e aproveitar a autonomia e o poder para o bem de suas próprias personalidades, em liberdade e satisfação. São as nossas condições sociais, e não as condições genéticas, que requerem nossa atenção.

As conseqüências ideológicas das colocações que se contrapõem são manifestas. Os partidários da "agressividade inata" transmitem uma mensagem negativa, que mitiga a ansiedade e desencoraja a transformação do que existe, para "deixar as coisas como estão". O pensamento de Montagu, que reproduzimos nestas notas, põe-se numa perspectiva criadora e, ao mesmo tempo, inquietante. A responsabilidade pela violência é nossa, na medida em que criamos e participamos de uma sociedade profundamente injusta e violenta. A criminalidade violenta está em crescimento e assim provavelmente continuará, não porque a agressividade está no próprio homem, mas porque deriva das condições terríveis em que se desenvolve, cada vez mais, a vida moderna.

H.C.F.

LIVROS NOVOS RECEBIDOS

- ALBUQUERQUE MELLO (Celso D.), **Direito Penal e Direito Internacional**, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978.
- Anais do III Simpósio Internacional de Criminologia, IMESC-CICRIB e ICAA, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 1977.
- ARAÚJO LIMA (C.), **O Processo do Petróleo**, Rio de Janeiro, 1977.
- BARAÚNA (José Roberto), **Lições de Processo Penal**, São Paulo, Bushatsky, 1978.
- BARCELOS DE SOUZA (José), **A defesa na polícia e em juízo**, São Paulo, Sugestões Literárias, 1978.
- CARNEY (Louis P.), **Corrections and the Community**, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1977.
- CASPER (Jonathan D.), **American criminal justice. The defendant's perspective**, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1972.
- CHIROL (Yves) et al., **Délinquance Juvenile et développement socio-économique**, Hala-Paris, Mouton, 1975.
- COFFEY (Alan) et al., **An Introduction to the criminal justice system and process**, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1974.
- CONKLIN (John E.), **Illegal but not criminal. Business crime in America**, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1977.

DRAPKIN SENDEREY (Israel), **Manual de Criminologia**, São Paulo, Bushatsky, 1978.

FELKENES (George T.), **Criminal Law and Procedure**, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1973.

GULOTTA (G), **La Vittima**, Milão, Giuffrè, 1976.

JESCHECK (Hans-Heinrich), **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, 3ª ed., Berlim, Duncker e Humblot, 1978.

JESUS (Damásio E.), **Direito Penal, Parte Geral**, 1º vol. São Paulo, Saraiva, 1978 (3ª edição).

KRISBERG (Barry), **Crime and Privilege. Toward a new Criminology**, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1975.

LACERDA MENNA BARRETO (J. D.), **Estudo Geral da nova lei de tóxicos**. Rio de Janeiro, Editora Rio, 2ª. ed. 1978.

Lebendiges Strafrecht, Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz. Berna, Staempfli, 1977.

LISCIA (Claude), **Familes hors la loi**, Paris, François Maspero, 1978.

LYRA (Roberto), **Criminalidade Econômica Financeira**, Rio de Janeiro, Forense, 1978.

MICHAUD (Yves), **Violence et Politique**, Paris, Gallimard, 1978.

MILLER (David), **Social Justice**, Oxford, Clarendon Press, 1976.

OHLIN (Lloyd E.), (ed.), **Prisoners in America**, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1976.

Réponses à la violence, Rapport du Comité d'études présidé par Alain Peyrefitte, Nancy, Ed. La documentation Française, 1977.

RICO (José M.), **As Sanções Penais e a política criminal contemporânea**, Rio de Janeiro, Liber Juris, trad. J. Sérgio Fragoso.

SCHAFER (Stephen) (ed.), **Readings in Contemporary Criminology**, Reston, Reston Publishing, 1976.

SCHULTZ (Hans), **Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts**, 2 vols. Berna, Staempfli, 1977 (3ª. ed.).

SCULL (Andrew T), **Decarceration, Community treatment and the deviant. A radical view**, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1977.

SILVER (Isidore) (ed.), **The Crime-control establishment**, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1974.

Sistemas de Tratamiento y capacitación penitenciarios, (trabalhos apresentados ao Simpósio sobre sistemas de tratamento e capacitação do pessoal penitenciário na América Latina, realizado em San José, em abril de 1977), San José, Imprensa Oficial, 1977 (ILANUD).

SOLOMON JR. (Peter H.), **Soviet criminologists and criminal policy. Specialists in policy-making**, Londres e Basingstoke, Macmillan 1978.

LEIS E PROJETOS

DECRETO Nº 79.455 — DE 30 DE MARÇO DE 1977

Promulga o Acordo Sul-Americano de Entorpecentes e Psicotrópicos

O Presidente da República,

Havendo o Congresso Nacional aprovado, pelo Decreto Legislativo nº 78, de 5 de dezembro de 1973, o Acordo Sul-Americano de Entorpecentes e Psicotrópicos, celebrado em Buenos Aires a 27 de abril de 1973;

E havendo o referido Acordo entrado em vigor, para o Brasil, em 26 de março de 1977,

DECRETA:

que o Acordo, apenso por cópia ao presente Decreto, seja executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

Brasília, 30 de março de 1977; 156ª da Independência e 89ª da República.

ERNESTO GEISEL

Antônio Francisco Azeredo da Silveira

ACORDO SUL-AMERICANO SOBRE ENTORPECENTES E PSICOTRÓPICOS

A Conferência Sul-Americana Plenipotenciária sobre Entorpecentes e Psicotrópicos, reunida na Cidade de Buenos Aires, entre 25 e 27 de abril de 1973, considerando:

Que a gravidade do problema do uso indevido de drogas requer a atenção permanente e solidária de todos os países da América do sul, orientados por princípios e objetivos comuns;

Que apesar de que a magnitude, características e alcances desse problema, em cada um dos países participantes, possam se revestir de diferente fisionomia, os riscos e prejuízos atingem a todos eles; e

Levando em conta as recomendações da Reunião Governamental de Técnicos Sul-Americanos, realizada em Buenos Aires, de 29 de novembro a 4 de dezembro de 1972.

Concorda em:

Primeiro — Instrumentar as medidas necessárias à consecução de estreita colaboração e intercâmbio eficaz de informação em tudo que diz respeito à luta contra o uso impróprio de entorpecentes e psicotrópicos, especialmente no que se refere a: a) controle do tráfico lícito; b) repressão do tráfico ilícito; c) cooperação entre órgãos nacionais de segurança; d) harmonização das normas penais e cíveis; e) uniformização das disposições administrativas que regulem a venda; f) prevenção da toxicomania; g) tratamento, reabilitação e reajustamento dos toxicómanos.

Segundo — Constituir ou designar em cada país um organismo incumbido de coordenar e centralizar no respectivo âmbito nacional tudo que estiver relacionado ao tema do uso impróprio de entorpecentes e psicotrópicos.

Terceiro — Realizar reuniões anuais de caráter técnico sobre os vários aspectos do tema; efetuar consultas e troca de informações que permitam uma vinculação permanente entre os diversos organismos coordenadores nacionais.

Quarto — Promover planos de educação intensiva da comunidade, mediante métodos adequados à problemática de cada país e conforme suas características sócio-culturais, votando preferentemente atenção à infância e à adolescência, com ênfase nas faixas familiar, docente, estudantil e de assistência social sob a supervisão de técnicos especializados.

Quinto — Outorgar especial apoio a toda a atividade de pesquisa científica que vise direta ou indiretamente ao desenvolvimento dos conhecimentos sobre a toxicomania, suas causas e suas conseqüências; a criação ou implementação de novos métodos para combatê-la, e o aprimoramento dos existentes.

Sexto — Harmonizar as normas legais dos países signatários, conforme o Primeiro Protocolo Adicional.

Sétimo — Adotar as medidas necessárias a fim de que o pessoal dos organismos de segurança dedicados à luta contra o uso impróprio de entorpecentes e psicotrópicos atinja elevado grau de capacitação e treinamento, visando ao mesmo tempo a uma mais estreita coordenação entre os organismos especializados das Partes Contratantes.

Oitavo — Em casos concretos de tráfico ilícito ou de atividades conexas que por sua natureza interessarem a mais de um país, as Partes Contratantes comprometem-se a prestar a necessária cooperação para que os organismos responsáveis dos países atingidos possam realizar, conjuntamente, as pesquisas e ações pertinentes.

As modalidades dessas operações conjuntas serão determinadas, em cada caso particular, entre si pelos organismos interessados, aproveitando para a troca de informação e para a cooperação de nível policial especializado, das facilidades que a O.I.P.C. (Interpol) outorga através de suas filiais nacionais (O.C.N.).

Nono — Uniformizar as normas para a venda legal de entorpecentes e psicotrópicos, pelo meio indicado no Segundo Protocolo Adicional.

Décimo — Intensificar as medidas existentes para a erradicação das plantações de "cannabis" e de coca e proibir as plantações de papoula no âmbito sul-americano, salvo as que, sob fiscalização, são feitas para fins de pesquisa científica.

Décimo Primeiro — Os Estados Partes convocarão uma Conferência para estudar a criação de uma Secretaria Permanente de Entorpecentes, cujo objetivo será facilitar a coordenação dos aspectos enumerados nos artigos acima. A Conferência estudará os meios de financiamento, a localização, a estrutura e as funções da Secretaria, tendo sempre em vista a melhor utilização dos recursos disponíveis e as atividades efetuadas pelos organismos nacionais dos Estados Partes.

A Coordenação das atividades nacionais e a cooperação entre os Estados Partes previstas nos artigos precedentes, realizar-se-ão a partir da data em que entrar em vigor o presente acordo.

Ao entrar em vigor o acordo, os Estados Partes designarão representantes, que deverão se reunir na cidade de Buenos Aires, para, como o assessoramento técnico e o apoio secretarial do Organismo Centralizador da luta contra os entorpecentes que exista na República Argentina, realizar os estudos preparatórios da Conferência prevista no presente artigo. Os referidos representantes constituirão uma Comissão *pro tempore* que estará autorizada a solicitar e centralizar a informação, estudar e analisar possibilidades de cooperação e estabelecer contatos com os organismos nacionais de coordenação mencionados no artigo 2º e, também, consultar informalmente as agências internacionais interessadas no problema.

Décimo segundo — O presente Acordo ficará aberto à assinatura dos Estados participantes da Conferência Sul-Americana Plenipotenciária sobre Entorpecentes e Psicotrópicos, até 30 de junho de 1973.

Acha-se sujeito a ratificação.

Os Instrumentos de ratificação serão depositados junto ao Governo da República Argentina.

Depois de 30 de junho de 1973, estará aberto à adesão dos Estados a que se refere o parágrafo 1 deste Artigo. Os instrumentos de adesão serão depositados junto ao Governo da República Argentina.

Décimo Terceiro — Entrará em vigor no trigésimo dia seguinte à data em que haja sido depositado o quarto instrumento de ratificação ou de adesão, de acordo com o artigo décimo segundo.

Para cada Estado que ratificar o Acordo ou aderir a ele depois de haver sido depositado o quarto instrumento de ratificação ou de adesão, o Acordo entrará em vigor no trigésimo dia seguinte à data na qual o referido Estado houver depositado seu instrumento de ratificação ou de adesão.

Décimo Quarto — Após decorridos dois anos contados a partir da data de entrada em vigor do presente Acordo, qualquer Estado Parte poderá denunciá-lo através de comunicação escrita depositada junto ao Governo da República Argentina. A denúncia produzirá efeitos cento e oitenta dias depois da data de sua apresentação.

Décimo Quinto — Qualquer Estado Parte poderá propor uma emenda ao presente Acordo. O texto da emenda e seus motivos deverão ser comunicados ao Governo da República da Argentina, o qual, por sua vez os comunicará aos demais Estados Partes.

Quando uma proposta de emenda, transmitida de acordo com o primeiro parágrafo do presente Artigo, não sofrer objeções por parte de algum dos Estados Partes dentro dos cento e oitenta dias posteriores à comunicação da mesma, entrará em vigor automaticamente.

Caso qualquer dos Estados Partes oponha alguma objeção a uma proposta de emenda, o depositário convocará uma Conferência para considerar a referida emenda.

Décimo Sexto — O original do presente Acordo, cujos textos espanhol e português são igualmente autênticos, ficará depositado nos arquivos do Ministério das Relações Exteriores e Culto da República Argentina.

Feito na cidade de Buenos Aires, Capital da República Argentina, aos vinte e sete dias do mês de abril de mil novecentos e setenta e três.

PRIMEIRO PROTOCOLO ADICIONAL

I — Legislação Penal

1. Objeto Material

A exatidão do objeto material é indispensável para uma adequada tipificação das figuras delituosas. Esse objeto define-se nos seguintes termos: "Entorpecentes, psicotrópicos e demais substâncias suscetíveis de produzir dependência física ou psíquica, contidos nas listas que os Governos atualizarão periodicamente".

Os países que não houverem ratificado a Convenção Única de Entorpecentes, de 1961, suas alterações e o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971, poderão considerar as listas das referidas convenções.

2. Figuras delituosas que devem ser previstas

a) Relacionadas com o processo de produção: semeadura, cultivo, fabricação, extração, preparo e qualquer outra forma de produção;

b) Relacionadas com a comercialização: importação ou exportação, depósito, venda, distribuição, armazenagem, transporte e qualquer outra forma de comercialização;

c) Relacionadas com a organização e financiamento das atividades compreendidas nos dois itens precedentes;

d) Fornecimento, aplicação, suprimento ou entrega, seja a título gratuito ou oneroso;

e) Fornecimento, aplicação, suprimento ou entrega, de modo abusivo ou fraudulento, por profissionais habilitados para receber;

f) Produção, fabricação, preparação ou utilização abusivas ou fraudulentas por profissionais autorizados a fazê-lo;

g) Produção, fabricação, preparação ou utilização clandestinas;

h) Posse, salvo os casos precedentes e sem razão legítima, das substâncias e matérias-primas ou elementos destinados à sua elaboração;

i) O suprimento, oneroso ou gratuito, de bens móveis ou imóveis, destinados ou utilizados para a prática destes delitos;

j) A instigação, promoção ou estímulo no emprego das substâncias, e seu uso pessoal em forma pública.

3. Formas agravadas

a) Fornecimento, aplicação, suprimento ou entrega a menores de idade ou a pessoas psiquicamente diminuídas;

b) Fornecimento, aplicação, suprimento ou entrega com o objetivo de criar ou manter um estado de dependência;

c) Fornecimento, aplicação, suprimento ou entrega valendo-se de violência ou engano;

d) A prática de atos puníveis valendo-se de pessoas inimputáveis;

e) O fato de ser médico, dentista, químico, farmacêutico, veterinário, botânico, ou de outras profissões que possuam conhecimentos especializados ou exerçam atividades afins;

f) O fato de ser funcionário público responsável pela prevenção e combate dos delitos previstos;

g) Quando o delito ocorrer nas proximidades ou no interior de um estabelecimento de ensino, centro assistencial, locais para detentos, centros esportivos, culturais ou sociais ou lugares destinados à realização de espetáculos ou diversões públicas;

- h) A habitualidade;
- i) A associação para delinquir
- j) O fato de ser docente ou educador de crianças ou jovens.

4. Consequência dos atos puníveis

a) As espécies de punições que poderão ser aplicadas de modo conjunto ou alternativo, conforme a gravidade dos atos cometidos e outras circunstâncias. São: restritivas da liberdade, pecuniárias e inabilitação profissional ou funcional;

b) Se o condenado for adepto dessas substâncias, o juiz imporá sempre uma medida de segurança curativa ou reeducativa, e poderá, além do mais, segundo o caso, dar como satisfeita a punição e aplicar apenas a medida de segurança, impondo esta antes ou depois de cumprida a pena restritiva da liberdade, ou ambas simultaneamente;

A medida de segurança curativa consistirá, precipuamente, em tratamento de desintoxicação adequado, sem prejuízo de medidas terapêuticas e outras que a reabilitação exigir. De preferência, será cumprida em centros especiais de assistência. Aplicar-se-á por tempo indeterminado e findará por resolução judicial, após laudo técnico que estabeleça que a pessoa sujeita à medida acha-se já reabilitada ou, pelo menos, atinge um grau aceitável de reabilitação;

c) Destruição imediata de plantações e de culturas;

d) Destruição imediata das matérias-primas e substâncias que não tiverem aplicação terapêutica;

e) Confisco de matérias-primas, substâncias, instrumentos e elementos que possam ser de utilidade geral, para cujos fins a autoridade competente disporá sua imediata entrega.

II — Legislação Cível

Deve-se baixar normas que protejam o toxicômano em sua saúde e em seu patrimônio, e que contemplem a defesa da família — especialmente a formação psico-pedagógica dos filhos — e de terceiros.

a) Inabilitação judicial para determinados atos jurídicos e com a consequente nomeação de curador;

b) Internamento em estabelecimento adequado em caso de perigo para si próprio ou para terceiros.

SEGUNDO PROTOCOLO ADICIONAL

Primeiro — Uma vez tomada a decisão de incluir determinadas substâncias ou preparado farmacêutico no grupo dos que podem determinar dependência física

ou psíquica, cada um dos Estados Partes fornecerá, semestralmente, uma lista aos demais Estados Partes.

Segundo — Cada um dos Estados Partes, ao cientificar-se da inclusão de determinada substância ao grupo criado no artigo precedente, procurará incluí-la no mesmo grupo levando em consideração as razões que lhe sejam apresentadas.

Terceiro — Na cooperação entre os Estados Partes, serão sempre mantidas as exigências de controle previstas na Convenção Única de Entorpecentes de 1961 e no Convênio de Substâncias Psicotrópicas de 1971.

Quarto — Os Estados Partes intensificarão as medidas para erradicar as plantações existentes e proibirão as plantações de papoula.

O Estado Parte poderá autorizar sua exploração, com fins científicos ou de aproveitamento industrial, sob a mais severa fiscalização.

Quinto — Para extrair, produzir, fabricar, transformar, preparar, possuir, importar, exportar, reexportar, expedir, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ou reter, para um desses fins sob qualquer forma, alguma das substâncias discriminadas no artigo anterior, será indispensável licença das autoridades nacionais competentes.

Sexto — Os Estados Partes designarão uma autoridade responsável pela concessão de certificados de autorização de importação, exportação e reexportação de substâncias entorpecentes ou psicotrópicas.

Sétimo — Não será permitida a concessão de certificados de importação de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas a quem haja sido condenado, em processo criminal, nem à sociedade comercial que integrar, principalmente se o processo tiver sido baseado em infração sanitária.

Oitavo — Nos pedidos de licenças de importação de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas encaminhados à autoridade competente, deverão ser pormenorizadas a natureza, a origem e a quantidade de cada um dos produtos a serem importados durante o ano a que se refere o pedido, e deles deverá constar o nome da firma exportadora.

Nono — A licença de importação de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas será intransferível.

Décimo — Caso as substâncias cujo controle está previsto nas convenções mencionadas no item terceiro hajam sido importadas sem o respectivo atestado de importação, a operação será considerada como contrabando, a mercadoria confiscada pelo Estado e os responsáveis punidos de acordo com a legislação nacional.

Décimo primeiro — Será exigida uma permissão especial da autoridade competente para qualquer estabelecimento químico-farmacêutico que fabricar substâncias entorpecentes sintéticas ou extrativas, ou que as transforme ou purifique.

Décimo Segundo — A aquisição das referidas substâncias e/ou de especialidades farmacêuticas que as contenham, poderá ser realizada unicamente pelos estabelecimentos legalmente habilitados e mediante solicitação prévia assinada pelo responsável.

Décimo Terceiro — Os estabelecimentos a que se refere o artigo precedente estarão obrigados a manter um arquivo dos documentos comprovantes da aquisição e do destino das substâncias entorpecentes e psicotrópicos.

Décimo Quarto — Serão encaminhados às autoridades competentes, por trimestres vencidos nos últimos dias de março, junho, setembro e dezembro, balancetes de entrada, transformação, consumo e estoque de substâncias entorpecentes e psicotrópicos de acordo com os modelos previamente adotados pelas autoridades nacionais competentes.

Décimo Quinto — Somente os estabelecimentos legalmente habilitados, poderão fornecer ao público substâncias entorpecentes e psicotrópicos.

Tais substâncias serão prescritas unicamente por profissionais legalmente habilitados, devendo as respectivas receitas serem arquivadas nas farmácias para confronto e visto das autoridades sanitárias fiscalizadoras nacionais competentes.

Décimo Sexto — O estabelecimento farmacêutico (drogaria, farmácia ou qualquer outro) manterá um sistema adequado de registro de todas as receitas, que possibilite o confronto entre a quantidade adquirida e a quantidade retirada do estoque.

Décimo Sétimo — Para os entorpecentes e demais substâncias capazes de produzir dependência física ou psíquica, em grau de periculosidade equivalente às anfetaminas e seus similares, deverá utilizar-se um bloco-receituário oficial, numerado, impresso pelo próprio profissional, sem registro na repartição sanitária fiscalizadora competente, devendo, todavia, conter no canhoto da receita o nome do paciente, seu endereço, e a natureza do medicamento prescrito. Na folha do bloco, além desses dados, deverão constar os relativos ao profissional que assina a receita.

Décimo Nono — As receitas serão retidas nos respectivos estabelecimentos de venda (farmácia, drogarias, etc.) à disposição da unidade sanitária fiscalizadora competente, para confronto e vistoria.

Vigésimo — Deverão ser escritas em blocos-receituários profissionais comuns e retidas nas respectivas farmácias, as receitas das substâncias e/ou especialidades farmacêuticas que contenham substâncias sobre as quais houver dúvidas quanto à sua possibilidade de produzir dependência.

Vigésimo Primeiro — A toxicomania ou intoxicação habitual ocasionada por substâncias entorpecentes ou psicotrópicas será considerada doença de notificação obrigatória, com caráter reservado, à autoridade competente local.

Vigésimo Segundo — Os toxicômanos e os intoxicados habituais por entorpecentes ou pelas substâncias acima descritas, serão passíveis de internamento

obrigatório ou facultativo, para tratamento, prévio estudo conveniente de suas condições de saúde, por tempo determinado ou não.

Vigésimo Terceiro — Nos casos de internamento obrigatório, o mesmo deverá ser feito em estabelecimentos sujeitos à fiscalização oficial ou passíveis da mesma.

Vigésimo Quarto — O toxicômano internado obrigatoriamente, que não se encontre sob processo criminal, deverá ser tratado como doente, respeitada a legislação nacional de cada Estado Parte.

LEI nº 6.544 de 30 de junho de 1978.

Altera dispositivos do Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969) e do Código de Processo Penal Militar (Decreto - Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969) e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º — O Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969) passa a vigorar com as seguintes alterações:

Pena até dois
anos aplicada a
militar

Art. 59 — A pena de reclusão ou de detenção até dois (2) anos, aplicada a militar, é convertida em pena de prisão e cumprida quando não cabível a suspensão condicional:

I —
II —

Pena superior a
2 anos, aplicada
a militar

Art. 61 — A pena privativa da liberdade por mais de 2 anos, aplicada a militar, é cumprida em penitenciária militar e, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar.

Pena privativa
da liberdade apli-
cada a civil

Art. 62 — O civil cumpre a pena aplicada pela justiça Militar em estabelecimento prisional civil, ficando ele sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar.

Parágrafo único — Por crime militar praticado em tempo de guerra poderá o civil ficar sujeito a cumprir a pena, no todo ou em parte, em penitenciária militar, se, em benefício da segurança nacional, assim o determinar a sentença.

Requisitos para a suspensão

Art. 84 — A execução da pena privativa da liberdade, não superior a 2 (dois) anos, pode ser suspensa, por 2 (dois) anos a 6 (seis) anos, desde que:

I — o sentenciado não haja sofrido no País ou no estrangeiro, condenação irrecorrível por outro crime a pena privativa da liberdade, salvo o disposto no § 1º do art. 71;

II — os seus antecedentes e personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime, bem como sua conduta posterior, autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.

Parágrafo único —”

Art. 2º — O Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei nº1.002, de 21 de outubro de 1969), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Recolhimento à prisão

“Art. 527 — O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, reconhecida tais circunstâncias na sentença condenatória.

Recolhimento à prisão

Art. 549 — O réu condenado a pena privativa de liberdade não poderá opor embargos infringentes ou de nulidade, sem se recolher à prisão, salvo se atendidos os pressupostos do art. 527.

Competência e requisitos para a concessão do benefício.

Art. 606 — O Conselho de Justiça, o Auditor ou o Tribunal poderão suspender, por tempo não inferior a 2 (dois) anos nem superior a 6 (seis) anos, a execução da pena privativa de liberdade que não exceda a 2 (dois) anos, desde que:

a) não tenha o sentenciado sofrido, no País ou no estrangeiro, condenação irrecorrível por outro crime a pena privativa da liberdade, salvo o disposto no § 1º do art. 71 do Código Penal Militar.

b) os antecedentes e a personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime, bem como sua conduta posterior, autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.

Parágrafo único —”

Art. 607 — O Conselho de Justiça, o Auditor ou o Tribunal, na decisão que aplicar pena privativa da liberdade não superior a 2 (dois) anos, deverão pronunciar-se, motivadamente, sobre a suspensão condicional, quer a concedam, quer a deneguem.

Art. 608 —”

§ 1º — As condições serão adequadas ao delito, ao meio social e à personalidade do condenado.

§ 2º — Poderão ser impostas, com normas de conduta e obrigações, além das previstas no art. 626 deste Código, as seguintes condições:

I — freqüentar curso de habilitação profissional ou de instrução escolar:

II — prestar serviços em favor da comunidade;

III — atender aos encargos de família;

IV — submeter-se a tratamento médico.

§ 3º — Concedida a suspensão, será entregue ao beneficiário um documento similar ao descrito no art. 641 ou no seu parágrafo único, deste Código, em que conste, também, o registro da pena acessória a que esteja sujeito, e haja espaço suficiente para consignar o cumprimento das condições e normas de conduta impostas.

§ 4º — O Conselho de Justiça poderá fixar, a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, outras condições além das especificadas na sentença e das referidas no parágrafo anterior, desde que as circunstâncias o aconselhem.

§ 5º — A fiscalização do cumprimento das condições será feita pela entidade assistencial penal competente segundo a lei local, perante a qual o beneficiário deverá comparecer, periodicamente, para comprovar a observância das condições e normas de conduta a que está sujeito, comunicando, também, a sua ocupação, os salários ou proventos de que vive, as economias que conseguiu realizar e as dificuldades materiais ou sociais que enfrenta.

§ 6º — A entidade fiscalizadora deverá comunicar imediatamente ao Auditor ou ao representante do Ministério Público Militar, qualquer fato capaz de acarretar a revogação do benefício, a prorrogação do prazo ou a modificação das condições.

§ 7º — Se for permitido ao beneficiário mudar-se, será feita comunicação à autoridade judiciária competente e à entidade fiscalizadora do local da nova residência, aos quais deverá apresentar-se imediatamente.

Art. 611 — Quando for concedida a suspensão pela superior instância, a esta caberá estabelecer-lhe as condições, podendo

Concessão pelo Tribunal

a audiência ser presidida por qualquer membro do Tribunal ou por Auditor designado no acórdão.

Revogação obrigatória

Art. 614 — A suspensão será revogada se, no curso do prazo, beneficiário:

I — for condenado, na justiça militar ou na comum, por sentença irrecorrível, a pena privativa da liberdade;

II — não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano;

III — sendo militar, for punido por crime próprio ou por transgressão disciplinar considerada grave.

Revogação facultativa

§ 1º — A suspensão poderá ser revogada, se o beneficiário:

a) deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença;

b) deixar de observar obrigações inerentes à pena acessória;

c) for irrecorrivelmente condenado a pena que não seja privativa da liberdade.

§ 2º — Quando, em caso de parágrafo anterior, o juiz não revogar a suspensão, deverá:

a) advertir o beneficiário ou

b) exacerbar as condições ou, ainda,

c) prorrogar o período de suspensão até o máximo, se esse limite não foi o fixado.

Declaração de prorrogação

§ 3º — Se o beneficiário estiver respondendo a processo, que, no caso de condenação, poderá acarretar a renovação, o juiz declarará, por despacho, a prorrogação do prazo da suspensão até sentença passada em julgado, fazendo as comunicações necessárias nesse sentido".

Art. 3º — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º — Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 30 de junho de 1978

(Publicada no D.O. de 4.7.78)

Composto e impresso nas oficinas da
EDITORA VITÓRIA LTDA.

Av. Alberto Martins Fontoura Borges, 41
38.100 — Uberaba (MG) — Brasil

— Fone: 332-4280 — (DDD 034) —

JULHO — 1979

SUMÁRIO

Doutrina

- Francisco Muñoz Conde — **Para uma ciência Crítica do Direito Penal..** 7
Juarez Cirino dos Santos — **Aborto, a política do crime** 13

Parecer

- Heleno C. Fragoso — **Transexualismo. Cirurgia. Lesão corporal** 25

Atualidades e comunicações

- Ederson de Mello Serra — **Violência e liberdade** 35
Nilo Batista e Yolanda Catão — **Justiça Estadual de Primeira
Instância na Capital (Criminal)** 47
Fernando de Almeida Pedroso — **Ação penal pública condicionada ..** 61

Pesquisas

- Lola Aniyar de Castro — **Projeto para uma investigação comparada so-
bre crimes de colarinho branco na América Latina ..** 89
Juarez Cirino dos Santos — **A criminalidade violenta na cidade do Rio
de Janeiro** 103

Noticiário

Comentários de jurisprudência

- Crime contra a honra. Testemunho em juízo
- Perdão judicial
- A Súmula 297

- Resenha Bibliográfica** 129

Leis e projetos

- Decreto nº 79.455, de 30-3-77 — **Promulga o Acordo Sul Americano de
Entorpecentes e Psicotrópicos** 137
Lei nº 6.544, de 30-6-78 — **Altera dispositivos do Código Penal Militar
e do Código de Processo Penal Militar e dá outras pro-
vidências** 145