

REVISTA DE DIREITO PENAL

ÓRGÃO OFICIAL DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS
DO RIO DE JANEIRO
CONJUNTO UNIVERSITÁRIO CÂNDIDO MENDES

Nº 061 P

Diretor: Prof. Heleno Cláudio Fragoso
Redator-Chefe: Prof. Nilo Batista
Secretário: Prof. Arthur Lavigne
Redatores: Augusto Thompson
Celso Fernando de Barros
Cláudio Ramos
Delfim Salum de Oliveira
Heitor Costa Jr.
Juarez Cirino dos Santos
Luiz Fernando de Freitas Santos
Maria Cristina Palhares dos Anjos
Sérgio Verani
Técio Lins e Silva
Yolanda Catão

Sérgio Fragoso

FORENSE / RIO DE JANEIRO / 1979

(c) Copyright

Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro

Rua Paulino Fernandes, nº 32, 1º andar — Botafogo
22270 Rio de Janeiro - RJ

Revista de direito penal, v. 1

n.1

1971

Rio de Janeiro: Forense: Instituto 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

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

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Publicamos neste número a colaboração escrita pelo diretor desta revista para o livro homenagem a Alfonso Quiroz Cuarón, que se editará no México, sobre a ciência e a experiência do Direito Penal, salientando as discrepâncias entre as aparências e as realidades do sistema. Trata-se de homenagem a um grande criminólogo, recentemente desaparecido, analisando vários aspectos da atual crise do sistema punitivo.

Publicamos também o excelente relatório de Juarez Cirino dos Santos sobre defesa social e desenvolvimento, elaborado para as Jornadas Latino-americanas de Defesa Social, a serem realizadas no México, em dezembro de 1979. Nesse importante conclave, Juarez Cirino dos Santos é um dos relatores oficiais.

Incluimos também nesta edição oportuno estudo de Nilo Batista sobre aspectos jurídico-penais da anistia, bem como erudito estudo de Everardo da Cunha Luna, professor catedrático da Universidade Federal de Pernambuco, sobre a teoria finalista da ação. Nessa parte da revista, o leitor encontrará ainda, em cuidada tradução, o famoso estudo de Adelmo Borettini sobre Binding, e um penetrante exame crítico-criminológico do trabalho da Funabem com menores infratores, de Augusto Thompson.

Na parte relativa a comentários de jurisprudência estão vários estudos sobre temas controversos, entre os quais se destacam os elaborados, com mestria, por Damásio E. de Jesus e Celso Delmanto.

Nesta edição aparecem os textos de várias importantes leis promulgadas no lapso de tempo a que ela se refere, bem como o anteprojeto sobre livramento condicional e reabilitação elaborado por comissão convocada e presidida pelo juiz Francisco Horta. A justificação desse projeto, que é de autoria do diretor desta revista, também é publicada.

A partir deste número figuram como redatores da revista todos os nossos valorosos companheiros do ICIPERJ, a quem se deve o êxito de nosso trabalho comum.

H.C.F.

DOUTRINA

CIÊNCIA E EXPERIÊNCIA DO DIREITO PENAL (*)

Heleno Cláudio Fragoso

1. O desaparecimento de Alfonso Quiroz Cuaron constitui grave perda para a ciência criminológica, que ele elevou, no quadro da América Latina, a níveis excepcionais, pela seriedade e alta categoria de seu trabalho. Em homenagem ao amigo e antigo companheiro de tantas jornadas, parece oportuno analisar a crise com que hoje se defronta o direito penal de nosso tempo, assinalando as suas discrepâncias, incongruências e problemas atuais. Trata-se de examinar como se formula, no plano teórico, o sistema punitivo e de verificar como ele efetivamente opera na realidade, para destacar, desta forma, as inquietações e perplexidades a que somos levados, pois a realidade está em desacordo com os princípios da teoria com a qual se cumpre a função ideológica do sistema.

2. É paradoxal que a crise do sistema ocorra no momento em que a evolução técnica do direito penal atingiu níveis de perfeição realmente notáveis. A evolução nesse sentido processou-se desde o começo do século, alcançando, com a teoria finalista da ação, grande correção técnica e a elaboração de um sistema normativo que deveria servir à aplicação mais justa e igualitária da lei penal.

3. Velhos problemas, que conduziram a largos debates, se não foram de todo resolvidos, alcançaram formulações de inegável superioridade técnica. Poderíamos mencionar, a título de exemplo, a teoria da ação e a problemática da omissão, particularmente a dos crimes comissivos por omissão. Assim também a teoria do erro, distinguindo-se o erro de tipo, como aquele que versa sobre os elementos, factuais ou jurídicos, que integram o modelo legal do fato punível, do erro de proibição, que versa sobre a ilicitude. Poderíamos também mencionar a reformulação, pode-se dizer completa, da teoria do crime culposos. Entende-se hoje que os crimes

(*) Trabalho escrito para o livro homenagem a Alfonso Quiroz Cuaron.

dolosos e os crimes culposos constituem categorias distintas do fato punível. No crime culposos a lei proíbe causar através de negligência, imprudência ou imperícia certo resultado, com ação que se dirige a fins geralmente lícitos, irrelevantes para a configuração da conduta típica. O tipo dos crimes culposos é **aberto** e a conduta típica depende da violação do cuidado objetivo exigível nas circunstâncias. O crime culposos não é mais apenas uma forma de culpabilidade, como imaginava a teoria tradicional. Esta supunha que a previsibilidade do evento constituía a essência do crime culposos e que este se consubstanciava num **desvalor do resultado**. A doutrina moderna reformulou a estrutura do crime culposos, partindo da verificação de que a antijuridicidade de tais crimes depende da violação do cuidado exigível na vida de relação e que nele o elemento decisivo está num **desvalor de ação**. Vejam-se, por igual, os conceitos de autoria e participação, cujo estudo, a rigor, não se pode fazer, partindo da solução simplista do CP brasileiro. A participação é necessariamente acessória e se distingue da autoria no plano lógico e na própria natureza das coisas. Em suma, pode-se dizer que, em relação aos problemas da teoria do delito, com os quais ocuparam-se largamente os juristas, a doutrina apresenta hoje uma sistemática de grande exatidão técnica, levada às últimas consequências.

4. O sentido geral dessa evolução técnica teve por base a substituição de conceitos naturalísticos e puramente descritivos por conceitos normativos e de valor, com os quais se enriqueceu extraordinariamente a teoria do direito penal. Isso se ilustra claramente com o conceito de culpa, que a doutrina clássica entendia ser mera relação psicológica entre o agente e o resultado, como se pode ver bem nas primeiras edições do Tratado de Von Liszt. A evolução posterior (que conduziu às concepções puramente normativas da doutrina moderna) foi no sentido de caracterizar a culpa como vontade **reprovável** e não mais como mera relação psicológica. Entendia-se por culpa não a simples vontade, mas sim a vontade que não deveria ser, transformando-se um conceito naturalístico num conceito de valor. Introduzia-se, assim, como se percebe claramente, na idéia de culpa uma reformulação completa, pois o merecimento de pena passava a estar em função da censurabilidade do comportamento. Essa evolução penetrou, pode-se dizer, toda a moderna teoria do delito.

5. Deve-se dizer que essa evolução deixou um pouco na sombra toda a parte relativa às consequências jurídicas do delito, e, sobretudo, o que se refere à execução das penas. Essas questões foram relegadas pelos juristas a um segundo plano, pois eles entendiam que esta parte do sistema não oferecia os grandes atrativos das questões elegantes da teoria do delito. Partia-se aqui, em geral, de uma concepção retributiva da pena, completada e complementada pelas medidas de segurança. A partir das formulações originais

do projeto suíço, de Stooss, e, depois, do CP italiano, de 1920, penetrou nas legislações o chamado sistema do duplo binário, segundo o qual, ao lado da pena, fundada e medida na culpabilidade, aparece a medida de segurança, que tem por base a periculosidade do agente. Com isso constituiu-se, aqui também, um sistema de grande simetria lógica e perfeição teórica. A experiência desses últimos 25 anos, no entanto, veio mostrar que esse sistema não funciona e que, na realidade revela grandes e insuperáveis incongruências. O trabalho formidável dos juristas no campo da teoria do direito penal está posto em xeque pelas realidades do funcionamento do sistema repressivo do Estado.

6. Por que estamos, então, em situação de crise, se a elaboração técnica dos juristas conseguiu, como vimos, conduzir a formulação doutrinária do direito penal a um grau de grande perfeição técnica? O conjunto de normas que constitui o direito e o processo penal e a doutrina que sobre ele se realiza, cumprem também uma função ideológica, segundo a qual se apresenta a realidade do sistema punitivo de forma ilusória. O direito penal de nosso tempo sofreu o impacto criminológico devastador da criminologia da reação social, que submeteu a análise o próprio sistema da justiça punitiva. A criminologia clássica buscava uma explicação causal do delito, tarefa na qual não logrou resultados. Tinha seu objeto determinado pelo direito penal, que deveria indicar o que se entende por crime. Com base nisso, tentava-se realizar a análise causal-explicativa do crime. Em nosso tempo as coisas mudaram muito, porque o próprio sistema punitivo é submetido à análise crítica. Indaga-se que função desempenha verdadeiramente o direito punitivo, como técnica de controle social e, em que medida serve aos interesses e preconceitos dos que têm o poder de fazer as normas. E indaga-se, sobretudo, como funciona realmente o sistema repressivo do Estado. Pergunta-se até que ponto o direito penal corresponde à defesa de valores de validade geral, numa sociedade pluralística e democrática; até que ponto o próprio direito penal aparece como rotulador de condutas delituosas, cumprindo assim uma função ideológica, e até que ponto a formulação ideal corresponde à realidade do aparato policial-judiciário repressivo.

7. A encruzilhada em que se encontra o sistema punitivo revela-se pelas discrepâncias entre suas aparências e suas realidades. Começamos pelas formulações mais gerais. Parece que a função fundamental do direito penal é a de defesa social. Ela se realiza através daquilo que os juristas costumam chamar de **tutela jurídica**: mecanismo com o qual se ameaça com uma sanção jurídica (no caso, a pena criminal) a transgressão de um preceito, formulado para, supostamente, evitar dano a um valor da vida social (bem jurídico). Procura-se assim uma defesa que operaria através da ameaça penal a todos os destinatários da norma, bem como pela efetiva aplicação da pena ao transgressor, **ad exemplum**, para que

todos vejam o que acontece aos transgressores. Esse mecanismo de tutela jurídica ou se justifica através da prevenção ou se justifica através da aplicação do justo castigo, numa perspectiva puramente retributiva.

8. Se contemplamos a evolução processada na teoria da pena, verificaremos que os juristas, desde há muito, têm-se ocupado com a determinação do sentido e do fim da pena. Essa problemática está hoje ao centro da crise do sistema punitivo. Parece claro que a justificação da pena se encontra na própria função do Estado, como tutor e mantenedor da ordem jurídica, destinada à consecução e à preservação do bem comum. Isso se faz através da protecção de certos estados valiosos, que são os bens jurídicos, que o Estado busca preservar através da ameaça penal.

9. A idéia de prevenção geral levou o legislador, e continua a levá-lo, a certa exacerbação punitiva, na ingênua suposição de que o aumento das penas tem o efeito de diminuir a criminalidade. Isso conduz, por vezes, a autêntico direito penal terrorista, de inspiração medieval. Era essa a concepção de nossas Ordenações do Reino que, como diz a passagem clássica de Coelho da Rocha, procuravam deter os homens através do terror e do sangue, impondo abundantemente a pena de morte. A anterior lei de segurança nacional brasileira, imposta pela ditadura militar, em 1969, é outro bom exemplo dessa mentalidade. Os militares que fizeram a lei, inspirados na doutrina da segurança nacional, imaginaram que através de penas muito elevadas se impediria a prática dos delitos. Surgiram dessa forma crimes de manifestação do pensamento punidos com a pena mínima de 10 anos de reclusão, bem como inúmeros crimes em que a pena mínima era de 12 anos de reclusão. Reintroduziram-se em nosso direito as penas de morte e de prisão perpétua, numa inútil demonstração de violência punitiva, que realmente não tem qualquer efeito.

10. Não está demonstrado o efeito preventivo da ameaça penal. Ele parece mesmo não existir. Positivamente não existe nos crimes políticos. Como já se disse, a prevenção geral é uma espécie de crença. Pesquisas realizadas nos Estados Unidos (notadamente relativas à pena de morte), e na Suécia, parecem mostrar que a ameaça penal não tem efeito algum (1). Assinala-se o otimismo dos criminosos comuns. Pode-se mencionar, por bem expressivo, o aumento da pena para o crime de embriaguez ao volante, na Alemanha, que não teve efeito em relação à marcha da criminalidade. E também a nossa anterior lei de drogas, que previa penas severíssimas, com as quais o legislador supunha coarctar o tráfico e o con-

sumo de drogas, entre nós, uma lei que não teve qualquer consequência nesse sentido. As penas demasiadamente severas, que ofendem a consciência do magistrado, não se aplicam. No Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, realizamos pesquisa para apurar como se aplicava a anterior lei de drogas, examinando os processos que tramitaram no foro do Rio de Janeiro no ano de 1974 (2). O que se verificou é que os juizes simplesmente não aplicavam a lei severíssima. Relaxavam ilegalmente prisões em flagrante, descartavam como inúteis os depoimentos de policiais e aceitavam qualquer prova razoável para absolver o jovem primário, de bons antecedentes, portador de pequenas quantidades. A aplicação da lei caracterizava-se, assim, pela incongruência e pela inconsistência. A mesma experiência tivemos em nosso Superior Tribunal Militar, com a aplicação da infame lei de segurança nacional.

11. Verifica-se, então, que o legislador se equivoca quando imagina que, ameaçando com pena determinada ação, conseguirá prevenir alguma coisa. Esse equívoco põe em causa a própria finalidade do sistema punitivo. Engana-se também o legislador quando supõe que os juizes aplicarão as penas exacerbadas de seu direito penal terrorista. A idéia de prevenção geral como fundamento da pena enfrenta, no entanto, outros obstáculos. Como justificar que um indivíduo seja punido em função da conveniência da pena relativamente a terceiros? Corre-se aqui o risco de uma instrumentalização do magistério punitivo, misturando-se o homem, como já observava Kant, com o direito das coisas.

12. Parece claro que a criminologia de nosso tempo revelou com bastante nitidez que o crime é fenómeno sócio político, que se deve a um conjunto de fatores sociais, em relação aos quais o direito penal tem muito pouca influência. Não se resolve o problema da criminalidade com o direito penal. É inútil tentar evitar certas ações tornando-as delituosas.

13. Sobre, no entanto, ainda, outra possibilidade para justificar o sistema: o da justa retribuição. Já agora se trata de aplicar o justo castigo, em nome da justiça. Trata-se de contrapor um mal ao malefício praticado, como justa punição. Nessa perspectiva a idéia de defesa social através da incriminação e da pena torna-se duvidosa. Teria de surgir como reafirmação de valores através da justa punição. Aparecem aqui, no entanto, complicados problemas. A retribuição teria que se fundar na culpa, ou seja, na realização de uma conduta reprovável. Postula-se, então, como pressuposto fundamental da idéia de culpa a liberdade da vontade, que constitui proposição indemonstrável, tornando a imaginada justa retribuição

1. Cf. *The Death penalty in America*. HUGO A. BEDAU (ed.), Garden City, Nova York, Anchor Books, 1964.

2. YOLANDA CATÃO — HELENO C. FRAGOSO, *Abuso de drogas, na legislação penal brasileira*, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1976.

um autêntico ato de fé. E parece difícil construir o sistema punitivo do Estado sobre um ato de fé. Por outro lado, como se tem observado, a concepção retributiva deixa em aberto a questão de saber sob que pressupostos está o Estado autorizado a punir o comportamento culpável, porque não se pretende que toda conduta culpável mereça punição (Schmidhäuser) (3).

14. Em verdade, o sistema nunca pôde ser fiel a uma justificação retributiva. Diz-se que se trata de uma retribuição ético-jurídica, que se esgota na própria natureza da pena. A pena é, dizem os juristas, a perda de um bem imposta ao delinquente em virtude do malefício praticado, e nisso se esgota a sua relação retributiva. Seria hoje inadmissível pensar na pena como escarmento, ou seja, imposta para fazer alguém sofrer. Os juristas têm explicado, com uma certa dificuldade, que a pena é uma espécie de *mixtum compositum*, sendo retributiva por sua própria natureza, mas devendo tender, na sua execução, à recuperação social do delinquente. Esse caráter complexo da pena está bem exposto na obra fundamental de Arturo Rocco (4). Essa suposta recuperação social é muito pobremente avaliada em termos de não-reincidência.

15. Entramos aqui nas grandes contradições com as quais se debate o direito penal moderno. A lógica do sistema clássico, como vimos, previa, ao lado da pena a medida de segurança, e com isso assegurava a sua própria simetria: a pena em função da culpa e a medida de segurança, em função da periculosidade. Nesse sistema do duplo binário, a pena e a medida de segurança, por assim dizer, se complementariam, porque se, de um lado, se pune, de outro, se promove a recuperação social. Esse sistema de penas e medidas de segurança penetrou nas legislações no período entre as duas grandes guerras, e trouxe a paz às correntes doutrinárias que, no início do século, se contrapunham. Engenhosamente elaborado, esse sistema foi levado às últimas consequências, como se pode ver no tratamento previsto para os semi-imputáveis. Pelo *quantum* de imputabilidade (e de culpa) que apresentam, devem eles receber uma pena (posto que atenuada). E, depois de cumprir a pena, devem ser submetidos a medida de segurança curativa, pelo *quantum* de inimputabilidade (e de periculosidade) que também apresentam. Esse critério, que representa o desespero da perfeição técnica, está no CP brasileiro (art. 22, parágrafo único).

16. O sistema do duplo binário não funcionou jamais, nem no Brasil nem no exterior. No Brasil, costuma-se dizer que isso se deve ao fato de não terem sido construídos os estabelecimentos previstos no código, para execução das medidas de segurança detentivas para imputáveis. Em outros países esse sistema também não funcionou por ser intrinsecamente contraditório. A pena deve ser cumprida para a recuperação social do delinquente, ou seja: a pena deve ser cumprida como a medida de segurança. A medida de segurança, por seu turno, não se distingue da pena: ela também representa perda de bens jurídicos e pode ser, inclusive, mais aflitiva do que a pena, por ser imposta por tempo indeterminado. Toda medida coercitiva imposta pelo Estado, em função do delito e em nome do sistema de controle social, é pena, seja qual for o nome ou a etiqueta com que se apresenta. Mezger falava de uma crise do duplo binário, pois a aplicação da medida de segurança detentiva ao condenado fazia-se transferindo-o da ala direita para a ala esquerda do mesmo estabelecimento. E Kohlrausch, a propósito se referia à "burla das etiquetas".

17. O abandono do sistema do duplo binário, em favor de uma solução monista, não se fará sem dificuldades. Se partirmos para a unificação das sanções penais detentivas para imputáveis, ficará em aberto a questão de saber qual será o fundamento da pena de segurança, correspondente ao *plus* que excede à culpabilidade e que se deve à condição pessoal do condenado. Deve-se dizer, no entanto, que o sistema penal clássico nunca pôde ser inteiramente fiel ao princípio da retribuição como fundamento da pena. Diz-se que a culpabilidade tem cumprido no direito penal a função de justificar o sentido retributivo da pena e a de limitar a pena, mas a aplicação da pena, dentro dos parâmetros legais, está dominada pela personalidade do acusado e por seus antecedentes, que passam, então, ao primeiro plano. Os códigos prevêm a agravação da pena pela reincidência e pela habitualidade, o que significa a elevação da pena pela condição pessoal do delinquente, que também compromete a lógica do sistema clássico. As teorias formuladas para justificar, nesses casos, o aumento da pena, com base no princípio da culpa, eram, evidentemente, artificiais.

18. Pretende-se que o princípio da retribuição esteja proscritos no direito moderno, no que tange à execução. A execução se justifica para reintroduzir o transgressor na sociedade, partindo-se da idéia de que a pena se fundamenta na defesa de valores da vida social, através da qual se procura assegurar a vida em comum. Surgem, aqui, porém, as incongruências: as longas penas privativas da liberdade e a pena de morte só podem ser razoavelmente explicadas pelo princípio da retribuição. A experiência com a pena indeterminada, por outro lado, foi lamentável, sobretudo nos Estados Unidos. Com a pena indeterminada procurou-se subordinar a duração da pena à efetiva recuperação social do delinquente, como se

3. CLAUS ROXIN *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, no volume *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, Nova York, Gruyter, 1973, 5.
4. ARTURO ROCCO. *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*. Roma, Soc. Ed. del Foro Italiano, 1932, 448.

a pena fosse uma espécie de remédio, que deveria ser suspenso com a recuperação da saúde. Os abusos da administração penitenciária fizeram com que as comunidades de presos passassem a reclamar a pena em *quantum* determinado (5). A experiência negativa da pena indeterminada, por si só, comprometeria a idéia da pena como instrumento de recuperação social.

19. Os juristas afirmam que a pena deve ser executada de modo a proporcionar a recuperação social do condenado, e nesse sentido há textos nos códigos penais, e, inclusive, em constituições. Surge, aqui, porém, o fenômeno mais desconcertante que é o da crise da pena privativa da liberdade, considerada a pena *par excellence*. Como instituição total, a prisão necessariamente deforma a personalidade e favorece a marginalização e o desenvolvimento da criminalidade. Existe hoje, a respeito, ampla bibliografia, solidamente fundada na pesquisa. Nela se assinalam os efeitos nocivos da reunião de pessoas do mesmo sexo, em ambiente autoritário, a que se ajusta o preso, privando-se de sua individualidade e afastando-se dos padrões do mundo livre (prisonização). No ambiente de sexualidade pervertida, submetem-se os presos ao código opressivo dos delinquentes. Os efeitos psíquicos agravam-se com o processo de estigmatização, a separação angustiosa dos entes queridos, o parentesco interrompido, circunstâncias devastadoras para o espírito humano (6). A essa situação geral, acresce-se a ociosidade, a superpopulação e a promiscuidade que acarreta, bem como a deficiência generalizada no pessoal encarregado da custódia, elementos adicionais de corrupção, comuns em muitas prisões. Podemos, assim, declarar, com absoluta tranquilidade que, se mandarmos, o delinquente para a prisão, a possibilidade de que com isso ele se torne um delinquente pior é incomparavelmente maior do que se o deixarmos em liberdade. Essas mesmas coisas dizia Von Liszt, há quase cem anos, em seu famoso Manifesto de Marburgo, referindo-se às prisões do século passado. Neste século, porém, construíram-se excelentes prisões e muitos países inverteram em seu sistema correccional somas vultosas. O que se verificou, no entanto, é que, qualquer que seja a prisão, mantêm-se as taxas de reincidência, podendo-se atinar dizer que o problema da prisão é a própria prisão (7). Pode-se bem avaliar o impacto dessa conclusão num sistema em que a pena de prisão é a medida punitiva mais comum.

20. A Criminologia, voltando-se para a análise do próprio mecanismo repressivo veio revelar que a justiça criminal funciona

seletivamente sobre os pobres e desfavorecidos. Como disse muito bem Eduardo Novoa o direito penal é o direito dos pobres, não porque os tutele e proteja, mas sim porque sobre eles exclusivamente faz recair sua força e seu rigor (8). Eles é que constituem a clientela do sistema e são por ele, virtualmente, oprimidos. Só os pobres sofrem os processos por vadiagem e só eles são vítimas das batidas policiais com o seu cortejo de ofensas e humilhações. Só os pobres são ilegalmente presos para *averiguações*. Os ricos livram-se facilmente, contratando bons advogados, recorrendo ao tráfico de influência e à corrupção. Eles nunca vão para as prisões. Quando, em situações excepcionais, isso vem a suceder, logo ficam *doentes* e são transferidos para os hospitais (9). Pode-se imaginar o impacto que tais constatações produzem nos que se ocupam com a elaboração técnica do direito penal, procurando aperfeiçoá-lo. Parece certo que a realização do sistema punitivo funciona como um processo de marginalização social, para atingir uma determinada clientela, que está precisamente entre os mais desfavorecidos da sociedade.

21. Diante disso, o direito penal de nosso tempo apresenta-se em situação de crise, pelas discrepâncias entre a ciência e a experiência. Elaboramos um belo sistema de direito penal e, afinal, ele serve para quê? Como funciona efetivamente? A análise crítica do próprio sistema e as incongruências entre a elaboração teórica e a prática, vieram levar os juristas a uma visão mais humilde de sua atividade e a graves dúvidas sobre as virtualidades do magistério punitivo do Estado. Proclama-se, em consequência, que o direito penal é parte da política social e que constitui instrumento a ser usado com parcimônia, pelo alto custo social que a pena apresenta. A tendência generalizada é hoje a de reduzir ao máximo a área de incidência do direito penal, afirmando-se o seu caráter subsidiário: as lesões de bens jurídicos só podem ser submetidas a pena quando isto seja indispensável para a ordenada vida em comum. Uma nova Política Criminal requer o exame rigoroso dos casos em que convém impor pena (criminalização), e dos casos em que convém excluir, em princípio, a sanção penal (descriminalização), suprimindo a infração, ou modificar ou atenuar a sanção existente (depenalização). Desde logo deve excluir-se do sistema penal a chamada criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situam puramente na ordem moral. A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa. A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou um valor social importante. Não é mais

5. JESSICA MITTFORD, *Kind and usual punishment*, Nova York, Alfred Knopf, 1973, 75: *The indeterminate sentence must be abolished, because it is inherently unjust and has been shown to be in practice a weapon of control and intimidation in the prison's attempt to destroy a convict's will*.
6. Cf. LOUIS P. CARNEY, *Corrections and the community*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1977, 9.
7. BENJAMIN FRANK, *Contemporary Corrections*, Reston, Virginia, Reston Publishing, 1973, 149.

8. EDUARDO NOVOA MONREAL, *El derecho como obstáculo al cambio Social*, México, Siglo XXI, 1975, 25.
9. Cf. HELENO FRAGOSO, *Direito Penal e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, 28. Sobre a problemática da criminalidade não-convencional, cf. MANUEL LÓPEZ REY, *Manifesto Criminológico*, *Revista de Direito Penal*, nº 24 (1977).

possível admitir incriminações que resultam de certa concepção moral da vida, de validade geral duvidosa, sustentada pelos que têm o poder de fazer a lei. Trata-se de reduzir ao mínimo o direito penal, reservando-o para a tutela jurídica de valores sociais indiscutíveis.

22. A pena privativa da liberdade constitui a *ultima ratio* do sistema e deve ser reservada exclusivamente aos casos em que não haja outra solução. Essa pena constitui um ônus social demasiadamente elevado. Cumpre recorrer a sanções alternativas, ampliando a suspensão condicional da pena e o livramento condicional, que deve ser concedido o mais rapidamente possível (10). Os juízes, que comumente têm mentalidade conservadora e reacionária, continuam abusando da prisão preventiva, e continuam a mandar as pessoas para a prisão demasiadamente, cumprindo a função ideológica que lhes atribui o sistema. Existe clara discrepância entre o que os juristas estão dizendo e o que os juízes estão fazendo. Cumpre também diminuir as penas e aumentar o poder discricionário dos juízes na aplicação da pena, dando-lhes uma área de manobra mais ampla, para que possam decidir sobre a solução penal mais adequada.

23. Orienta-se o direito penal de nosso tempo no sentido de uma nova humanização, resultado de uma larga experiência negativa. Sugestivas, a propósito, são as propostas de desjudicialização, ou seja, no sentido de retirar do sistema jurisdicional certo tipo de conflitos, que até hoje têm recebido solução punitiva. A experiência de certos países socialistas nesse sentido é valiosa e é formidável o que se tem feito no Canadá (11). Em certo tipo de conflitos cumpre dar relevância à composição entre a vítima e o transgressor, para solução do problema penal. Essa é a tendência nos crimes patrimoniais praticados sem violência.

24. Reclama-se, assim, menos direito penal. Todavia, a essa recomendação de parcimônia, reage o legislador com perplexidade, ante o fenômeno assustador do aumento da criminalidade, praticamente em todo o mundo ocidental, principalmente os crimes violentos contra o patrimônio. Diante do aumento da criminalidade, o legislador hesita em aceitar a recomendação dos que pedem menos direito penal. E isso porque o legislador está habituado a trabalhar com o instrumental punitivo, supondo, ingenuamente, que, aumentando a severidade das penas, resolverá o problema da violência. A criminalidade aumenta, e provavelmente continuará au-

mentando, porque está ligada a uma estrutura social profundamente injusta e desigual, que marginaliza, cada vez mais, extensa faixa da população, apresentando quantidade alarmante de menores abandonados ou em estado de carência. Enquanto não se atuar nesse ponto, será inútil punir, como será inútil, para os juristas, a elaboração de seus belos sistemas. Aspiramos um direito penal mais humano. Um direito penal que efetivamente exerça função de tutela de valores de forma justa e igualitária. Isso só será possível numa sociedade mais justa e mais humana, que assegure os valores fundamentais da dignidade humana e da liberdade.

10. J.E. HALL WILLIAMS, *Changing prisons*, Londres, Peter Owen, 1974, 74.

11. JOSÉ MARIA RICO, *As Sanções penais e a política criminal contemporânea*, trad., Rio de Janeiro, Liber Juris, 1978, 167.

DEFESA SOCIAL E DESENVOLVIMENTO (*)

Juarez Cirino dos Santos

Introdução

O problema teorizado, definido pela relação entre o desenvolvimento e a defesa social, representa o problema político central de qualquer formação social: compreende (a) o estágio de desenvolvimento tecnológico das forças produtivas (nos componentes de instrumentos e conhecimentos), que determina a estrutura material de produção e circulação da riqueza social, e (b) o sistema de disciplina e controle das relações sociais, constituído pelas leis definidoras da ordem social (a divisão social do trabalho e a participação individual nos resultados desse trabalho) e das violações da ordem social (o ilícito criminal, ligado aos mecanismos de repressão, e o ilícito civil, administrativo, etc., ligado aos procedimentos de reposição), e pelos aparelhos de controle social, como o judiciário, a polícia, as prisões, etc.

I. As questões gerais.

O problema supõe questões epistemológicas relacionadas às condições de produção do conhecimento científico (definidas, em geral, sob o conceito de método), como a determinação do problema real estudado e a indicação da teoria já adquirida para o estudo do problema real.

O problema real deve ser concretamente determinado, porque nenhum problema existe abstratamente (o desenvolvimento em geral, a defesa social em geral, etc., são categorias de pensamento sem existência real), e a teoria é conhecimento do real, cuja existência é concreta (objetividade do que existe), histórica (existe como processo), determinada (produto de múltiplas determinações) e

(*) Relatório apresentado às Jornadas Latino-americanas de Defesa Social (México, Dez., 1979).

independente da vontade individual (desenvolvimento conforme organização própria) "1". A necessidade de determinação concreta do problema real não se reduz à indicação do tipo de desenvolvimento considerado, ou do sistema de defesa social estudado: é necessário indicar (a) o que (ou quem) se desenvolve ou é defendido, (b) o modo (e condições) de produção do desenvolvimento ou da defesa social, (c) o significado de um e de outro (a favor de quem, contra quem), etc. Esse método requer uma delimitação do espaço social e do tempo histórico de produção do desenvolvimento e da defesa social: o quadro social histórico objeto deste estudo é a América Latina, como área geo-política identificada pelo desenvolvimento econômico e pela dependência tecnológica e financeira, com problemas superestruturais comuns de hegemonia ideológica e de poder político, mas a formação econômico-social tomada como referência concreta para o estudo é o Brasil, no período de vigência da ditadura militar no país (1964-1979), época que marca uma expansão dos regimes de força, de tipo fascista, na maioria dos países do continente.

A determinação do problema segue-se a indicação da ciência já adquirida para o estudo desse problema, definida em categorias capazes de dar conta de sua existência: os conceitos de modo de produção, de classe social, de luta de classes, de ideologia, de hegemonia, etc., integrantes da teoria admitida como válida para o estudo de objetos históricos, são as categorias que informam este estudo. Assim, estão presentes as condições de produção do conhecimento do real: a determinação do problema concreto e a definição da teoria adequada para a apropriação científica desse objeto "2". É possível, então, pensar a questão das relações entre desenvolvimento e defesa social (nessa ordem), no quadro histórico social da América Latina, tomando como base concreta particular a formação econômico-social brasileira, no período histórico referido.

As sociedades latino americanas devem ser estudadas dos pontos de vista do modo de produção dominante na sua estrutura de base, que determina o tipo e a forma do desenvolvimento, e das formas jurídicas e políticas do Estado, que superestruturam a hegemonia ideológica de classe, definindo a natureza e as técnicas de defesa social dessa hegemonia no bloco histórico formado pela articulação concreta de classes, grupos e/ou categorias sociais "3". O estudo do caso brasileiro não é mero artifício simplificador, mas é

1. Ver MARX, Karl, *Introdução à Crítica da Economia Política*, Editorial Estampa, Lisboa, 1973, p. 228 e segs.
2. Ver MIAILLE, Michel, *Une Introduction Critique au Droit*, François Maspero, Paris, 1977, p. 35 e 42/3.
3. Para os conceitos de hegemonia, de bloco histórico, etc. ver GRUPPI, Luciano, *O Conceito de Hegemonia em Gramsci*, Graal, Rio, 1978, p. 71-82.

ilustrativo da situação geral da América Latina, especialmente do bloco de países do Cone Sul do Continente: a representatividade do modelo oferece uma base segura para a compreensão de problemas que não são exclusivos deste ou daquele país, mas gerais a todos os países da área estudada.

II. O modo de produção do desenvolvimento.

O desenvolvimento material da formação social brasileira é dominado pelo modo capitalista de produção: os agentes de produção se relacionam no processo produtivo como classes sociais, determinadas pela posição de proprietários dos meios de produção (que fundamenta a apropriação pessoal do produto do trabalho social) e de possuidores da força de trabalho (energia humana produtora de mais-valia incorporada no produto), vendida pelo preço do salário.

Esse esquema abstrato exprime a natureza da relação de classes na produção do desenvolvimento capitalista em geral, possibilitando a apropriação intelectual simplificada de processos concretos muito mais complexos, que constituem qualquer totalidade histórica "4". A necessidade de apropriação intelectual mais completa desse concreto histórico sempre mais complexo do que as categorias de pensamento que o reproduzem sob a forma de conceitos, requer a superação do esquema abstrato da contradição elementar do modo capitalista de produção (oposição burguesia/proletariado), para situar o estudo ao nível concreto dos processos contraditórios determinados por esse modo de produção, e tentar fazer progredir a teoria: no âmbito da formação social, a contradição entre os modos capitalista e pré-capitalistas de produção (dominados pelo primeiro) e no âmbito internacional, a contradição entre o desenvolvimento da formação social capitalista e a ação hegemônica do capital financeiro das empresas multinacionais. O esquema geral das contradições internas do modo capitalista de produção é complicado por condições novas do desenvolvimento do real histórico, nas quais (em conjunto e determinadas pelas contradições características desse modo) se manifestam as contradições entre as relações de produção capitalistas e resíduos de relações de produção arcaicas (predominantes na área rural brasileira), e, especialmente, as contradições entre um projeto de desenvolvimento independente do capitalismo nacional e a ação hegemônica das multinacionais, no processo atual de integração mundial do capitalismo, sob a forma monopolista.

O aspecto principal da contradição entre os modos de produção capitalista e pré-capitalistas é, obviamente, o primeiro, que de-

4. Ver MARX, Karl, op. e p. cit.

termina o sentido do desenvolvimento concreto da formação social (a) integrando e explorando as relações de produção arcaicas (em decomposição inevitável) e (b) transferindo valor dos setores mais atrasados (agricultura) para os setores mais avançados da economia (indústria). O aspecto principal da contradição entre o projeto nacional de desenvolvimento capitalista e a ação hegemônica do capital financeiro internacional é, obviamente, o último, que determina o desenvolvimento do capitalismo brasileiro e o ritmo da decomposição das relações de produção arcaicas (em contradição com o modo capitalista dominante). Assim, a contradição principal do problema teorizado é representada pela oposição **desenvolvimento nacional/capital monopolista internacional** (imperialismo) "5". Este estudo começa pela análise dessa contradição principal, destacando os efeitos da ação hegemônica do imperialismo sobre o desenvolvimento econômico, político e social da sociedade brasileira, um caso particular da dominação geral na América Latina.

1. O aspecto principal da contradição principal: o processo de internacionalização do capital.

No processo de integração mundial do capitalismo, a internacionalização do capital tem por objetivos (a) compensar a tendência à redução da taxa de lucros nas economias subdesenvolvidas, e (b) realizar o máximo lucro no mercado subdesenvolvido "6". Essa tendência reflete uma lei do desenvolvimento capitalista: quanto maior o desenvolvimento, menor a taxa de lucros produzida pelo capital. Esse aparente paradoxo é explicado pela relação entre capital constante e capital variável: quanto mais alta a composição orgânica do capital (estágio tecnológico da produção), maior a tendência à redução da taxa de lucros "7". A alternativa compensatória é a exportação de capitais para áreas subdesenvolvidas, cujas condições são a existência de massas de dinheiro acumulado nas áreas desen-

5. Para os conceitos de contradição principal e secundária, aspectos principal e secundário da contradição, ver MAO TSE-TOUNG, *Oeuvres Choiesies*. Editions en Langues Etrangeres. Pekin, 1976, t. I, p. 347-87. *De la Contradiction*. Ver, também, BADIOU, Alain, *Theorie de la Contradiction*. Francois Maspero, Paris, 1976, p. 45 e segs.
6. Ver FREIRE, Paulo — CEDAL/CEDETIM, *Multinacionais e Trabalhadores no Brasil*, Brasiliense, São Paulo, 1979, p. 29 e segs. (Esse estudo notável, seus conceitos e informações, são amplamente utilizados neste trabalho).
7. MARX, Karl, *O Capital*, Civilização Brasileira, Rio, 1971, Livro I, v. 2, p. 712/3: "A composição do capital tem de ser apreciada sob dois aspectos. Do ponto de vista do valor, é determinada pela proporção em que o capital se divide em constante, o valor dos meios de produção, e variável, o valor da força de trabalho, a soma global dos salários. ... Para expressá-la, chamo a composição do capital segundo o valor, na medida em que é determinado pela composição técnica e reflete as modificações desta, de composição orgânica do capital".

volvidas, e a perspectiva de valorização do capital nas áreas subdesenvolvidas. A primeira é consequência da dinâmica da reprodução ampliada do capitalismo (tendência monopolizadora), e a segunda exprime o potencial de valorização do capital nas áreas subdesenvolvidas, onde (a) as empresas operam em nível muito baixo de composição orgânica do capital, (b) a mão-de-obra é barata, abundante e sob a pressão depreciadora da decomposição das relações de produção arcaica (ampliando o exército de reserva de mão-de-obra e garantindo elevada extração de mais valia), (c) a matéria-prima é barata e farta, e (d) os favores fiscais compõem os privilégios finais do capital.

Do ponto de vista institucional e financeiro, o capital monopolista (estruturado com base no mercado nacional das áreas subdesenvolvidas) atua por filiais implantadas na área internacional, ou por associação com empresas internacionais, através de **holdings** (centros de planejamento e decisão) ou de **joint-ventures**, com empresas da área subdesenvolvida, o governo local, ou outras multinacionais "8". A internacionalização do capital monopolista promove a integração e exploração de economias nacionais diferentes, especialmente das áreas subdesenvolvidas, cujo desenvolvimento é inteiramente condicionado pela economia internacional, com lugar e funções determinadas na divisão internacional do trabalho "9".

A lógica interna do modo capitalista é reproduzida, em escala ampliada, na divisão internacional do trabalho: a integração e exploração das economias subdesenvolvidas, no processo de valorização do capital monopolista, é realizada pela transferência de valor dos países subdesenvolvidos para os países desenvolvidos, desenvolvendo o subdesenvolvimento das áreas dependentes. Para verificar como ocorre a transferência de valor, ou como o aspecto principal da contradição (capital imperialista) domina, explora e aniquila o aspecto secundário da contradição (áreas dependentes), é necessário descrever a ação devastadora das multinacionais, no processo da sua hegemonia sobre as áreas dependentes.

2. Os efeitos da hegemonia do capital monopolista.

A integração e exploração das economias subdesenvolvidas pelo capital monopolista compreende métodos, técnicas e formas próprias do estágio planetário do sistema capitalista de produção. Nas áreas subdesenvolvidas, a primeira consequência é a concentração industrial: a expansão interna das empresas multinacionais (em nível tecnológico superior) produz a absorção de empresas menores, ou o reagrupamento de empresas de determinado setor da econo-

8. Ver FREIRE, Paulo — CEDAL/CEDETIM, op. cit., p. 26-9.
9. *Ibidem*, p. 48 e 55 e segs.

mia. No Brasil, os efeitos principais dessa concentração hegemônica pelo capital monopolista, foram o controle do mercado (eliminação da concorrência, acordos de divisão de áreas, ou de fixação de preços) e a integração vertical da produção (a produção marginal, com baixa composição orgânica do capital, transfere valor para os setores monopolistas: na indústria de autopeças, por exemplo, mais de 1.800 empresas dependem inteiramente dos monopólios automobilísticos).

Essa tendência é favorecida pelo protecionismo oficial, através da contenção dos salários, da entrega das fontes de matérias-primas (incentivando a integração vertical, ligada ao menor custo industrial e à maior taxa de mais-valia), e de vantagens fiscais e financeiras (facilidades de importação de equipamentos, isenção de impostos, participação do Estado nos empreendimentos, como associado, agente financiador, etc) "10".

A superioridade do capital monopolista (financeira, tecnológica e administrativa) significa o poder de atuação exclusiva em setores estratégicos (matérias-primas, energia, telecomunicações, química, automatização, informática, construção nuclear, etc.), com métodos gerenciais que conjugam as vantagens da racionalização com a opressão da classe operária, e de mobilização de grandes capitais, para os grandes projetos e a consolidação dos monopólios, com a eliminação da concorrência e a promoção do lucro máximo. Essa supremacia é ampliada pelo monopólio da pesquisa tecnológica: os investimentos na produção de técnicas novas são recuperados nos mercados das áreas desenvolvidas (rentáveis enquanto persiste a diferença de produtividade), e só depois de banalizada a técnica nova, com redução da taxa de lucros, a tecnologia é transferida para as áreas subdesenvolvidas, onde os menores custos de produção e o desnível tecnológico ampliam, novamente, as taxas de mais-valia. A farsa da transferência de tecnologia é a forma imperialista de perpetuação do atraso tecnológico das áreas dependentes, entupidas de tecnologias superadas e excluídas da tecnologia de ponta, retida pelo capital monopolista: esse monopólio significa o poder de explorar a diferença de produtividade sobre capitais em nível tecnológico inferior, com apropriação parcial da mais-valia produzida por esses capitais.

A dialética da internacionalização do capital monopolista exige, na estrutura das áreas dependentes, uma burguesia local monopolista, capaz de favorecer a atuação dos monopólios (leis de remessa de lucros, indiferença ao esgotamento das riquezas naturais, ao emprego de tecnologias poluidoras, etc.), e ao nível do sistema superestrutural, o fortalecimento do Estado, como aparelho de repres-

10. Ibidem, p. 55 e segs.

são política e de disciplina da força de trabalho. Aberto o espaço para o capital monopolista, a economia local é desorganizada, o êxodo rural é acelerado (no Brasil, a população flutuante de "bóias-fria", nas periferias urbanas, é estimada em 10 milhões de pessoas), depreciando os salários reduzidos, e a produção é reorganizada em bases monopolistas, sob a política do lucro máximo pela máxima exploração da força de trabalho. É nesse contexto que deve ser estudado o papel do Estado como aparelho econômico, disciplinando o conjunto dos processos produtivos na formação social, e como aparelho político, que estrutura as relações de produção e promove o controle social, nos limites da ideologia das classes que hegemonomizam os sistemas de poder no bloco histórico.

3. A política econômica do subdesenvolvimento.

O programa econômico difundido como o modelo brasileiro, é a forma histórica de adaptação do aspecto secundário da contradição principal, no processo de integração e exploração das economias dependentes pelo aspecto principal da contradição, o capital monopolista das multinacionais: o milagre brasileiro dos índices recordistas exprime a hegemonia do capital financeiro internacional, consolidando a dependência econômica pela integração ao sistema imperialista, agora agravada pela inflação, a recessão, o desemprego e a desesperada miséria do povo.

Os programas econômicos agrícolas concentraram a propriedade rural (em grandes empresas ou cooperativas), promoveram o êxodo rural e a formação de favelas de sub- e desempregados rurais/urbanos. A política de desenvolvimento industrial estimulou a formação de monopólios (automóveis, informática, química e farmácia, eletrodomésticos, tratores e máquinas agrícolas, construção elétrica, borracha, etc.), ampliou a dívida externa (mais de US\$ 40 bilhões) e empobreceu a população (45% ganha entre 0,5 e 1,0 salário mínimo, 75%, menos de 2,0 salários mínimos), embora o Produto Nacional Bruto aumentasse em torno de 10% ao ano (o PNB atual é de US\$ 120 bilhões, superior aos da Argentina e México juntos, e o 10º maior do mundo) "11".

A questão concreta é esta: que classes, grupos, ou categorias sociais foram beneficiadas por esse desenvolvimento? A burguesia internacional monopolista, a burguesia nacional ligada aos monopólios, e as categorias sociais que exercem o poder político (militares e tecnocratas). No extremo oposto, os trabalhadores super-explorados (e dizimados por acidentes do trabalho, doenças ocupacionais, desgaste físico e mental, etc.) e o conjunto da massa do povo, monopolizam carências e acumulam pobreza.

11. Ibidem, p. 143 e segs.

III. A estrutura de poder do Estado.

O sistema jurídico e político do Estado brasileiro é a forma de existência superestrutural do poder das classes que hegemonomizam os processos de direção e de dominação ideológica da formação sócio-econômica mais importante da América Latina. As classes articuladas no poder do Estado capitalista dependente do Brasil são a burguesia monopolista internacional e seus aliados locais. O modo de existência do poder político da burguesia monopolista é uma espécie de centralismo autoritário, em que se manifesta, sob a forma militar e tecnocrata, a força ditatorial e opressiva do capital sobre o trabalho: os partidos políticos foram substituídos pelo poder militar, e as técnicas de consenso formal, pela racionalidade tecnocrática. O Estado militarista e tecnocrata exprime as exigências do imperialismo nas áreas subdesenvolvidas: instrumento de coesão social e da ordem interna, provido de aparelhos para controlar e reprimir iniciativas políticas populares e conter o processo organizativo das classes trabalhadoras, marginalizadas do progresso econômico e do poder político.

1. A ideologia do poder político.

A ideologia política necessária à consolidação do sistema de poder, à legitimação da exploração econômica e à justificação da opressão social, difunde a noção do Estado como instrumento de realização do bem comum, empenhado na redistribuição da riqueza social, sob slogans do tipo "aumentar o tamanho do bolo", ou "somar para dividir melhor", etc. A mistificação ideológica consiste na ocultação da natureza do Estado, especialmente na era dos monopólios, como aparelho político da dominação de classe: esconde o fato de que as relações de distribuição são determinadas pelas relações de produção "12", e não por fantasias aritméticas.

A ideologia jurídica do poder político, definida nas formas legais da ordem social, difunde a noção da lei como instrumento de justiça social, protegendo interesses gerais de indivíduos iguais. A mistificação ideológica consiste na ocultação da natureza da lei como técnica de controle social, e do Direito como tecnologia jurídica produzida para defesa dos interesses (e necessidades) das classes que hegemonomizam o poder político "13": disfarça o papel das formas legais no processo de acumulação do capital, legitimando a extração da mais-valia, instituindo sistemas de arrocho salarial e de poupanças forçadas das massas trabalhadoras, justificando a repressão sindical e operária, criminalizando as greves e reivindica-

ções, com o direito reduzido à dimensão de técnica e a legitimidade assimilada à legalidade — uma radicalização positivista da ideologia de lei e ordem "14".

Nessa ótica, o conceito de defesa social, na sua formulação mais recente "15", acentua essa ideologia: conjuga as exigências retributivistas clássicas (subordinadas ao princípio da legalidade e às garantias processuais) com medidas de proteção social (prevenção e tratamento não-punitivos), em um sistema geral de super-positivismo: as elaborações técnicas do positivismo jurídico são integradas às propostas essenciais do positivismo criminológico, em um sistema orgânico de "política criminal humanizadora, estruturada segundo imperativos deliberadamente aceitos" "16". Os imperativos deliberadamente aceitos não se distinguem das formas jurídicas e políticas da ideologia dominante, no processo geral de imposição de valores e fixação de objetivos e métodos de defesa da ordem. Os objetivos de prevenção do crime, pela segregação ressocializadora do delinqüente, com terapias educativas e/ou curativas (orientadas para a restituição da confiança, da responsabilidade social e do sentimento dos valores) estruturadas sobre as contribuições da criminologia no estudo do crime e do criminoso, situam-se no plano de um "idealismo moral" ou de uma "filosofia humanista" bem expressos no conceito difuso de "individualismo social" "17". Supõe uma unidade onde existe divisão, e harmonia onde atua a contradição: não coloca a questão real da existência e da luta de classes, e assim é incapaz de captar sua significação ideológica como sistema de dominação e opressão tão mais eficiente quanto mais sutil a mistificação sob os signos da ciência "18".

As práticas de repressão social, justificadas como correção pessoal de sujeitos anti-sociais, são práticas de controle apropriadas ao modo de produção da vida social: os métodos de defesa social atuam como modos (1) de produção de crimes, construindo as matrizes criminalizadoras (definições legais) e (2) de produção de criminosos, acionando os processos de criminalização (justiça criminal) e produzindo a mercadoria consumida no mercado penitenciário (execução [consumidora] do criminoso). Esse modo de produção de crimes e de criminosos reproduz as relações de desigualdade do modo de produção da vida social, e produz novas relações de desigualdade (gerais e individuais): a proteção seletiva das normas

12. Ver MARX, Karl, *Introdução* p. 223.

13. Ver MIAILLE, Michel, op. cit. p. 52 e segs. Também, BOURJOL, Maurice, et al., *Pour une Critique du Droit*, François Maspero, Presses universitaires de Grenoble, 1978, p. 136 e segs.

14. Ver LYRA FILHO, Roberto, *Para um Direito sem Dogmas*, conferência lida em *Encontros na UNB*, Brasília, 1978, para uma crítica geral do positivismo, mimeografado.

15. Ver ANCEL, Marc, *A Nova Defesa Social*, Forense, Rio, 1979 p. 17-19.

16. *Ibidem*, p. 21.

17. *Ibidem*, p. 19.

18. Ver SANTOS, Juarez Cirino dos, *A Criminologia da Repressão*, Forense, Rio, 1979, p. 42-55.

penais e a seleção dos sujeitos da criminalização destroem os mitos da proteção geral e da igualdade legal, da ideologia da defesa social "19".

2. A política de defesa social: métodos e aparelhos.

A política de desenvolvimento do capital monopolista, e de suas condições de produção e de reprodução, determina as diretrizes gerais da política de controle social, como sistema de defesa social do capital monopolista. O sistema de defesa social desse capital existe como controle e repressão social das classes trabalhadoras, cujos métodos e técnicas são radicalizados com a ampliação das contradições sociais, e a frequência das ações lesivas da ordem, os crimes comuns e políticos. A repressão dos crimes comuns, concentrada na população dominada (especialmente, o lumpenproletariado), e a dos crimes políticos, nas lideranças populares, intelectuais e políticos de oposição, é realizada sob a égide de estatutos criminais terroristas, tão violentos quanto imprecisos, privilegiando os interesses do capital predador sobre os do trabalhador produtivo "20".

A defesa social do poder monopolista, sob a forma militar e tecnocrata, é orientada por uma ideologia intolerante e repressiva, característica do Estado-policial, regido por Atos Institucionais (um poder arbitrário exterior e superior à Constituição simbólica), dezenas de Atos Complementares, Decretos de segurança nacional, Leis anti greves, etc. O poder militar e tecnocrata puniu milhares de pessoas, expurgou Universidades, prendeu professores e estudantes, submeteu sindicatos, oprimiu operários e institucionalizou o terror "21". O caráter violento da forma militarista e tecnocrata do poder imperialista é comprovado pelos métodos das polícias políticas (os DOI-CODI, CENIMAR, DOPS, DEOPS, e outras siglas) militar e civil, com a aplicação sistemática da tortura para obter confissões (com desaparecimento de pessoas, mortes e "suicídios" de presos) "22", a formação de grupos de extermínio (como os "esquadrões da

19. Ver BARATTA, Alessandro, *Criminologia Crítica e Política Criminal Alternativa*, in *Revista de Direito Penal, Forense*, Rio, 1979, n. 23, p. 7 e segs. Também, FRAGOSO, Heleno, *O Direito Penal Comparado na América Latina*, in *Revista de Direito Penal, Forense*, Rio, 1979, n. 24 p. 23.5.
20. Ver FRAGOSO, Heleno, *Direito Penal e Direitos Humanos*, Forense, Rio, 1978.
21. Ver, sobre as medidas punitivas, entre outros, FIGUEIREDO, M.F., *A Política de Coerção no Sistema Político Brasileiro*, IUPERJ, Rio, 1977 (tese de Mestrado). Sobre a repressão acadêmico-cultural, ver publicação ADUSP, *O Livro Negro da USP — o Controle Ideológico na Universidade*, São Paulo, 1979.
22. FRAGOSO, Heleno e BERMUDEZ, Sérgio, *A Tortura e a Morte de Presos Políticos: o caso Vladimir Herzog*, in *Encontros com a Civilização Brasileira*, Rio, 1978, n. 3, p. 94: "A tortura foi transformada em método de investigação generalizado, principalmente através dos órgãos que operavam no Rio de Janeiro e em São Paulo, como técnica de combate na chamada "guerra subversiva" ou "revolucionária".

morte"), de especialistas e técnicos da tortura — uma orgia de violência somente possível no período da ditadura terrorista do capital financeiro internacional.

Equanto a eficiência repressiva superlotou as prisões (em geral, com população duas ou três vezes superior à capacidade normal, desencadeando violência e revoltas), só na cidade de São Paulo vivem mais de um milhão e meio de menores abandonados, a mortalidade infantil é 50% superior às taxas do início dos anos 60, a criminalidade (violenta e fraudulenta), a marginalização, a miséria e o medo, passaram a constituir modos compulsórios de vida das massas exploradas, fenômenos endêmicos aos processos de concentração da riqueza e difusão da dependência, do período de reorganização monopolista do capital, sob a égide das multinacionais "23".

IV. Conclusão: a teoria para uma proposta política.

O reconhecimento das determinações sociais não alimenta fatalismos históricos ou conformismos imobilistas: abre uma alternativa de liberdade, cujo exercício começa na consciência de suas determinações. O conhecimento das determinações estruturais da política social não implica descartar formas de ação cujo objetivo imediato não seja a conquista do poder político e a socialização dos meios de produção, abrindo mão de um espaço ideológico relevante, imediatamente ocupado pelas classes hegemônicas para consolidar e ampliar sua dominação. Se propostas alternativas para o desenvolvimento estão excluídas, pois os modelos respectivos são formas diferenciadas de reprodução do modo de produção capitalista, e o que está em questão é o modo (e não os modelos) de produção do desenvolvimento, o mesmo não ocorre com os modelos de defesa social das relações de produção do capitalismo. As formas jurídicas e políticas do controle social exprimem essencialmente, mas não exclusivamente, a ideologia dominante: não são determinadas mecanicamente pelo modo de produção (cuja determinação atua em última instância), mas sofrem a interferência de mediações ideológicas nem sempre coincidentes com a ideologia dominante. As formas superestruturais do controle social cedem, parcialmente, às pressões da ideologia dominada, em um processo de conquista/concessão de espaço sócio-político, refletindo alterações conjunturais e influenciando as relações de poder, na dialética concreta das classes articuladas no bloco histórico.

É na perspectiva desta hipótese que se situam alternativas de luta ideológica, com a definição de estratégias políticas significativas para as classes trabalhadoras: programas de trabalho teórico e

23. Ver PLATT, Tony, *Street Crime — A view from the Left*, in *Crime and Social Justice*, Berkeley, 1978, n. 9, p. 29, sobre a relação concentração monopolista/violência criminal.

prático, colocados no terreno da luta ideológica, a área do confronto atual das classes em luta, nas sociedades dependentes da América Latina, no período de reorganização monopolista de suas economias pelo capital internacional "24".

Na teoria criminológica, é essencial fundamentar o estudo do comportamento anti-social e das formas e métodos de controle social, nas relações do modo de produção dominante nessas formações sociais, o que significa supor as formas concretas da contração capital monopolista/desenvolvimento nacional, e os efeitos superestruturais das relações de hegemonia/dependência ideológicas conseqüentes. Esse método de estudo do objeto real permite construir o objeto científico da criminologia sobre a base sólida das classes sociais articuladas no bloco histórico, definindo a criminalidade (e as formas de controle social) em **categorias estruturadas sobre a posição de classe dos autores do comportamento criminoso**. Esse critério geral confere uma base histórica para as categorias centrais da teoria criminológica: (a) a criminalidade violenta individual e (b) a criminalidade das elites dirigentes (econômicas e políticas) da formação social "25".

A primeira categoria compreende a criminalidade convencional (basicamente, a violência pessoal, patrimonial e sexual), definida como resposta irracional, em condições sociais adversas, de indivíduos em posição social desfavorável (classes dominadas). Esse comportamento é rigorosamente reprimido pelos aparelhos de controle social (polícia, judiciário e prisão), e fornece os elementos para o estereótipo do criminoso: afeta os interesses materiais e políticos das classes dominantes, que hegemonizam os sistemas de poder político e de controle social.

A segunda categoria compreende a criminalidade ligada à produção predatória, fraudulenta ou ilegal de lucros, com a utilização dos aparelhos econômico e político da formação social, exclusiva das classes hegemônicas da sociedade, especialmente a burguesia monopolista: a exploração predatória da força de trabalho e dos recursos naturais (socializando a poluição e a destruição da vida e do ambiente vital), a exploração de influência e de prestígio (corrupção administrativa, política, etc.), a exploração do consumidor (produtos industriais inseguros, defeituosos ou nocivos), o controle monopolista de preços, as fraudes falimentares e fiscais, a publicidade mentirosa, etc. Esse comportamento não é reprimido pelos

24. Ver BARATTA, Alessandro, op. cit., p. 14 e segs., sobre estratégias ideológicas para o proletariado, e indicações teóricas para uma política criminal alternativa.

25. Cf. projetos de pesquisa sobre "A Criminalidade Violenta na cidade do Rio de Janeiro" e "A Criminalidade do Colarinho Branco", em execução no ICIPERJ.

aparelhos de controle social, nem contribui para o estereótipo do criminoso: a imunidade penal e processual (omissões legais, cumplidades oficiais, dificuldades de prova, etc.) é explicada pela coincidência da posição de classe entre os autores dessas práticas e as classes que hegemonizam os sistemas de poder político e de controle social "26".

1. Indicações para uma política criminal alternativa.

A redefinição do objeto científico da criminologia introduz um critério político no estudo da criminalidade (e das formas de controle do crime), capaz de dotar a teoria criminológica da dimensão histórica de seu objeto real: a adequação entre objeto científico e objeto real atua como método de desmistificação da ideologia do controle social, e abre uma perspectiva concreta de luta ideológica para as classes dominadas. A adoção desse método permite o desenvolvimento de estratégias definidas, em política criminal (e social), diferenciadas conforme a categoria de criminalidade considerada.

A estratégia ideológica no setor da criminalidade característica das classes dominadas consiste em um programa de **contração do sistema punitivo**, através (a) da descriminalização (crimes sexuais, aborto, adultério, etc.), (b) da despenalização (substituição das penas criminais por sanções civis, administrativas, etc, em modalidades de crimes patrimoniais não violentos, fraudulentos, e outros), (c) de medidas alternativas ou substitutivas da execução penal (ampliação das hipóteses de suspensão da pena e de livramento condicional, generalização dos regimes de semi-liberdade, e outras), etc. O objetivo final dessa estratégia é a abolição do cárcere, cuja função real não é o controle da criminalidade ou a ressocialização do criminoso (ambas desacreditadas), mas a manutenção da divisão, da exploração e da opressão social.

A estratégia ideológica no setor da criminalidade característica das classes dirigentes, econômicas e políticas, da sociedade, consiste em um programa de **ampliação do sistema punitivo**, através (a) da criminalização das práticas predatórias, fraudulentas ou ilegais de produção de lucros, e (b) da limitação dos substitutivos penais ao nível dos instituídos para a criminalidade convencional. O objetivo dessa estratégia é reduzir a extensão dos danos à vida, à saúde e ao patrimônio social da coletividade, agindo sobre as formas ideológicas do controle social "27".

26. Ver VERSELE Severin Carlos, **Procedimentos Judiciais e outras formas de Controle Social na prevenção do crime**, In Revista de Direito Penal, Forense, Rio, 1979, n. 24, p. 27 e segs. Também BARATTA, Alessandro, op. e p. cit.

27. Ver, especialmente, BARATTA, Alessandro, op. e p. cit.

2. Os germes de uma nova política.

A experiência brasileira confirma a tese de que a humanidade só propõe problemas que pode resolver, e que o problema mesmo só existe quando as condições para resolvê-lo já estão presentes, ou em vias de aparecer "28". O desenvolvimento do capitalismo hegemônico pelos monopólios, concentrando os capitais produtivo, financeiro e comercial, é, ao mesmo tempo, o processo de expansão e concentração da força de trabalho, formando a classe que traz consigo os germes de uma nova política. O fortalecimento do proletariado está na base da reorganização política dos trabalhadores, com a retomada das reivindicações, a deflagração de greves (metalúrgicos, motoristas, lixeiros, professores, bancários, etc.), a despeito das proibições legais, a abertura de negociações salariais, as propostas de um partido próprio, a ação de líderes sérios e sensíveis às possibilidades históricas, produzindo rupturas no sistema de dominação e contagiando setores influentes (a Igreja, a Imprensa, a Ordem dos Advogados, o partido de oposição legal, organismos internacionais, etc.) para a questão dos Direitos Humanos e a luta pela liberalização do regime. A revogação do AI-5, a Anistia parcial, a reconquista de certas liberdades formais, etc., são pequenos mas concretos avanços das massas trabalhadoras sobre a burguesia monopolista.

O sistema de defesa social, tecnologia de proteção do capital e exploração dos trabalhadores, por leis opressivas e métodos repressivos, indica que a defesa dos monopólios exige a agressão social, em forma de privação e de violência. O desenvolvimento do capitalismo, produzindo a pobreza do povo, produz, também, a consciência de que essa pobreza é a condição daquele desenvolvimento. Esse conhecimento é o princípio organizativo da ideologia dominada, na sua projeção para recuperar a humanidade perdida e restaurar a solidariedade entre os homens, abolindo a exploração pessoal, O Estado classista e o Direito desigual, com a libertação da necessidade, do medo e do crime, e a afirmação da igualdade real no pleno desenvolvimento das potencialidades humanas diversificadas.

28. Ver MARX, Karl, "Prefácio" à Contribuição para a Crítica da Economia Política, Editorial Estampa, Lisboa, 1973, p. 29.

COMENTÁRIOS E ATUALIDADES

ASPECTOS JURÍDICO — PENAS DA ANISTIA

Nilo Batista

I

salto, seqüestro e atentado pessoal.

O presente escrito pretende emprender uma reflexão sobre os aspectos estritamente penais da lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, explicitamente renunciando à observação da matéria constitucional, administrativa, eleitoral e militar.

Interessar-nos-á, dessa forma, a primeira parte do artigo 1º e seus § 1º e 2º que abaixo se transcrevem.

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais (...)

§ 1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, as-

Como se vê, o texto legal conce-
de anistia aos autores e partícipes
de: 1) crimes políticos, 2) crimes
conexos aos crimes políticos e 3)
crimes eleitorais.

Uma norma de caráter interpretativo procura esclarecer o sentido da conexão que o legislador teve em mira (§ 1º). E, no § 2º, estabelecem-se exceções à anistia concedida, que não abrangerá, portanto, pessoas condenadas definitivamente (ou seja, com sentença transitada em julgado) por autoria ou participação nos crimes de: 1) terrorismo, 2) assalto, 3) seqüestro e 4) atentado pessoal.

II

A anistia se insere, como espécie daquilo que é chamado de direito da graça, ao lado do indulto e da graça propriamente dita. Por ocasião do surgimento do estado moderno, conviviam opiniões no sentido de sua oportunidade e eficácia política —

como a de Montesquieu 1 — e opiniões que a rejeitavam francamente — como a de Beccaria 2—. Rousseau, após insinuar opinião contrária à frequência na concessão da graça, recusa-se a formulá-la explicitamente, demonstrando a indecisão que, a propósito do tema, havia no seu espírito 3.

Entretanto, é curioso observar que opiniões tão distantes quanto à oportunidade e eficácia do instituto passavam a convergir quanto à dificuldade de determinar as situações concretas em que caberia sua aplicação. Rousseau dizia que o direito do soberano a agraciar “não está ainda bem nítido” 4, e Montesquieu respondia à questão de quando se deve agraciar da seguinte forma: “é uma coisa que é melhor sentir do que prescrever” 5.

De qualquer forma, Marat intuitiva que o poder de graça devia ser nas mãos do príncipe uma forma de suplementar a imperfeição da lei 6. Um autor contemporâneo tão prestigiado quanto Jescheck, ao estudar a significação material e processual da graça, afirma que “sua natureza tende diretamente para uma correção do direito” 7.

A ontogenia da lei 6.638, de 28/ago/79, demonstra a vitalidade desse debate. Surgiram propositores formidáveis à proposta de anistia, e denodados defensores de sua concessão. Grande incerteza se estabeleceu sobre o campo de abrangência da anistia, e, a exemplo do que se passara com Montesquieu, da direita e da esquerda provinham formulações inteiramente baseadas no sentimento. Por último, é evidente que a anistia tinha e tem o sentido de corrigir uma lei disforme e monstruosa, que

era o decreto-lei 898, de 29/set/69, com seu elenco de incriminações estapafúrdias e penas atrozes, decreto-lei contra o qual se levantava toda a consciência jurídica nacional. Vale a pena frisar que, na agonia daquela legislação feroz, Ministros do Superior Tribunal Militar, encarregados de sua aplicação, incorporaram suas vozes àquelas que pugnavam pela reforma. Em verdade, para o decreto-lei 898, de 29/set/69, não bastariam as adequações às penas de superveniente *lex mitior* (lei 6.620, de 17/dez/78);

- (1) “Esse poder que o príncipe tem de perdoar, executado com sabedoria, pode ter efeitos admiráveis”, *O Espírito das Leis*, trad. F.H. Cardoso e L.M. Rodrigues, S. Paulo, 1962, v. 1, p. 116.
- (2) “A clemência (...) deveria permanecer excluída de uma legislação perfeita onde as penas fossem suaves, e regular e autoriasse o método de julgar”, *Dos Delitos e das Penas*, trad. A.C. Campana, S. Paulo, 1978, p. 214. Beccaria considerava que o soberano, ao renunciar ao direito de fazer punir, estava renunciando a algo que não lhe pertencia integralmente.
- (3) “As graças frequentes anunciam que breve os delitos não mais necessitarão delas, e cada um pode ver aonde isso nos conduzir. Sinto, porém, que o coração murmura e me detém a pena (...)”, *O Contrato Social*, trad. R.R. Silva, S. Paulo, 1971, p. 47.
- (4) Op. cit., p. 47.
- (5) Op. cit., p. 119.
- (6) “Ce pouvoir de pardonner n’a été ménagé au prince que pour suppléer à l’imperfection de la loi”, Jean-Paul Marat, *Plan de législation criminelle*, Paris, 1974, p. 76.
- (7) “Ihrer Natur nach gerade auf eine Korrektur des Rechts abzielen”, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T. Berlin, 1969, p. 587.

era de mister atuassem os efeitos corretivos da anistia. 8

III

Essa função corretiva da anistia não se exerce, entretanto, desligada de um quadro Social Característico, onde alguns autores vão buscar a distinção específica entre a anistia e o indulto ou a graça propriamente dita.

É que a anistia, valham-nos as palavras de Alberto Millan, “está inspirada em propósitos de pacificación interna, a fin de aquietar las pasiones exaltadas por la guerra civil, la revolución o las refriegas políticas suscitadas por el ardor de las pasiones y la lucha ideológica, política y social” 9. Entre nós, Ralda Saraiva de Moraes afirma ser a anistia dada “por considerações de ordem política, inspiradas na necessidade de paz social, no sentido de fazer esquecer as comoções intestinas já conjuradas, bem como aplacar o ânimo do povo” 10.

A “comoção intestina já conjurada”, no Brasil, fora sem dúvida o movimento que, através de táticas de guerrilha urbana (roubos a estabelecimentos bancários para arrecadação de fundos, seqüestros de pessoas especialmente protegidas para fins de propaganda e resgate de presos, etc) e, em menor escala, de guerrilha rural, se insurgira contra o regime estabelecido em 1964, com a deposição do Presidente João Goulart. Paralelamente a esse grupos, tínhamos inúmeras associações políticas clandestinas que, embora não fazendo da luta armada o seu caminho teórico e prático para uma transformação social, foram igualmente atingidas pelos mecanismos repressivos que se

ajustaram para tal finalidade. A história desses mecanismos repressivos é uma página negra, que se foi desvendando aos olhos estarecidos dos brasileiros. Se a crueldade da tortura foi a regra, não se pode dizer que a morte (ai compreendidos os casos de “desaparecimento”) tenha sido exceção.

Quando se desejasse, pois, “aplar o ânimo do povo”, estaria bem delimitado o âmbito da anistia, porque a opinião pública se comoveu precisamente com a brutalidade com que foram tratados os autores e partícipes de crimes contra a segurança do estado, e com a severidade das penas que lhes foram aplicadas. Aqui, nos reportamos à colocação bicentenária de Beccaria: fossem as penas adequadas, e fosse regular o processo, quicá a anistia fosse inútil.

IV

Da perspectiva técnico-jurídica, a anistia intervem sobre a norma secundária, tornando-a inaplicável. Esta concepção, perfilhada por Zagrebelsky 11, remonta a Carrara, que

- (8) Evidentemente, a idéia de anistia se relacionava muito fortemente com problemas não criminais (cassações, aposentadorias, etc), que não são objeto do presente trabalho.
- (9) *Amnistia Penal*, ed. Abeledo-Perrot, 1958, p. 34.
- (10) *O Poder da Graça*, Rio, 1979, p. 12.
- (11) “Per quanto concerne l’amnistia, si può affermare con un sufficiente grado di attendibilità che essa opera rendendo la norma secondaria inapplicabile ai casi cui si riferisce”, Gustavo Zagrebelsky, *Amnistia, Indulto e Grazia*, Milão, 1974, p. 69.

afirmava existir na anistia uma derrogação à parte sancionatória da lei, e não à parte proibitiva 12. Ora, se a anistia torna ineficaz a sanção — subsistindo, evidentemente, o preceito — e se é a especificidade da sanção que distingue formalmente o crime, a conclusão é no sentido de que a anistia extingue (formalmente) o crime. Para além, portanto, da significação material anotada por Jescheck, de “renúncia ao direito de execução da pena” (“*Verzicht auf das Strafvollstreckungsrecht*”) 13, consideramos que ao desconectar a pena do tipo o ato de graça extingue o caráter criminal do acontecimento. Reflexos disto no *jus persecuendi* e no direito de executar a pena são... reflexos.

Assim sendo, por mais que o legislador tenha inserido a anistia, no código penal, sob a rubrica da extinção da punibilidade, sua natureza real é de extinção do crime. Aliás, no artigo 108, inciso III, logo abaixo da anistia, está a *abolitio criminis*, e só um alienado mental cusaria enunciar que a *abolitio criminis* não extingue o crime.

Aníbal Bruno ensinava que a anistia “não se limita a excluir a pena, extingue o próprio crime e com ele todos os seus efeitos penais” 14. É opinião incontroversa a de que a anistia não alcança os efeitos civis do delito, especialmente a obrigação de reparação do dano. É fácil compreender a razão, desde que se tenha uma noção clara de sua natureza jurídica: a anistia não suprime o fato, nem suprime portanto eventuais consequências jurídicas do fato; ela opera sobre as consequências penais do fato, dissociando-o do ordenamento jurídico — penal.

Fala-se em anistia condicionada quando “sujeita à prévia satisfação de determinados requisitos, que reduzem sua extensão e a tornam dependente da anuência do beneficiado”; fala-se em anistia parcial quando “exclua de sua compreensão determinados indivíduos ou determinados fatos dentre aqueles sobre que se destina a operar” 15. A anistia de 1895, verberada por Rui Barbosa, que a denominou “anistia inversa”, era condicionada para os militares 16. Podemos verificar que a anistia de 1979, que ora examinamos, é parcial, na medida em que exclui pessoas definitivamente condenadas pelas quatro categorias de delito relacionados no § 2º do art. 1º.

Os autores italianos falam em anistia própria e anistia imprópria. Assim, Antolisei: “è propria l'amnistia che è proclamata prima che sia esaurito l'accertamento giurisdizionale del reato; impropria, quando interviene dopo una sentenza irrevocabile di condanna” 17. Tal distinção é devida à redação do artigo 151 do código penal italiano, que reza, em

- (12) *Programma*, P. G., Firenze, 1897, p. 119 (§ 711, nota 1).
- (13) Op. cit., p. 587. Maurach opta por uma visão puramente processual, na qual a graça representa um impedimento ao processo ou (após a sentença definitiva) à execução (*Tratado de Derecho Penal*, Trad. C. Roda, Barcelona, 1962, v. II, p. 621).
- (14) *Direito Penal*, Rio, 1962, t. 3º p. 200.
- (15) Aníbal Bruno, op. cit. p. 201.
- (16) Rui Barbosa, *Anistia Inversa, Caso de Teratologia Jurídica*, Rio, 1896.
- (17) *Manuale di Diritto Penale*, P.G. Milão, 1969, p. 586.

seu primeiro parágrafo: “*L'amnistia estingue il reato, e, se vi è stata condanna, fa cessare l'esecuzione della condanna e le pene accessorie*”. A lei penal brasileira não faz qualquer distinção semelhante, e portanto essa classificação da anistia não oferece qualquer utilidade.

Vale a pena frisar que mesmo os autores italianos, como Zagrebelsky em sua valiosa monografia, consideram injustificada a distinção 18, e deslocam a questão para uma simples diferença quanto aos efeitos.

V

A lei 6.683, de 28/ago/79, concedeu anistia aos autores ou partícipes de crimes políticos, conexos aos políticos, e crimes eleitorais. O que sejam crimes eleitorais é pergunta de fácil resposta: são aqueles previstos no código eleitoral (lei 4.737, de 15/jul/65, artigos 289 e seguintes). É tradicional (e óbvia) a vinculação de crimes eleitorais aos crimes políticos.

A anistia ora em exame não alcança crimes comuns, o que pode ser demonstrado por vários caminhos. O primeiro deles, de estirpe constitucional, assenta no artigo 57, inciso VI, da Lei Fundamental, segundo o qual “é da competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa das leis que concedam anistia relativa a crimes políticos, ouvido o Conselho de Segurança Nacional”.

O segundo argumento se socorrerá da Exposição de Motivos da lei (Mensagem nº 59/79 do Poder Executivo), cujo valor interpretativo é incontestável, havendo mesmo quem considere as exposições de motivos como “primeira parte da norma jurí-

dico positiva escrita” 19. Afirma a Mensagem nº 59/79: “não é abrangido quem foi condenado pela Justiça por crime que não é estritamente político”. E, em outra passagem: “o projeto dá anistia a todos quantos cometeram crimes políticos e conexos”. Nada mais claro: os crimes comuns estão excluídos da anistia.

Como uma terceira linha de raciocínio, valha-nos a lição de Prins, acerca de como se devem interpretar leis que tratam dessa matéria: “*La loi d'amnistie doit s'interpréter, dans le doute, em faveur de ceux qui en réclament le bénéfice, mais en limitant strictement l'application à la catégorie d'infractions indiquée dans la loi. En d'autres termes, l'interprétation sera extensive quant aux individus, restrictive quant aux infractions elles-mêmes*”. 20

Numa quarta instância, deverá verificar-se que tradicionalmente a anistia se dirige a delitos políticos. Ensinava Aloysio de Carvalho Filho: “a índole do instituto, efetivamente, repele a extensão aos delitos comuns” 21. Afirma Raulda Saraiva de Moraes: “destina-se a anistia, por sua própria natureza, aos crimes políticos, embora aplicável, por vezes, a crimes comuns, o que é repellido pela melhor doutrina” 22.

- (18) Op. cit., p. 124, nota 98.
- (19) Maria Carolina R.F. de Quinones, *Valor y Función de las Exposiciones de Motivos en las Normas Jurídicas*, Santiago de Compostela, 1972, p. 124.
- (20) Adolphe Prins, *Science Pénale et Droit Positif*, Bruxelas e Paris, 1899, p. 559.
- (21) *Comentários ao Código Penal* v. IV, Forense, 1958, p. 133.

Se a esta ordem argumentativa se acrescentam as reflexões iniciais sobre a natureza da anistia, a conclusão será inafastável. Teríamos: a) a anistia diz com a paz social, e os problemas com tal ressonância se deram na área da criminalidade política; b) a anistia exerce uma função corretiva do direito, e a lei a ser corrigida era a que contemplava os crimes políticos; c) a Constituição atribui privativamente ao Presidente da República a iniciativa de lei versando anistia para crimes políticos, e a iniciativa foi do Presidente da República; d) a mensagem presidencial colocou ênfase em afastar do campo abrangido quem foi condenado por crime não estritamente político; e) as leis de anistia devem ser interpretadas restritivamente quanto às classes de delitos abrangidos; f) a melhor doutrina repele a extensão da anistia a crimes que não sejam políticos.

A conclusão inevitável é de que autores e partícipes de delitos comuns não foram abrangidos pela anistia.

VI

O conceito de crime político, por si só, merece não um outro artigo, mas uma monografia. Simplificadamente, poderemos dizer que se apresentaram três correntes para solucionar o assunto. A primeira, de caráter objetivo, procurava distinguir o crime político pela natureza do bem jurídico violado e pela forma objetiva de execução. As insuficiências de um tal critério, que só permite em verdade a existência, enquanto crime político, de certas espécies clássicas, como a insurreição, a conspiração, etc., logo fizeram surgir — e correspondeu a Ferri um papel importante

na divulgação dessa alternativa — uma corrente que situava a distinção no fim político ou altruista que teria animado o agente. Logo se percebeu que tal opção poderia conduzir a soluções paradoxais, e prevalece hoje uma linha de conciliação entre ambas as tendências, segundo a qual o crime político é não só aquele que representa uma ofensa a interesses da organização constitucional do estado, mas também o crime comum quando determinado por motivos políticos 23.

Foi em meio a este debate que surgiu a noção de crime conexo ao crime político. A conexão é um instituto de direito processual penal; a presença de certas circunstâncias (há conexão intersubjetiva, objetiva e probatória) sugere a reunião dos

(22) Op. cit. p. 12. Por duas vezes, o Poder Legislativo recusou-se a outorgar anistia a crimes não políticos, na história da república. Em 1947, projeto de decreto legislativo nº 905, que anistiava criminosos primários, menores de 21 anos, encontrou no Senado um parecer inexorável do Senador Olavo Oliveira, professor de direito penal no Ceará, firmado na destinação histórica da anistia a crimes políticos. Em 1952, uma indicação à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara foi repelida, com parecer do relator Deputado Marrey Júnior, baseado também no fato de dirigir-se a anistia tradicionalmente aos crimes políticos. Cf. Aloysio de Carvalho Filho, op. cit. p. 137, notas 153 e 154.

(23) Interessante resenha deste debate em Boaventura de Souza Santos, *Os Crimes Políticos e a Pena de Morte*, Revista de Direito Penal, v. 1, Rio, 1971, p. 45 ss.

processos pertinentes a vários delitos, e prorroga a competência do juiz de um deles para que processe e julgue os demais. O conceito de crime conexo a crime político é um conceito material e não processual, que diz com a própria natureza do crime.

Como ensina Millan, verificada a insuficiência do crime puramente político para o tratamento privilegiado, inclusive do ponto de vista da anistia, os crimes comuns que guardavam uma relação de subordinação com crimes políticos passaram a ser chamados de crimes políticos impróprios; como tal designação se revelasse exigua, adotou-se a expressão delito conexo ao delito político 24. A idéia de que a anistia deva alcançar este gênero de crimes estava presente em Carrara: *"onde amnistia-to il fatto principale devono intendersi amnistiati anche i reati accessori che gli hanno servito di mezzo"* 25. Boaventura de Souza Santos define os crimes conexos como "aqueles que só atingem bens jurídicos comuns, mas estão numa relação de meio a fim para com os crimes políticos puros" 26. Observe-se que, para a conceituação do delito conexo ao delito político, prevalece uma visão objetiva, à base da relação meio-fim. O motivo costuma ingressar nas definições num sentido restritivo, para vedar a consideração de conexão, quando não seja altruista. Assim, num texto da VI Conferência Internacional para a Unificação do Direito Penal (Copenhague, 1935): "Consideram-se crimes políticos: 1. as infrações dirigidas contra a organização ou o funcionamento do estado, bem como aqueles dirigidos contra os direitos (políticos) do cidadão. 2. Consideram-se crimes políticos os crimes comuns que constituem meios para realizar os atentados previstos

no parágrafo anterior, bem como os atos cometidos para favorecer a execução de um crime político ou para permitir ao autor desses crimes escapar à sanção da lei penal. 3. Entretanto, não se consideram crimes políticos aqueles aos quais o autor está determinado por um motivo egoístico ou torpe". Eis aí a prevalência do critério objetivo, e a utilização do critério subjetivo como elemento limitador, definitório do que não seja crime conexo ao crime político.

Pois bem. O § 1º do art. 1º da lei 6.683, de 28/ago/79, considera conexos "os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política". Foi adotado, assim, para a definição de crime conexo ao crime político, o mesmo critério objetivo-subjetivo que prevalece para o próprio crime político. A anistia alcançará, pois, não só os delitos comuns que sejam meio para a prática de crimes políticos, ou para escapar às penas desses (conexão em sentido objetivo), bem como quaisquer outros (ainda que não relacionados objetivamente com um crime político), desde que praticados com motivação política.

Essa posição tem alguma tradição, no Brasil. Aloysio de Carvalho Filho lembra que o homicídio praticado por José Inácio Trindade contra o Coronel Francisco Chicuta, em Passo Fundo, foi considerado conexo com o movimento político que conduziu à anistia de 1895. Antes disso, o Supremo Tribunal Federal determinara a extensão dos efeitos da anistia de 1891 a um ex-cadete que, em

(24) Op. cit., p. 54.

(25) Op. cit., p. 120.

(26) Op. cit., p. 50.

Belém, havia tentado matar seu superior, dentro de um plano geral que visava a deposição do governador 27.

Exceção feita à anistia de 1916 — que expressamente excluía do âmbito da graça crimes contra a propriedade, incêndio, e os que se manifestassem por atos de barbaria, crueldade ou vandalismo — todas as demais alcançaram os crimes conexos a crimes políticos: assim em 1930, em 1934 e em 1945. Deve ser observado que, retroagindo a lei 6.683, de 28/ago/79, a 2 de setembro de 1961, só alcançará, no período compreendido entre 2 de setembro e 15 de dezembro, fatos que não estejam abrangidos pelo decreto legislativo 18, de 15/dez/61, que concedeu anistia a diversos delitos políticos, militares, eleitorais e de imprensa.

VII

A lei exceção de seus efeitos os condenados pela prática dos seguintes crimes: terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal (art. 1º, § 2º).

Na antiga lei de segurança nacional (decreto-lei 898, de 29/set/69), havia um tipo misto alternativo que continha, entre outras, essas formas: era o artigo 28 ("devastar, saquear, assaltar, roubar, seqüestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal, ato de massacre, sabotagem ou terrorismo"). Entretanto, em outras passagens da lei também apareciam algumas dessas formas: o artigo 27 previa o assalto a estabelecimento de crédito; o artigo 32 tratava de um homicídio por facciosismo político, e assim por diante. Em verdade, qualquer análise fica muito dificultada pela grosseria do texto legal, elaborado por pessoas que certa-

mente seriam reprovadas na primeira prova de Direito Penal I. Que é "devastar"? Como se distingue de "depredar"? Qual a diferença entre "assaltar" e "roubar"? Se alguém conseguir estabelecê-la, introduza na discussão o "saquear"... Que é "ato de massacre"? Qualquer aluno poderá perceber, contudo, que há um traço comum entre essas formulações: é que todas elas violam o princípio da reserva legal, por consistirem em incriminações vagas e indeterminadas. 28.

Para as quatro hipóteses que nos interessam, tentemos desvendar um trajeto. Assalto e seqüestro não oferecem problemas: estarão excluídos da anistia os casos de roubo e seqüestro, mesmo conexos a delitos políticos. Por atentado pessoal se deve entender a ofensa à vida, integridade corporal ou saúde de chefes de estado ou pessoas especialmente protegidas (condutas que, segundo textos da VI Conferência Internacional para a Unificação do Direito Penal, integram a noção de "terrorismo").

A palavra terrorismo foi utilizada num documento internacional pela primeira vez por ocasião da III Conferência Internacional para a Unificação do Direito Penal (Bruxelas, 1930) (29). O assunto foi versado da III à VI Conferências. A primeira abordagem gravitava em torno da idéia de perigo comum (*common danger*). Por ocasião da VI Conferência, o núcleo se deslocou para a criação de um estado de terror (a

state of terror), através de condutas: causação de desastre, por impedimento de vias de comunicação e serviços públicos, ou por uso de explosivos, inflamáveis, etc; poluição, envenenamento de água potável ou alimentos, ou provocação de doenças epidêmicas; destruição de edifícios públicos, ou meios de transportes, instalações hidráulicas, elétricas, etc; instigação e conluio para tais práticas; fabrico, posse, transporte e comércio de petrechos destinados a tais práticas. Eis aí, de forma simplificada, o que um documento internacional considera terrorismo; eis aí por que uma incriminação que só se valha da expressão "ato de terrorismo" ofende o princípio da reserva legal. Em todo caso, não se coloca um problema muito grave, porque não existe uma só pessoa condenada por terrorismo, no Brasil.

O legislador não concedeu anistia a autores ou partícipes de assalto, seqüestro, atentado pessoal e terrorismo, mesmo quando conexos a crimes políticos. Seria ocioso recordar que qualquer outro crime comum, não conexo a crime político, a fortiori está excluído da anistia.

VIII

Dirige-se uma crítica procedente à anistia no que respeita a haver excluído os condenados por aquelas classes de delitos. É uma crítica que possui dois níveis: o nível de política criminal, e o nível técnico.

Do ponto de vista de política criminal, questiona-se a oportunidade da avareza do príncipe. Foi notória a campanha de segmentos representativos da sociedade no sentido de que se concedesse uma anistia ampla, e não parcial. Contudo, é inegável que

o príncipe é o árbitro da extensão de seu ato.

Do ponto de vista técnico, contudo, as objeções são menos refutáveis. Por um lado, o príncipe distinguia onde a lei não distingue: não possuímos, ao contrário dos italianos, uma anistia própria e uma anistia impropria. Por outro lado, há injustiça material quando co-réus do mesmo fato se encontrem em situações tão dispares: um, anistiado, o outro, condenado definitivamente. É possível que uma construção jurisprudencial, arrancando da equidade e do caráter extensivo de circunstâncias não pessoais que eximem de pena venha a retificar tal situação. Fala-se em submeter a matéria à justiça.

IX

Por último, apresentarei a conclusão que me parece mais importante, de todo o exame procedido.

Num livro saboroso, sobre a justiça política, Guizot escrevia: "*je ne sa che aucun parti, aucun pouvoir qui ait osé s'arroger, en principe, le moindre droit sur le sang innocent. On l'a souvent versé à flots, mais toujours en le traitant de coupable*" 30.

Se para fazer jorrar o sangue inocente é de mister declará-lo culpado, para esconder a face culpada será preciso declará-la inocente ou... anistiá-la.

Nós, juristas, costumamos dizer que a lei é mais sábia do que o legislador; algumas vezes, é muito mais sábia.

(30) Des Conspirations et de la Justice Politique, Paris, 1821, p. 1.

(27) Op. cit., p. 141.

(28) Esses defeitos persistem na nova lei 6.620, de 17/dez/78.

(29) Cherif Bassiouni, *International Terrorism and Political Crimes*, Springfield, 1975, p. 468.

Porque, se a análise, que aqui se encerra, da lei 6.683, de 28/ago/79, não estiver muito equivocada; se o legislador quis anistiar delitos políticos, conexos aos políticos e eleitorais; se, entre os conexos, restringiu a aplicação, excetuando as quatro classes já vistas; se delito conexo aos políticos é aquilo que aqui se estudou; se a anistia é o instituto de que se tratou nas linhas acima, não estão abrangi-

dos por ela os torturadores e homicidas de presos políticos.

A tortura e o homicídio de um preso não são crimes políticos, nem são crimes conexos a crimes políticos, objetiva ou subjetivamente. São crimes comuns, são repugnantes crimes comuns, que estão a merecer — até quando? — processo e julgamento.

TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

EVERARDO DA CUNHA LUNA

1 — TEORIAS DA AÇÃO

As teorias da ação, na doutrina moderna do crime, podem ser classificadas em teorias causais e teorias finais. Dentro de cada uma das duas grandes classes referidas, observa-se a combinação entre os fundamentos objetivos e subjetivos de um lado e os fundamentos descritivos e valorativos de outro. Assim, na primeira classe de teorias — as teorias causais — os fundamentos descritivos, combinados com os fundamentos objetivos, dão forma à teoria naturalista da ação, ou teoria causal propriamente dita, e combinados com os fundamentos subjetivos, dão forma à teoria sintomática da ação. Já na segunda classe de teorias — as teorias finais — os fundamentos valorativos e objetivos de um lado, caracterizam a teoria social da ação, e os fundamentos valorativos e subjetivos, de outro lado, caracterizam a teoria finalista da ação ou teoria final propriamente dita. Em síntese: enquanto a teoria causal é descritiva e objetiva, a teoria sintomática é descritiva e subjetiva, e enquanto a teoria social é valorativa e objetiva, a teoria finalista é valorativa e subjetiva 1.

Apresentado o esquema, pode-se dizer que as teorias causais são des-

critivas e que as teorias finais são valorativas. O descritivo diz respeito ao fático, ao real, e o valorativo, ao cultural, ao normativo. O objetivo, ou externo, exterior, quando no campo real, diz respeito ao mundo físico circundante, e, quando no campo do normativo, do mundo circundante da coletividade. O subjetivo, no real, refere-se à personalidade do agente, e, na esfera normativa, à vontade individual.

Outras combinações existem, ou são possíveis, sempre girando, porém em torno dos binômios objetivo-subjetivo e descritivo-valorativo, com o predomínio desse ou daquele fundamento, com a predominância dessa ou daquela combinação. Desse modo, a teoria pessoal da ação, de Arthur Kaufmann, a quem se deve a simétrica classificação acima apresentada, aproxima-se da teoria social, estendendo-a ao homem como matéria, vida, alma e espírito 2. Assim também a teoria, que denominamos normativa, aproxima-se da teoria social da ação, limitando-a, porém, a uma ordem jurídica determinada.

- (1) Arthur Kaufmann, *Schuld und Straf-Studien zur Strafrechts-dogmatik*, Carl Heymanns Verlag, 1966, 39.
- (2) Arthur Kaufmann, *Schuld und Strafe*, 39.66

Enquanto, porém, a teoria pessoal da ação parte de fundamentos filosóficos para explicar a ordem jurídica, a teoria normativa da ação parte da ordem jurídica para explicar-lhe os fundamentos filosóficos. Na teoria pessoal da ação, deve-se ter presente que o Direito é concebido como a relação de conformidade entre o ser e o dever, e que o ser e o dever nem são idênticos (Tomás de Aquino), nem diferentes (Kant), mas equivalentes por analogia e não no sentido da dialética de Hegel 3. Na teoria normativa, o dogmata pode investigar as raízes filosóficas da ação conforme um determinado ordenamento jurídico, o qual, pela simples razão de não ser um sistema filosófico, mas um sistema jurídico, pode acolher fundamentos de filosofia nem sempre coerentes e, às vezes até contrários e mesmo contraditórios.

2 — TEORIAS CAUSAIS

As teorias causais nasceram na atmosfera das ciências causais e explicativas do século dezanove. Dominaram o pensamento jurídico-penal dos fins do século passado e dos começos do século vinte. É a época do positivismo filosófico e do positivismo científico. É a época, também, do positivismo jurídico e do positivismo criminológico. Na Alemanha, o dogma causal-explicativo desenvolveu a dogmática jurídica, e, na Itália, criou condições para o nascimento da criminologia.

A teoria causal propriamente dita, que se fundamenta no descritivo e no objetivo, considera a ação como um movimento corporal voluntário e como uma modificação sensível do mundo exterior 4. Em sua pureza, não explica os crimes de simples ati-

vidade, nem a omissão. Foi fecunda para a investigação do nexo de causalidade. Hoje, ao apresentar-se, concebe a ação independentemente do resultado, afirmando que, segundo um conceito superior e unitário, a ação nem é causal, nem final 5.

A teoria sintomática da ação, que se fundamenta no descritivo e no subjetivo, investiga, na personalidade do agente, a causa do ato. Por amor à simetria e por amor à ordem didática expositiva, a teoria sintomática figura como uma das quatro teorias fundamentais da ação. A sua influência, porém, na doutrina e na prática, não pode ser supervalorizada. A cair no dualismo que separa, na definição do crime, ato e autor, perde a significação 6. Vale como um apelo veemente à consideração da personalidade do autor na ordem jurídico-punitiva.

3 — TEORIAS FINAIS

As teorias finais surgiram no segundo quartel do século vinte, sob a influência da filosofia dos valores,

- (3) Arthur Kaufmann, *Recht und Gerechtigkeit in schematischer Darstellung, in Einfuehrung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, herausgegeben von Arthur Kaufmann und Winfried Hassemer, C.F. Mueller Juristischer Verlag, Heidelberg Karlsruhe, 1977, 277.
- (4) Paul Bockelmann, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen, 1975, 45-46.
- (5) Juergen Baumann, *Einfuehrung in die Rechtswissenschaft* Muenchen, 1974, 391.
- (6) Schoenke-Schroeder, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen und Berlin, 1976, 111.

em suas várias direções, e, em particular sob a influência da filosofia de N. Hartmann.

A teoria social da ação, que se fundamenta no valorativo e no objetivo, considera a ação como um fator significativo e formativo da realidade social com seus aspectos pessoal, final, causal e normativo, abarcando, desse modo, a tendência objetiva da ação (Eb. Schmidt) e a posição subjetiva do fim (Jescheck) 7. Ao fundamentar a ação na realidade social, estude-se para além da realidade jurídica, o que é censurável, porque introduz, no conceito, um elemento metajurídico 8.

A teoria final propriamente dita, ou teoria finalista da ação, que se fundamenta no subjetivo e no valorativo, constituiu, no terceiro quartel do século vinte, o tema mais apaixonadamente tratado e discutido pela doutrina jurídico-penal da Alemanha. Parece que, no presente momento, esgotou-se em sua disponibilidade profética, cristalizada que está em escola que reúne adeptos ortodoxos e heterodoxos. Breve exposição da teoria finalista da ação está contida no item que segue.

4 — TEORIA FINALISTA

Finalidade é a mentalização de fins, direção da atividade para alcançar o fim e realização conforme o plano dos fins 9, e vontade é o fator dirigente que governa o acontecimento externo e o converte em uma ação dirigida a um fim 10. Atividade final é um operar consciente orientado ao fim 11. Com tais frases, Welzel estabeleceu os princípios da teoria finalista da ação. Não nega, porém, a causalidade, que por ser cega, serve, de suporte à finalidade, que é vidente.

Com o quadro de Baumann a seguir exposto, compreende-se, com clareza, qual a diferença e a relação existente entre a causalidade, em seu sentido primeiro, e a finalidade, concebida por Welzel:

CAUSALIDADE

Vontade — Conduta — Resultado
Causalidade

FINALIDADE

Vontade, Conduta — Resultado
Finalidade

Pelo quadro exposto, o conceito final da ação é, também, causal: a vontade se propõe os fins, escolhe os meios para alcançá-los e dá-lhes eficácia causal 12.

O dolo é a vontade de ação dirigida para a realização de um tipo de delito 13. Já na culpa, decisivo não é o simples ato voluntário que produz o resultado, mas a execução concreta, a concreta direção da ação final, segundo uma conduta social modelo, que está orientada para evitar resultados socialmente intoleráveis 14.

- (7) Johannes Wessels, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, C.F. Mueller Juristischer Verlag, Heidelberg Karlsruhe, 1978, 15-16.
- (8) Hermann Blei, *Strafrecht I. Allgemeiner Teil*, 16., voelig neubearbeitete Auflage des von Edmund Mezger begruendete Werkes, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Muenchen, 1975, 61-62.
- (9) Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969, 33.
- (10) Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 34.
- (11) Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 33.
- (12) Juergen Baumann, *Einfuehrung in die Rechtswissenschaft*, 391-392.
- (13) Hans Welzel, ob. cit., 65.
- (14) Hans Welzel, ob. cit., 130.

Welzel informa que, ao tomar do campo da filosofia de Nicolai Hartmann, pela primeira vez e em 1935, o termo **finalidade**, outra expressão não existia que melhor se adequasse ao seu pensamento sobre a ação humana. Ao surgir, porém, em 1948, com Norbert Wiener, o termo **cibernética**, seria melhor talvez preferi-lo ao termo **finalidade**, para designar a ação como fato dirigido e orientado pela vontade. Como, porém, o termo **cibernética** tem uma significação precisa no campo da matemática, deve ser mantido o uso linguístico jurídico-penal **finalidade**, sabendo-se, desde já, que ocasiona mal-entendidos ao ser interpretado de uma maneira estrita e literal. Se não fora o inconveniente indicado, a ação **cibernética** compreenderia, com clareza, o dolo e a culpa, abrangendo, em ambos, o que existe de juridicamente relevante, ou seja, a direção 15.

Estudando a ação **cibernética** ou **biocibernética** 16, introduz Guenther Jakobs a inevitabilidade no conceito da ação 17. Aqui o **finalismo** penetra a esfera do direito civil 18, o que é investigado e ressaltado por Erwin Deutsch 19.

6 — FINALIDADE INCONSCIENTE

Mantendo o termo **finalidade**, Stratenwerth fala de uma **finalidade inconsciente**. Cita logo no começo do seu trabalho, o exemplo do automatismo na conduta, que geralmente está adequado a um fim, e que, apesar disso, não recebe o devido tratamento doutrinário nem pela teoria causal, nem pela teoria social, nem pelo conceito negativo de ação de Herzglersa. Somente a direção, que regula a conduta, é suficiente para

fazê-lo, e o faz tanto no automatismo quanto nas ações afetivas e de curto-circuito. No automatismo, sem dificuldade, porque, nele, originalmente, a conduta é conscientemente dirigida. Nas ações afetivas e nos atos de curto-circuito, porém, é necessário apelar para um primitivo estágio de direção consciente.

Distinguindo entre direção consciente e direção inconsciente, Stratenwerth fundamenta a finalidade inconsciente. Deste modo, não existe conduta humana que não possa ser conscientemente dirigida, inclusive aquela que se verifica em estado de embriaguez. A possibilidade de uma direção consciente, porém, não existe nos reflexos corporais puros, como o reflexo dos tendões da patela ou

(15) Hans Welzel, *Zur Dogmatik im Strafrecht*, in *Festschrift fuer Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von Friedrich-Christian Schroeder und Heinz Zipf, Verlag C.F. Mueller-Karlsruhe, 1972, 3-8.

(16) Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 37.

(17) Guenther Jakobs, *Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem*, in *Festschrift fuer Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. Maerz, 1974*, Herausgegeben von Guenther Stratenwerth, Armin Kaufmann, Gerd Geilen, Haus Joachim Hirsch, Hans Ludwig Schreiber, Guenther Jakobs und Fietz Loos, 1974, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 307-325.

(18) Schoenke-Schroeder, *Strafgesetzbuch*, 11, e.

(19) Erwin Deutsch, *Finalitaet, Sozialaдекват und Schuldtheorie als zivilrechtliche Struktur-begriff*, *Welzels Fernwirkungen auf die Zivilrechtsdogmatik*, in *Festschrift fuer Welzel*, 227-250.

rótula do joelho; nos ataques convulsivos, e nos movimentos vertiginosos 20.

7 — CRÍTICA DO FINALISMO

A escolha do termo **finalidade**, como o próprio Welzel reconheceu, ao término de sua extraordinária vida de pensador e de jurista, não foi das mais felizes. E isto não só porque a finalidade é termo inconveniente e fonte de equívocos 21, como também porque a filosofia de N. Hartmann, que inspirou o **finalismo**, é um **corpus-metaphysicum sem alma** 22.

A afirmativa de Bergson, repetida por Sartre, de que a finalidade é o inverso do mecanicismo ou da causalidade 23, ajusta-se à teoria hartmanniana dos três atos — proposição de fim, escolha de meios, execução. Deste modo, o exagero da teoria finalista é o inverso do exagero da teoria causal: enquanto esta obriga-se a encontrar, para cada ação, um resultado típico, aquela luta para indicar, em cada ação, um fim típico, ou atípico (hipótese da culpa no sentido estrito).

Que a estrutura da ação é ontológica ou ontológica é problema filosófico discutível, não competindo à dogmática jurídica afirmá-lo ou negá-lo, e, se o fizer, terá de fazê-lo à luz de um determinado ordenamento jurídico. O mesmo se diga quanto à afirmativa de que todas as ações humanas dirigem-se conscientemente a um fim. Vale, aqui, em apoio do pensamento filosófico, o apoio do pensamento científico literário. "Car, pour l'avenir que nous faisons, par exploration, travail, entreprises, intrigues, armées en marche, nous ne pouvons gué le penser; il n'est pas objet; il est ambigu par l'action même, inconnaissable par l'action même. Une épée cherche passage vers moi, un

chariot roule et va m'écraser; je perçois, je bondis, j'échape; cet avenir se fait; je suis mort si je le pense fait" 24.

Em vários tipos penais, encontra-se um determinado fim. Na tentativa, existe um fim. Havê-lo-á o crime consumado? Discutível. E no dolo eventual e na aberratio? Também discutível. E na omissão e na exculpação? Igualmente discutível. E na culpa em sentido estrito? Na culpa, mesmo considerando-se o resultado como condição de punibilidade, deve ser lembrado que é o resultado que torna a ação um fato criminoso 25.

Mesmo dando ao **finalismo** o conteúdo da **cibernética** ou **biocibernética**, para conceber a ação como o fato dirigido e orientado pela vontade, mesmo assim as dificuldades não são removidas. O conceito **cibernético** da ação cria um tipo ideal que não al-

(20) Guenther Stratenwerth, *Unbewusste Finalitaet?*, in *Festschrift fuer Welzel*, 289-305, principalmente, 290, 294, 295, 296, 297, 299, 300, 301, 302 e 303.

(21) André Lalande, *Vocabulário de la Filosofia*, I, tradução sob a direção de Luís Afonso, Buenos Aires, 1953, 496.

(22) Johannes Hirschberger, *História da Filosofia Contemporânea* tradução e prefácio de Alexandre Correia, Herder, São Paulo, 1963, 185.

(23) Henri Bergson, *L'évolution créatrice*, Paris, 1948, 39; Jean-Paul Sartre, *El ser y la nada — Ensayo de ontologia fenomenológica* — traducción de Juan Valmar, tercera edición, Losada, Buenos Aires, 1972, 181.

(24) Alain, *Les Passions et la Sagesse*, Gallimard, 1960, 51.

(25) Juergen Baumann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Verlag Ernst und Werner Gieseking-Bielefeld, 1975, 215-216.

cança os atos impulsivos e afetivos 26. Numa grande quantidade de crimes, depara-se uma **desordem passional**, o que não é de estranhar, porque, no final de contas, não é o próprio crime uma **desordem**? Como buscar, na desordem passional, um fim? "Se é verdade que as paixões sensíveis são **desregramentos da afetividade**, não em virtude de sua intensidade, mas porque escapam ao controle da razão, já não se vê que sentido pode conservar o problema da finalidade delas. Uma desordem não tem fim nem sentido, e é por isso mesmo que é uma desordem" 27. E por que procurar, justamente na ação criminosa, um fim consciente, racional?

Provavelmente, por isso mesmo, Stratenwerth, com sua doutrina da finalidade inconsciente, afastou-se do finalismo, que é, a rigor, **finalidade consciente**. Conforme a observa-

ção de Schoeke-Schroeder, modificou consideravelmente o primitivo conceito finalista de ação, construindo, sobre ele, uma nova doutrina 28.

Embora construída sobre fundamentos vulneráveis, a teoria finalista tem o grande mérito de ter agitado o pensamento jurídico-penal durante um quarto de século. E, no estudo de interesse prático imediato, deve-se, a ela, profundas investigações, principalmente nos campos da omissão e da culpa.

- (26) Juergen Baumann, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 213 e 216-271.
- (27) Régis Jolivet, *Tratado de Filosofia*, II, Psicologia, tradução de Gerardo Dantas Barreto, Livraria Agir Editora, Rio, 1967, 387-388.
- (28) Schoenke-Schroeder, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, 115.

KARL BINDING (*)

ADELMO BORETTINI

A atual orientação da ciência do direito penal, ou seja, o estudo sistemático do direito positivo vigente, tem no grande dogmático Karl Binding uma de suas afirmações mais estrênuas e capacitadas. Pode dizer-se que sua obra representa dentro dessa orientação, a parte mais significativa da ciência penalística alemã; obra que é inextinguível manancial onde beberam juristas de todos os países, por adesão ou confutação, no campo publicístico, privatístico ou filosófico; obra que, construída na juventude, elaborada durante longa e infatigável existência, era revista e intimoratamente defendida pelo próprio autor, quase octagenário, e isso porque, quando Binding fixava as primeiras e fundamentais concepções de sua obra, estabelecia ainda jovem as bases graníticas de seu sistema. Assim também ocorreu com Romagnosi, que aos vinte e cinco anos, com a *Genesi del Diritto Penale*, construiu aquele admirável sistema jurídico — filosófico que anos depois confirmaria em toda sua monumental obra, conferindo-lhe a expressão mais elevada no *L'Assunto Primo della Scienza del Diritto Naturale*. Realmente, é característica de muitos homens geniais demarcarem desde logo a própria vida, e seguirem os rumos com

segurança e energia jamais atenuada.

- (*) Tradução de Nilo Batista. O artigo que se segue constituiu o prefácio com o qual Adelmo Borettini apresentou aos meios jurídicos italianos, em 1927, sua tradução da 8a. edição do *Compêndio de Direito Penal de Binding* (ed. Athenaeum, Roma). A riqueza de informações bio-bibliográficas, bem como algumas observações sobre a obra do mestre alemão, nos levaram à suposição de que seria útil divulgar o trabalho. Tomamos a liberdade, na tradução, de suprimir pequenos trechos, nos quais Borettini se dirigia aos leitores peninsulares de 1927, e de alterar os prônomes possessivos com os quais tratava ele assuntos e figuras italianas. Quem deseje aprofundar-se no estudo das teorias fundamentais de Binding poderá socorrer-se do extraordinário trabalho de Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, do qual existe excelente tradução para o espanhol, de Enrique Baigalupo e Ernesto Garjón Valdés, sob o título *Teoría de las Normas*, B. Aires, ed. Depalma, 1977. Em 1979, comemora-se o centenário do lançamento do *"Compêndio de Direito Penal Comum Alemão"*. (N.T.)

Assim foi Karl Binding. Nasceu em Frankfurt am Main em 4 de junho de 1841, filho de George Binding, advogado e conselheiro de apelação, e Dorotéa Binding, prima de George. Herdou do pai jurista a profundidade de pensamento, e da mãe o ardente caráter e aquela tendência a seguir as rotas assinaladas, tendência que conservou mesmo nos seus últimos anos ao defender frequentemente com aspereza, e outras vezes com mordaz sarcasmo, as próprias convicções científicas sem discernir opositores, guiado tão somente pelo amor de sua ciência. O estudo dos gregos conferia um fundamento clássico à sua cultura; este aspecto faz recordar outro grande jurista coetâneo de Binding, o italiano Pessina, que estreara com dois ensaios sobre a estética nos filósofos gregos. A partir daquele estudo e da orientação paterna, Binding rapidamente formou uma consciência política contra os sequazes de uma liberdade utópica, e tornou-se nacionalista na acepção mais germânica; tal sentimento se manifesta francamente na sua obra científica. Seguindo a tradição da família e a própria vocação, ingressa na Faculdade de Direito da Universidade de Göttingen em 1860, iniciando apaixonadamente os estudos, sob a atração de mestres ilustres como Friedrich Mommsen, Alber Zacharia, Emil Herrmann. Este último, fosse embora particularmente cultor do direito canônico, incentivou, com suas lições de direito penal, a inclinação de Binding para a ciência criminal, mantendo-o distante das pegadas de Feurbach. Paralelamente aos estudos jurídicos, realizava ele estudos filosóficos, e mesmo fundamentando seu saber no método hegeliano, tratou de reunir os resultados das ciências positivas com o idealismo. Ainda antes da filosofia, contudo, foi ele atraído

pelos estudos históricos, como experiência preparatória à atividade filosófica.

A primeira vitória jurídica de Binding foi obtida em 1862, quando preparou em seis semanas o trabalho vencedor de um concurso instituído pela Faculdade sobre o tema "Se e quando o processo penal romano, particularmente ao tempo da *judicia publica*, teve natureza inquisitória?" Doutou-se em 1863, sob Ribbentrop, tratando da L. 63 D 42, 1, acerca da extensão da força executiva àqueles que são sujeitos num processo no estrangeiro; de tal escrito surge em 1864 (em *Zivilistisches Archiv*, 47, pp. 259 ss) um estudo sobre "A doutrina de direito comum da força executiva da sentença contra terceiros sob fundamento de cumplicidade na questão".

Seguindo especialmente conselhos de Herrmann, Binding dirigiu seus esforços para a carreira acadêmica, obtendo neste mesmo ano, em Heidelberg, sob Mittermaier, sua licenciatura para o ensino do direito penal, vencendo o concurso com o trabalho intitulado "*De natura inquisitionis processus criminalis romanorum*", dedicado ao seu caro mestre de direito criminal Emil Herrmann. No semestre de verão de 1864 ele ministrava suas primeiras aulas. Estava a esta altura noivo de Maria Luisa Wirsing, e, para consumir seus projetos amorosos, por pouco não renunciou à carreira universitária para dedicar-se à advocacia em sua cidade natal. Para sua felicidade, e da ciência, em 1866 a Faculdade de Direito de Basileia ofereceu-lhe a cadeira de direito público; a comodidade para os estudos propiciada por aquela universidade, e a amizade de professores como Eusler e Hartmann, que

subsistiria para o resto da vida, consentiram em que Binding pudesse desenvolver toda a sua capacidade científica. A este período pertence sua primeira publicação importante: "História do reino burgúndico-romano", 1868, contendo oito ensaios e um apêndice de Wilhelm Nackernagel sobre "Lingua e monumentos linguísticos dos burgúndicos". Ao contrário do que pretendia, não fez com que se seguisse um segundo volume, e apenas em 1880 publicou, no primeiro volume das "*Fontes Rerum Bernensium*" uma edição crítica da *Lex Burgundionum*.

Entretanto, ele dedicou toda a energia de seu empenho quase exclusivamente aos problemas do direito penal, exceto algumas ligeiras incursões no campo do direito constitucional e do direito civil, sobre as quais não nos deteremos. Em 1870 escreveu um trabalho crítico sobre "O projeto de um código penal para a Federação da Alemanha do Norte". Neste mesmo ano foi nomeado professor, em Freiburg im Breisgau, como sucessor de Vörlingen, e durante sua permanência em Freiburg formulou, com intenso trabalho e vontade férrea, suas concepções fundamentais em direito penal, que desenvolveu até os últimos anos, embora restando sempre fiel àquelas primeiras concepções.

Em 1871 publicava um escrito sobre "O antagonismo entre o código penal alemão e o projeto-da-lei de introdução de Baden"; e em 1872 saía o primeiro volume de sua grande obra "As normas e sua transgressão", um tratado sobre a ação legítima e as formas do delito (volume I, *Normen und Strafgesetz*), obra que o colocou subitamente na primeira linha dos criminalistas alemães. Deste pri-

meiro volume teríamos uma segunda edição ampliada e corrigida em 1890, e uma terceira edição em 1916.

No mesmo ano de 1872, foi chamado pela faculdade jurídica de Strassburg que, naquele tempo, escolhia os seus professores entre os mais ilustres, para ensinar direito penal. Mas, no ano seguinte, devido ao sucesso obtido pelas "*Normen*", os convites se multiplicaram entre as várias universidades, e terminou optando por Lipsia, sucedendo a Rudolf Heinze. Ali, em 1873, iniciou seu magistério com o conhecido discurso sobre "O problema da pena" (*Gründhuts Zeitschr.* 4, p. 417 ss.), e ali permaneceu por quarenta anos consecutivos.

O código penal do império de 1870-71 converteu-se para toda a vida em seu grande campo de trabalho; assim foi Binding conduzido à mais precisa observação da realidade jurídica do estudo do código, e, ao mesmo tempo, à experiência da prática, especialmente como juiz no tribunal territorial de Lipsia e pelo contínuo contato com o supremo tribunal do império. A isto se agregue a admiração pelo método de trabalho histórico-empírico de Wächter, o qual tinha consagrado inteiramente a existência científica ao estudo do direito vigente, e estava formado assim o criador da dogmática do novo direito. Embora conservando sua plena personalidade científica, Binding tratou de aplicar a metodologia de Wächter, o que se manifestou já no escrito sobre "Três questões fundamentais da organização dos tribunais criminais" (1876), no qual Binding sustenta que o juiz jurista é o único capacitado, que o júri deve ser abandonado (embora tolerando-se escabinados).

O novo método aparecia no segundo volume das "Normen" (Schuld und Voratz) (1877) em que alcança a forma à qual permaneceu fiel até o fim; o volume teve uma segunda edição dividida em duas partes: "Imputabilidade e Culpabilidade" (Zurechnungsfähigkeit Schuld), 1914; "A intenção ilícita" (Der rechtswidrige Voratz), 1916.

Pertence, também, à doutrina das normas, o tratado "Crime culposos no direito comum romano?" (Programa do Decanato, 1877).

O estudo do direito positivo sugeriu-lhe a exposição sistemática do mesmo direito em um manual cujo primeiro volume apareceu em 1885: "Manual sistemático da ciência jurídica alemã". Suas concepções fundamentais forneceram a base do "Manual", no qual se ocupa principalmente do direito penal subjetivo e das relações de direito penal.

Binding tratou pela primeira vez e completamente da parte geral do direito penal com o "Compêndio de direito penal comum alemão". Introdução e parte geral" que apareceu em 1879 (a primeira edição era usada somente como material de aulas) e alcançou, em 1913, a oitava edição. O "compêndio" foi, primeiramente, dirigido a uso de estudantes e a eles é dedicada também a última edição.

O quanto foi Binding orgulhoso de sua ciência, contra todo diletantismo, bem como o alto conceito em que tinha a atividade docente, expressam nas suas próprias palavras: "Eu sou professor de direito penal, e como tal desejo e devo ensinar nada além de direito penal". Tal ofício não poderia ter sido exercido com melhor êxito e de forma mais nobre: ele criou uma escola. Dominando prodigiosamente a matéria de seu ensino, sabia

transfundir nos ouvintes seu entusiasmo pela ciência e pela justiça: "Nós olhamos para cima, mas vemos a justiça sobre a terra".

O Compêndio ocupa um lugar muito importante na literatura jurídica pela riqueza da bibliografia, pelo profundo conhecimento de direito romano e germânico, pelas numerosas e importantes contribuições particulares, como por exemplo, sobre direito penal subjetivo, sobre a teoria do concurso, sobre o fundamento, conteúdo e fins do direito penal. Na Itália foram desde logo assinalados os valores pelos quais o Compêndio "ocupa um lugar de honra entre os congêneres da literatura jurídica alemã, (...) obra de utilidade indiscutível tanto para a prática quanto como guia precioso para o estudioso" (Rivista Penale, 1884, p. 232). A esta obra corresponde, no campo do direito processual penal, o "Compêndio de direito processual penal alemão", publicado em 1881, e que em 1904 alcançou a 5a. edição.

Em 1896 publicava o primeiro volume do "Tratado de direito penal comum alemão", como continuação da parte geral do "Compêndio de direito penal". Até então Binding apenas se havia deixado atrair por delitos especiais no que tange à honra (discurso de reitorado: "A honra e sua violação", 1892, 3a. edição em 1909) e pela teoria do ato libidinoso (parecer da faculdade, in ZSTW 2, p. 450 ss, 1882: "Ato libidinoso e escritos obscenos"). Já agora, o campo inteiro vinha construído num estudo dogmático de primeira ordem. A parte especial, de que se descuidara até então, imperdoavelmente, e deixara abandonada a comentários literalistas, vinha no Tratado elaborada, em insuperável exposição.

Conquanto seja reconhecível entre o Tratado e o Compêndio um nexo lógico, eis que no Compêndio fora exposta a parte geral, e no Tratado a parte especial, este último se apresenta completado com a reedição dos volumes precedentes. "Tratado de direito penal comum alemão — parte especial" (I, 1902, II, 1904, III 1905) é uma obra independente, por disposição e conteúdo, do Compêndio. Como faltasse à obra um fundamento da doutrina geral, Binding o desenvolveu num breve escrito sobre "Arquitetura das figuras delituosas", no qual oferece a explicação do sistema e do tratamento do direito positivo. Com o Tratado, nossa ciência se enriqueceu de novas pesquisas; nele Binding demonstrou um absoluto domínio da literatura e da jurisprudência, e se serviu não só de toda a matéria do código penal como de leis extravagantes. O próprio Binding reconheceria ter "ao menos podido disseminar algumas frutuosas sementes neste campo em verdade fatigante de ser rompido e cultivado". A obra se destinava essencialmente à prática penal, com aplicação de seus teoremas e idéias à vida prática, e também à preparação do progresso científico; teve grande utilidade no foro, e influenciou a jurisprudência. Tanto no campo doutrinário, como nos projetos de reforma legislativa penal, Binding constatou, com grande satisfação, que seus pensamentos mereciam larga adesão. Mas ele voltava ao trabalho em sua doutrina favorita, de parte geral, cuja significação era universal.

Vamos aqui relacionar alguns artigos, cujos assuntos o atraíram durante o período de elaboração do Tratado. Eles:

"A honra e sua lesão", conferência, 1890; 2a. ed., 1909.

"O duelo e a lei", conferência, 1905; 3a. ed., 1909.

"Uma revolução na jurisprudência da Corte Suprema Imperial sobre estelionato" (DJZ. XVI, p. 553 ss: Discussão da decisão plenária de 14 de dezembro de 1910, G R St. 44, p. 230 ss.)

"Sobre a ilegalidade da aquisição de propriedade do não proprietário" (Programa do Decanato, 1908).

"Os três sujeitos da responsabilidade penal" (Gerichtssaal, 71, p. 1 ss, 1908).

"O crime condicional" (ibidem, 73, p. 1 ss, 1909).

"Significação jurídica do conteúdo objetivo do delito" (ibidem, 76 p. 1 ss, 1910).

"O sujeito do delito e os princípios do anteprojeto" (ibidem, 76, p. 87 ss, 1910).

"As formas do sujeito criminoso" (ibidem, 78, p. 1 ss, 1911).

"Sobre o erro nos delitos no moderno direito penal e no direito penal do futuro" (ibidem, 81, p. 19 ss.).

"O delito do redator, com particular exame da lei sobre imprensa do Império de 7 de maio de 1874, §§ 10 e 21" (Blätter für Rechtsanwendung de Seuffert, 76, p. 334 ss.).

"Sobre a origem da pena pública", 1909, discurso de jubileu reitoral.

Entre os escritos menores, aos quais são feitas remissões na parte bibliográfica do Compêndio, vale recordar:

"Dissertações de direito e processo penal", 1915 (v. I, direito penal, e v. II, direito processual penal), os quais abrangem em parte uma reedição dos trabalhos anteriores, em parte novos temas. Binding não foi o que ele mesmo chamou, no prefácio do Compêndio, um "criminalista unilateral", e disso dão demonstração os numerosos artigos de direito público, que não cabe aqui enumerar. Sua atividade científica dos últimos anos sobre os assuntos mais variados é surpreendente:

"Culpa, culpa lata, culpa levis" (em *Zeitschrift der Savigny — Stiftung*, parte romanística, v. 39, p. 1 ss.).

"Hipótese de igual valor jurídico sobre *membrum ruptum*, os *fractum* e *iniuria* na *Lex XII tabularum*" (*ibidem*, v. 40, p. 106 ss.).

"A troca entre posições de autor e de organizador na apropriação indebita e no furto" (em *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht*, X, p. 1 ss.).

"A abundância de normas e de leis penais nos anos de guerra e a momentânea imperdoabilidade do assim chamado erro de direito" (*ibidem*, XI, p. 1 ss.).

"Pequeno por muito tempo — sobre o assim chamado erro de direito" (*ibidem*, XI, p. 297 ss.).

"A posição da advocacia do Estado, do acusado e da vítima segundo o novo projeto-de-lei para simplificação da administração judiciária" (*ibidem*, XI, p. 497 ss.).

"O delito do morto e do louco" (*ibidem*, XII, p. 1025 ss.).

"A importância penal da aposta" (*ibidem*, XIII, p. 337 ss.).

"O erro invertido" (in *Gerichtssaal*, 85, p. 177 ss.).

"A ação de perigo especialmente em relação ao delito culposo" (*ibidem*, 86, p. 353 ss.).

"Algumas propostas sobre a recente corrupção da doutrina e do tratamento legislativo de dolo, culpa e erro" (*ibidem*, 87, p. 113 ss.).

"O delito punível na sua limitação segundo a finalidade" (*ibidem*, 87, p. 257 ss.).

"Efeitos processuais, penais e constitucionais da sentença penal definitiva" (*ibidem*, II, p. 1 ss.).

Seu último trabalho, em colaboração com A. Hoche, publicado postumamente, examinava matéria interessante, e demonstra mais uma vez a energia de sua mente: "A liberdade de supressão de uma vida sem valor vital: sua medida e sua forma" (Lipsia, ed. Meiner, 1920).

Por ocasião de seu septuagésimo aniversário, alguns discípulos, amigos e colegas, entre os quais Triepel, Binding, Nagler, Oetker, Oppenheim, Finnger, Stammer, Gretener e Engelmann dedicaram a Binding, "ao caro mestre e amigo com gratidão e fidelidade", dois volumes de estudos (*Festschrift für Karl Binding*, Lipsia, 1911).

No mesmo ano em que se publicava a última edição do "Compêndio de direito penal" (1913), com 72 anos de idade, Binding renunciou voluntariamente ao magistério. Sacrificou a posição acadêmica para completar sua obra sobre as "Normas" e pagar,

assim, "o débito da sua juventude; quanto mais nobre é um dever, mais mágoa causa o seu não cumprimento". Ele se transferiu para sua residência em Freiburg, a alegre cidade de Baden; mas tão logo se instalou, a morte o golpeou, arrebatando-lhe a esposa. Entretanto, tomado pela dor e numa idade em que a capacidade para o trabalho vai se extinguindo, na maioria das vezes, conseguiu superar também esta duríssima prova, encontrando no trabalho constante o conforto pela desventura. Com o incansável ardor da juventude e, ao mesmo tempo, com a experiência de uma longa vida de estudos, logrou terminar a grande obra sobre as "Normas". Em 1916, publicou a segunda metade do segundo volume sobre a intenção antijurídica. Em 1918 saiu o volume terceiro sobre a teoria do erro; em 1919 fez seguir o volume quarto, parte primeira, sobre o desenvolvimento histórico do conceito de culpa e, no mesmo ano, completou a obra com o volume quarto, parte segunda, tratando do delito e crime culposos no atual direito comum.

Aos estudos sobre normas se refere também o breve tratado sobre "A culpabilidade no direito penal alemão" (1919), "dedicado por um velho juiz, aos juizes criminais alemães, aos promotores e aos defensores". Mais do que um simples extrato das "Normas", este trabalho apresenta os últimos resultados de Binding sobre o problema central da culpabilidade.

Assim, depois de uma vida dedicada à ciência e com a fé na vida futura, enquanto sobre sua mesa estava aberta a Teogonia de Hesíodo, na manhã de 7 de abril de 1920, Binding falecia.

* * *

Toda a obra de Binding é informada pela teoria das normas. O imperativo das leis penais não se exerce nem sobre o delinquente nem sobre o juiz criminal, mas sobre o Estado, obrigando-o a punir; portanto o Estado é o único transgressor possível da lei penal. Na realidade, diz Binding também no Compêndio, quando o juiz pronuncia uma sentença de condenação contra o delinquente, condena antes o Estado a executá-la. O Estado tem o direito, mas, também o dever incoercível de punir. A norma obrigatória que o réu transgredir não é a lei penal com sua sanção punitiva, mas o comando ou a proibição do direito positivo sem considerar as consequências jurídicas. Este comando ou esta proibição é a norma, que precede a lei penal, uma vez que esta não faz outra coisa que definir a violação da norma com a consequência da pena. Quando a lei positiva enuncia as proibições: tu não matarás, tu não roubarás, etc..., estabelece as normas que constituem o fundamento das nossas leis penais; o delito é a transgressão culpável da norma. A norma tem uma finalidade preventiva; o direito tende a que, em consequência da proibição, as ações proibidas cessem no futuro, e a que, em consequência do comando, as ações ordenadas no futuro sejam realizadas. A generalização dos conceitos de Binding, mais que uma abstração, é a procura de um fundamento para as leis penais positivas, onde é freqüente tratar-se da relação entre normas e leis penais comuns e leis penais especiais, assunto de particular importância para a Alemanha, onde, com as leis do império, coexistiram leis penais de Estados distintos. Binding estudou a distinção entre ilícito civil e ilícito penal, concluindo que não são diferentes ambas as espécies; antes, também segundo o di-

reito positivo, qualquer fato injusto admite punição, porém pode o Estado, por diversos motivos, não cominar penas contra toda espécie de ilícito. Tendo reconhecido que os estudos penais sobre culpabilidade estavam muito atrasados em comparação à literatura civilística, e não ultrapassavam a explicação do dolo, quis Binding estudar profundamente a culpa e o crime culposos. Tendo endereçado seu pensamento às questões fundamentais da observação jurídica, num trabalho de síntese que o reconduziu à construção sistemática da ciência penal, é inegável que mesmo nos trabalhos de análise superou quantos o haviam precedido. Problemas particulares do crime e da pena obtiveram novas luzes e nova vida, e a universalidade de seu pensamento equacionou grandes questões jurídico-filosóficas, como, por exemplo, na contribuição trazida à determinação do conceito de direito que se vê na obra de Del Vecchio.

Com vistas a determinar a ação legítima, Binding se propõe a examinar a questão de quais exigências impõe o direito aos cidadãos. Tal formulação do problema conduz diretamente aos mandamentos jurídicos sobre fazer e omitir que ele chamou de "normas", e que concebeu não apenas como hipóteses, e sim reconhece como princípios jurídicos independentes em relação às leis penais; assim, a norma se converteu na seção mais elevada de processo mental, e o mandamento jurídico, que fundamenta o direito, de obediência do Estado, como o dever de obediência dos súditos, é o pressuposto lógico da lei penal, e sua concreta transgressão a condição prática para a aplicabilidade da lei penal ao caso singular.

Tal condição está sempre presente nos casos em que Binding nega

que a norma seja o primeiro elemento da lei penal, por isso que pertence ao direito não positivo, e daí deriva a independência jurídica da própria norma. Uma vez que a ação jurídica se encontra em consonância com as normas, enquanto a ação antijurídica as contradiz, é mister antes de tudo estabelecer que exigências coloca a ordem jurídica ao agente. As teorias da legitimidade bem como da antijuridicidade da conduta se situam simetricamente, e dos contrastes possíveis à ação legítima derivam as formas possíveis de conduta antijurídica.

No primeiro volume das "Normas" pesquisa-se a essência e conteúdo do mandamento jurídico, sua relação formal com a lei penal, e o nexo entre delito e pena. Tais indagações se desenvolvem com o método essencialmente jurídico, segundo critérios positivos.

A obra não foi desde logo compreendida. Alguns nada lhe creditaram de inovador, supondo tratar-se apenas de uma nova designação para o *praeceptum legis*, não estimando convenientemente os efeitos da posição assumida pelo mandamento jurídico; outros ofereceram objeções à pretensa autonomia da norma, julgando que faltasse a demonstração de que o mandamento jurídico preexistente à lei penal tivesse uma vida autônoma, e assim pudesse subsistir mesmo com as mutações das leis penais, e que a norma, apesar da lei não formular expressamente o imperativo, não passasse da primeira parte das leis penais.

Os seguidores e os adversários da teoria das normas se dividiram especialmente a respeito da independência dos comandos e proibições, como

pressupostos da lei penal; enquanto uns buscavam situar no direito penal os numerosos imperativos legais, os outros negavam reconhecimento a mandamentos jurídicos não positivos. A mais notável crítica foi produzida por Wach (em *Gerichtssaal*, 1873, p. 432 ss.), o qual atribuía o ônus da demonstração à teoria das normas: "A existência autônoma da norma 'não positiva' fora da lei penal hipotética não é logicamente necessária e é impensável, se aquela é criada implicitamente através desta". Por outro lado, afirmava Wach que a interpretação fundamental de Binding não possuía substrato positivo, pois se a divisão da lei penal no *praeceptum* e na *sanctio penalis* era útil sob vários aspectos, não convinha inteiramente à revelação das normas particulares de especial valor científico situadas fora da lei hipotética, uma vez que a contrariedade à norma digna de punição, sempre e somente mediante a abstração poderia ser pesquisada e encontrada fora da premissa da lei penal.

No segundo volume das "Normas" Binding trata da conduta conforme o dever, ou seja, suficiente para as exigências da ordem jurídica, e da conduta antijurídica; em seguida trata também dos delitos dolosos, e particularmente da imputabilidade, e da oposição entre as duas espécies de culpabilidade, o dolo e a culpa. Como fundamento da imputabilidade, Binding coloca a liberdade de querer, axioma indemonstrável, que independe de qualquer lei de causalidade. Depois examina a questão dos pressupostos da culpabilidade declarando que a obrigação de conduta conforme a norma só prevalece para aquele que conhece a existência da própria norma. Culpabilidade é a vontade direta de atuar contra o direito. Deve ser

observado que mesmo com relação à culpa o não desejar atuar contra o direito não constitui culpabilidade. Quem pretenda operar no mundo exterior, deseja também todos os efeitos da ação empreendida, ainda que os não tenha previsto, nem tenha podido prevê-los: assim o dolo, como consciente vontade antijurídica, se distingue da culpa, que é a vontade antijurídica sem conhecimento de si mesma. Além disso, Binding se ocupa da doutrina das *actiones liberae in causa*, ou seja, daquelas ações delituosas praticadas pelo autor em condição de inimputabilidade transitória, na qual o próprio autor se colocou para o fim de cometer o crime; e ainda além disso, examina de que forma e até que ponto é possível, mediante omissão, praticar o delito.

Trasladando-se para o campo do dolo a teoria das normas, teremos a consequência de que, pela transgressão da norma, são imputáveis a título de dolo todas as violações que relacionem a ação desejada com a própria norma, ainda quando o agente não tenha querido transgredir o preceito assim extensamente. O erro sobre uma característica do crime exclui, consequentemente, a intenção antijurídica e faz cair a conduta no campo do crime culposos; quando os elementos da punibilidade não estão compreendidos no dolo, o erro sobre tais elementos é irrelevante quanto ao problema da intenção antijurídica. O dolo é examinado em muitos delitos com o fim de explicar praticamente a doutrina da intenção antijurídica, e particularmente para confirmar a expressão do princípio da identidade da intenção antijurídica em crimes e delitos. O segundo volume das "Normas" termina pela demonstração de que sem culpabilidade não pode haver nenhuma preten-

são punitiva da parte do Estado, e que todas as anomalias da prova da culpabilidade devem por princípio ser refutadas.

Quando em 1890 o editor lhe pediu para reeditar as "Normas", Binding apresentou uma segunda edição tão aperfeiçoada que em 1916, antes de publicar os outros volumes, podia escrever que as idéias expostas em 1890 correspondiam todas, depois de 26 anos, às suas últimas convicções científicas.

Nesta segunda edição Binding se propõe a realçar a essência da lei penal, como reguladora do princípio jurídico da origem, do conteúdo e da extinção dos deveres penais do Estado; propõe-se ainda demonstrar como a norma é um princípio jurídico independente do direito positivo; de examinar as críticas diretas até então contra a doutrina das normas; de desenvolver o direito penal subjetivo extraindo-o do direito subjetivo de obediência do Estado; e de encontrar um novo fundamento à oposição entre pena e indenização. Escreve Nagler: "A grande estrutura de pensamento aparece desde já modelada de forma segura e imponente. Tudo está pensado na sua unidade, e rigidamente conexo. Os velhos elementos, purificados dos desvios e acuradamente torneados, são complementados de modo feliz por novos e numerosos processos de raciocínio. Passo a passo se demonstra como o princípio fundamental era rico de endereços surpreendentes e frutuosas virtualidades".

Quando Binding se animou a concluir sua grande obra, reexaminou o conceito de culpabilidade, o qual, segundo o quanto havia escrito, se tor-

nara um dos conceitos jurídicos mais maltratados, pesquisando as causas disso na confusão criada pelo determinismo que esquecia o direito positivo e a ciência do direito. Com a nova edição do segundo volume (*Schuld und Vorsatz*), construiu definitivamente sua teoria sobre culpabilidade e intenção antijurídica, desenvolvendo-a em duas partes distintas. Com tal teoria, estabelece que o direito positivo tem presente a vida da alma, e concebe a alma humana somente como capacidade potencial de querer, e o ato da alma como ato de vontade; a vontade no sentido jurídico é independente do conceito psicológico, o qual se ocupa apenas da formação da vontade, e não da realização da vontade em si. Para o jurista, independentemente daquilo que se quer, a vontade vem assinalada como causa animada do resultado, daquilo que acontece por sua mediação, a respeito daquilo que se quer.

Sobre a teoria do erro, já tratada junto à intenção antijurídica, ocupou-se especialmente no terceiro volume das "Normas" (*Der Irrtum*). A teoria do erro é indissoluvelmente ligada à teoria da culpabilidade, enquanto se refere à consciência da antijuridicidade, onde o erro sobre a própria antijuridicidade exclui o dolo. Para a culpa este erro é essencial, e desde que escusável, falta a culpa e surge o *casus*. Já no Compêndio Binding tinha escrito que "em nenhum campo a prática está tão atrasada e produz, em consequência, juízos tão injustos quanto nesse", atribuindo a causa principal à doutrina e em particular à confusão entre normas e leis penais. No terceiro volume das "Normas" deixa claro o princípio jurídico desconhecido da jurisprudência e da doutrina, segundo o qual o erro sobre

a ilegalidade exclui a intenção antijurídica.

No quarto volume, Binding vê na culpa uma culpabilidade da vontade, enquanto a vontade errônea do autor se dirige à ação que é causa do fato, do qual deriva o resultado antijurídico. Antes dele ou se negava à culpa o caráter de culpabilidade, ou se indicava como não desejado o resultado antijurídico, ou se entendia como essencial para a culpa apenas o erro sobre a causalidade, ou se transformava o delito culposos num delito de perigo, ou num delito de intencional inadimplência dos deveres de diligência, de prudência. Para Binding, a intenção antijurídica e o *casus* estabelecem o limite de separação entre as ações culposas e os delitos de perigo, e as contravenções, e sobretudo a conduta perigosa é submetida a uma precisa investigação. A obra se conclui com os augúrios de que o juiz penal além do direito escrito conheça o não escrito, para poder seguramente dar seus próprios passos, e seja também um profundo conhecedor da vida e da alma, e especialmente de suas delicadas tarefas.

A publicação completa desta obra sobre as Normas teve grande repercussão na doutrina. Basta, entre todos, recordar o juízo de uma revista italiana (*Rivista di diritto e procedura penale*, 1920, I, p. 191-192), a mais distante da orientação de Binding. Assinalando a grande obra, glória da ciência jurídica, a direção da revista escreve que Binding se insere na tradição dos grandes juristas modernos alemães, dos juristas fundadores: "O seu nome pode estar bem junto aos de Savigny, de Ihering, de Windscheid, etc, e sua obra monumental marca um momento culminante na

evolução das doutrinas penais. Desejamos que esta nova edição se tornasse conhecida na Itália; a velha edição permanece quase ignorada, e ter-se dela valido foi privilégio de pouquíssimos cultores do direito penal, que dela aproveitaram bastante. O método adotado nesta obra não é exauriente, mas é um método, que para um certo objeto de nossa disciplina não morrerá nem diante das mais ardilosas penetrações positivistas. A arquitetura lógico-jurídica, da qual a obra é um exemplar talvez insuperável, terá pelo contrário tanto mais razão de ser quanto mais se distenda e aprofunde a matéria do direito penal: então, conferida a esta o papel mais modesto e subordinado que a espera, não será mais olhada com desconfiança, como coisa abstrata e insuficiente, e sim fator de disciplina intelectual. O interesse por ela suscitado é duplice: por um lado, temos a exposição perfeita das bem conhecidas teorias do Autor; por outro lado, toda a mais recente produção literária alemã sobre os aspectos versados são submetidos ao crivo de uma crítica que algumas vezes, e com certa constância, vibra como um látego, e a uma apreciação de valor que ilustra a evolução sintética dos conceitos jurídicos. Na batalha de idéias que ainda domina o campo de nossos estudos e da reforma penal, saudamos com reverente admiração a dramática reaparição do velho atleta, do vigoroso campeão, o qual, independentemente de filiar-se ao direito penal clássico, é suficientemente poderoso para impor-se a todos os penalistas, sem distinção de escolas".

A teoria das normas ocupou os espíritos e influiu sobre o movimento científico moderno, inclusive na Itália, onde foi largamente discutida e examinada, o que, segundo Massari,

se justifica "seja pelo nexó essencial, o que intercede entre a concepção binguiana e todos os problemas fundamentais do direito penal, seja pelo vastíssimo séquito que o pensamento do grande criminalista alemão teve na própria Alemanha, na Inglaterra, e também na França e na Itália". Muitas objeções foram eliminadas, como por exemplo a de que as normas sejam somente motivo da legislação ou formulações independentes da finalidade da ameaça penal, ou somente meios auxiliares na interpretação das leis penais, ou expressões da lei normal. Sejam as normas, segundo ensinamento de Binding, ou não sejam reconhecíveis como expressões jurídicas independentes, ao menos em parte pertencentes ao direito não escrito, é entretanto necessário admitir que muitas concepções que ele trouxe do fundamento da doutrina das normas tornaram-se comuns à nossa ciência, como aquelas sobre delitos de lesão e de perigo, sobre contravenções de polícia, sobre conceito de bem jurídico, sobre a teoria das leis penais em branco, etc.

As deduções que Binding daí soube extrair se revelaram tão importantes que mesmo os adversários de sua teoria foram constrangidos a admitir-lhe a utilidade: o haver ele tentado conceber o direito penal segundo o altíssimo princípio contido na doutrina das normas, para demonstrar os fundamentos de cada legislação penal, ordenando sistematicamente o direito positivo, permanecerá sempre como grande mérito seu.

A originalidade de suas concepções se demonstra também no estudo da parte especial do direito penal. Teinha-se em mente, por exemplo, sua concepção dos crimes de falsidade, aos quais tenta dar um fundamento inteiramente inédito, com a negativa

do conceito de *publica fides*, como a expressão menos clara e mais equivocada, e a iniciativa de construí-lo como delitos contra a prova, sendo o reconhecimento jurídico da matéria de prova a condição para a punição de tais crimes; essa concepção genial foi oportunamente realçada por Finzi, que disse de Binding ser um "colosso da ciência jurídica". Estudou o direito positivo do ponto de vista dogmático e preparando-o para a futura legislação, considerou o direito vigente como "ponto de passagem entre o passado e o futuro", e como meio para determinados fins práticos. Estudou o conteúdo dogmático do direito positivo, como método jurídico, e repudiou qualquer confusão da ciência jurídica com as outras áreas do saber, afirmando que os resultados das assim chamadas ciências auxiliares não podem ser aceitos sem maior exame como argumentos jurídicos. A independência do seu método jurídico fez da sua teoria penal uma pura teoria jurídica, contra a tendência de orientar o direito à filosofia, às ciências naturais, à sociologia, afirmando que o domínio das disciplinas ou de métodos estranhos conduz à confusão e à falsificação da doutrina jurídica. Sentia orgulho de sua ciência e confessava ser somente professor de direito penal, afirmando sua absoluta oposição ao radicalismo da escola positiva.

Ocupou-se Binding da luta das escolas penais em breves considerações em algumas notas, e especialmente no prefácio para a sétima edição do *Compêndio de Direito Penal*.

Não negava ele a necessidade da profilaxia do delito, muito embora estranha à tarefa do penalista, mas contestava a eficácia das assim chamadas medidas de segurança como

aquelas que são contrárias a uma obra de verdadeira justiça. Admitia que a repressão mediante a pena e a profilaxia através de medidas preventivas se chocam uma contra a outra mas logo se reúnem em pacífico trajeto comum. Representante de uma orientação estritamente jurídica, e adversário ferrenho da teoria antropológica e sociológica, desprezando os diletantes e os ecléticos, não escondeu sua estima por Ferri, a quem chamou "o integral".

Escreve Nagler: "O trabalho vital deste professor universal de direito penal é multifário; o seu esforço indomável de pesquisa (dele pode dizer-se *plurima innovare instituit*) conduz a numerosos questionamentos; a sua originalidade é assim incomparável, e criou em quantidade obras permanentes. Toda a sua contribuição profunda para a teoria da culpabilidade ou para o conhecimento dos delitos patrimoniais, de Estado ou de falsidade, será sempre conhecida como feliz estímulo para o domínio do saber jurídico. Sempre que ele pronunciou uma palavra, daí provieram frescas correntes espirituais; perenemen-

te ele devia lançar ao debate argumentos novos e significativos. Suas concepções, precursoras e fundamentalmente profundas como eram, encontraram apreço mesmo fora de seu campo profissional. Ele não parou de acentuar, frente à especialização que progredia, o caráter unitário do direito; e por isso os seus esquemas de raciocínio jurídico atingem também disciplinas diversas do direito penal".

Já observamos como Binding tinha prodigalizado sua profunda convicção, a agudeza de sua dialética, na defesa da ciência, até a aspereza e o sarcasmo. Ele retificou erros reconhecendo-os sem reticências ou falso amor próprio, e não faltam exemplos disso no *Compêndio*. Observa Baumgarten que quem escrever a história do direito penal no nosso tempo deverá indicar Karl Binding como uma figura dominante: quase toda página de Binding é testemunha de seu grande saber, de sua virtude de profunda meditação; a *ars boni et aequi* pode registrar poucos triunfos semelhantes.

O TRABALHO DA FUNABEM COM MENORES INFRATORES NUMA VISÃO CRÍTICO-CRIMINOLÓGICA

Augusto F.G. Thompson

ROTEIRO

Introdução

- 1 — Contribuição da Criminologia
- 2 — Objetivos contraditórios propostos à Fundação
- 3 — Taxinomia vacilante
- 4 — Ambiguidade no tratamento
- 5 — Objetivo: alta ou cura?
- 6 — Conclusões e sugestões finais

INTRODUÇÃO

Para que se não tenha equivocada impressão a respeito das observações a seguir expostas, cumpre advertir, de logo, visarem elas a apontar, exclusivamente, os pontos de estranhamento, os defeitos, as inconsistências do tratamento proporcionado pela FUNABEM aos menores infratores internados em estabelecimentos situados no Rio de Janeiro. Essa a perspectiva pela qual foi o trabalho encomendado. Por isso mesmo, excepto quanto ao debuxo esboçado nesta Introdução e dentro das raias do indispensável para maior clareza do panorama descortinado, omitem-se elogios, ainda que merecidos, bem co-

mo referências aos acertos da Instituição, por mais abundantes que se apresentem.

Por consequência, a leitura do trabalho por pessoa desavisada a respeito do mencionado posicionamento pode gerar a impressão de que tudo vai mal no setor — coisa não condizente, em absoluto, com a realidade por nós detectada.

Pelo contrário, representa o procedimento atualmente dispensado pela FUNABEM extraordinário avanço com respeito àquele prestado pelo antigo Serviço de Assistência aos Menores (SAM), e que tivemos oportunidade de conhecer de perto. O da Fundação não tem, mesmo, nada a ver com o do órgão extinto. Ocupam planos de alturas discrepantes; pertencem a mundos diversos.

Difícil não é imaginar o gigantesco esforço, o enorme sacrifício, a dedicação, a paciência, a pertinácia inquebrantável, que foram necessários para realizar a metamorfose — a qual se afigura, convém insistir, admirável.

Se diverge para melhor no tempo, o estágio que atravessa se distancia, também, no espaço administrativo, a revelar ampla superioridade com respeito à outra organização que atua na área dos denominados "portadores de conduta desviante": o sistema penitenciário (profundamente experienciado por nós). Enquanto este permanece gravitando em torno ao seu próprio fracasso, sempre oscilante nas diretrizes reitoras, a observar orientações contraditórias, que se sucedem a curtos intervalos, e que saltam da repressão brutal ao mais cândido e nefasto paternalismo, os recursos em minguinte, o tratamento do menor infrator oferece aspecto bastante menos desolador. Sem dúvida, o dado de maior relevo apto a estabelecer o discrimine entre os níveis de eficiência dos dois sistemas reside na continuidade que tem marcado a gerência da FUNABEM; no setor penitenciário, a polícia de ação está representada por linha de estonteante intercadência. Ao ser criada a Fundação, seu idealizador, Mário Altenfelder, em dezembro de 1964, traçava-lhe as linhas mestras com lúcida sabedoria:

"Há tantos ingênuos que pensam resolver o problema construindo abrigos. Essa solução simplista - que contribui para a desagregação da família. A criança nasce para viver com seus pais e irmãos. Neste País interna-se grosseiramente... Nós estamos 50 anos atrasados ao recomendar a internação por motivo de pobreza. Problema do menor é problema da família. Sem se cuidar da manutenção e do amparo da família não se poderá estancar a fonte de miséria que abas-

tece os internatos e reformatórios, que são deformatórios. Segregar não é educar. Menores abandonados ou infratores também necessitam de família, da sociedade e de amor. A difícil tarefa de educá-los não pode ser confiada a incapazes. Se é caro esse trabalho, a Sociedade vai receber frutos com lucros. Já é tempo de organizar a assistência, promovendo o homem e a sua família. Não se faça por alguém o que esse alguém pode fazer por si mesmo. Se for preciso, ajuda, que seja dada, mas durante o tempo apenas indispensável ao reajustamento. Fica para trás o pernicioso hábito de colocar ineptos, protegidos, cabos-eleitorais nos delicados serviços de amparo e reeducação de menores".

Em linguagem coloquial, facilmente inteligível por qualquer pessoa, aí estão registrados os pontos-chaves da rota traçada para a Instituição:

reservar a internação para os casos extremos;
recusar sentido assistencialista ao trabalho a desenvolver;
operar com pessoal tecnicamente habilitado;
impedir a influência perturbadora da politiquice.

Tal programa, que se apresenta hígido e congruo ainda hoje, tem bussolado a atividade do órgão. E, parece-nos, desmerece alterações.

Dos livros recentes, em que se arrolam as críticas estatuidas relati-

vamente aos países que implementaram orientação semelhante, logrando levá-la a fases muito adiantadas, sobretudo no que concerne à desprisonização, ainda em face das opiniões mais rigorosas (V. Andrew T. Scull, *Decarceration*, Prentice Hall Inc., New Jersey, 1977), se deduz que deve ser mantido o mesmo rumo, embora descabendo dele esperar resultados milagrosos ou acreditar seja consequência da pura bondade dos homens. Quer dizer: se as experiências amadurecidas aconselham temperança de otimismo para os que propugnam a redução drástica do confinamento dos criminosos e infratores, atestam, em contrapartida, ser menos nociva e cruel tal prática do que a do uso abundante das instituições fechadas.

Os estabelecimentos da Funabem para menores infratores oferecem boas (Instituto Padre Severino) ou ótimas (Escola João Luiz Alves e Centro de Reeducação Masculino) condições materiais de instalação; todas as três, pessoal de bom nível, ampla oportunidade de escolarização e profissionalização, bastante conforto (mobiliário, alimentação, roupas etc), regime liberal, tratamento digno e humano, atmosfera razoavelmente leve e descontraída.

Não obstante tais elementos básicos, o índice de emenda dos jovens submetidos aos procedimentos da Fundação apresenta-se muito baixo, como se constata pelo avultado número de reinternações.

Porque? O que falta? Onde está o erro?

Responder a essas indagações, tentativamente, - o escopo do presente trabalho.

1 — CONTRIBUIÇÃO DA CRIMINOLOGIA

Apesar de se estruturar toda a ação da FUNABEM sobre equipes interdisciplinares (tanto a nível macro como micro), formadas por profissionais de variados setores, surpreende-se um vazio nelas no que respeita ao criminólogo. Ora, pelo menos enquanto cuida dos menores infratores, forçosamente deveriam contar com o respaldo de pessoal daquela especialidade, posto que na sua área ocupa o problema dos menores de conduta penalmente proibida lugar de especial destaque, sendo-lhe consagrado vasto material bibliográfico, a registrar o resultado de inúmeras investigações e experiências realizadas no mundo inteiro sobre o tema.

Parece-me contudo que, nesse terreno, melhor seria se a Fundação, ao invés de assalariar pessoas para integrarem de forma permanente seus quadros de pessoal, se dispusesse a contratar uma entidade dedicada à ciência em causa.

É que esta, para atingir bom nível de desenvolvimento, demanda atividades diversificadas, ora de caráter analítico, ora de caráter sintético. Impõe-se realizar pesquisas, com investigação de campo, usadas as técnicas pertinentes; empregar em larga escala a estatística; formular questionários, colher entrevistas; proceder às projeções dos números apurados através do método aleatório; interpretar os elementos coletados nas pesquisas por amostragem; usar o computador, etc. Por outro lado, incumbe-lhe designar as áreas a serem investigadas; indicar os objetos a serem submetidos à investigação; extrair as conclusões finais dos resultados das pesquisas etc. Ou seja: ne-

cessita apreender a realidade fática, em toda a sua crueza, para, em seguida submeter o resultado a um trabalho de superação, de forma a gerar os referenciais teóricos correspectivos. Estes, por seu turno, vão orientar a confecção de novas pesquisas, cujos resultados realimentarão, por sua vez, os princípios teóricos. Força é empregar um método marcadamente dialético, em que se caminha do concreto para o abstrato e deste para o concreto, incessantemente, num vai-e-vem contínuo, em que uma das fases serve de *feed back* para a outra. Vale lembrar, a propósito, a advertência de Henri Lefebvre acerca dos perigos decorrentes para o pensamento científico da adoção de uma concepção por demais estreita da síntese ou por exageradamente ampla da análise:

"A síntese não pode se limitar a um quadro sinóptico ou mnemotécnico dos resultados da análise. Não apenas a síntese mantém em cada momento contato com o todo (com o conteúdo, com o desconhecido momentaneamente negligenciado pela análise), mas também — precisamente por causa disso — guia a análise, evita que essa se perca, que acredite esgotar o real e que se atenha, ao isolá-los, aos elementos últimos. O pensamento "sintético" conserva-se no coração mesmo da análise, para orientá-lo, para preparar os caminhos da análise, para conservá-la em movimento, na ligação dos elementos diferentes ou opostos". (Lógica Formal/Lógica Dialética, trad. de Carlos Nelson Coutinho, Ed. Civilização, 1975, pag. 120).

Para montar, pois, uma equipe capaz de realizar em toda sua integralidade os mistérios de que depende uma Criminologia dinâmica e eficiente far-se-ia preciso contratar um número talvez avultado de pessoas, as quais, porém, em regime de trabalho permanente, provavelmente iriam apresentar capacidade ociosa. Com uma quantidade reduzida de especialistas, por outro lado, dificilmente obter-se-ia um trabalho de bom nível científico.

Cremos, pelo que se disse, ser a contratação de uma instituição dedicada ao setor mais econômico e, ao mesmo tempo, mais eficaz.

Vale lembrar, na oportunidade, o Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, como exemplo de entidade capaz de cumprir um programa da natureza de que se cuida. Contando com profissionais dos mais renomados do país, desde juristas do quilate de um Heleno Fragoso a sociólogos especializados em pesquisas na área criminal como uma Yolanda Catão, agasalha uma equipe homogênea, a essa altura com *know-how* excepcional, em termos brasileiros, na área.

A primeira missão a ser confiada à equipe criminológica diria respeito ao levantamento exato do grau de recidiva concernente aos meninos que se submeteram a internação nos estabelecimentos da FUNABEM. Isso não pode ser medido, apenas, em face do número de reinternações (única estatística que a Instituição possui, no momento). Tem de ir muito além, se não quisermos ficar na falsidade das informações colhidas somente dentro da ordem formal. Faz-se mister levantar, com precisão, em que proporções os ex-clientes da Funabem engrossam os efetivos do sis-

tem prisional (penitenciárias, presídios, cadeias públicas, xadrezes policiais). Impõe-se conhecer o número de egressos que estão com mandado de prisão não cumprido; quantos respondem a processos; em que medida têm sido presos para averiguações; a quantidade dos que vivem na marginalidade (embora, por isso ou por aquilo, não tenham sido colhidos pela rede oficial da repressão; um sub-item interessante aqui, consistiria em apurar quantos vivem do crime organizado ou participam da delinquência de-colarinho-e-gravata, gozando da imunidade que protege tais setores).

Somente possuindo não apenas tais dados mas, também, as conclusões deles inferíveis (tanto pela inteligência como pela razão) dispor-se-ia de elementos propiciadores de um diagnóstico confiável, no que tange ao grau de eficiência do trabalho desenvolvido sobre os infratores, em termos de emenda.

Isso, a rigor, seria ainda insuficiente, pelo menos do nosso ponto de vista: o que importa avaliar, parece-nos, é o grau de conscientização experimentado pelo menor após seu desligamento da Instituição, quer tenha passado a se conduzir de acordo com as leis criminais quer persista em violá-las, devendo ser considerado ótimo o desempenho da Instituição, no que atende ao procedimento para com o menor, se ele, embora reincidindo na prática de fatos puníveis, o faz com perfeita compreensão de suas ações, *responsavelmente* (os defensores da idéia do crime como algo em si devem estar, ao ler isso, de cabelos em pé); no mesmo passo em que o ex-interno que nunca mais praticou qualquer delito, porque condicionado a isso pelo despojamento

de toda a agressividade, pela obturação da capacidade crítica com relação às estruturas sociais em que está imerso, pela sua transformação num robô, submisso a todos os comandos, deve ser entendido como um rotundo fracasso, (matou-se o humano do homem, em lugar de se recuperá-lo; a compreensão disso está bastante divulgada, graças ao cinema, com os filmes "Um Estranho no Ninho" e "Laranja Mecânica").

Considerando haver a FUNABEM saneado suas atividades de antigas mazelas e erros, como o nível rudimentar de atuação, a desonestidade, a incompetência, os chás de caridade, as campanhas demagógicas, de cunho meramente assistencial — faz jús a um novo impulso, capaz de elevá-la aos mais altos níveis técnico-científicos, ao padrão dos países adiantados.

Se, é óbvio, não sofrer de repente um salto para trás, vindo a se transformar numa grande Casa do Pequeno Jornaleiro.

2 — OBJETIVOS CONTRADITÓRIOS PROPOSTOS A FUNDAÇÃO

Em geral, as questões referentes aos problemas criminais padecem de uma dificuldade inicial que torna inviável caminhar no rumo de conclusões logicamente aceitáveis: misturam-se dados fáticos (com frequência deficientes ou errados), normas jurídicas, princípios sociológicos, elementos médicos e psicológicos, critérios científicos, técnicos e emocionais, sistemas e regras morais, postulados filosóficos, religiosos e políticos, num incrível coquetel, dando-se lugar a um ambiente tão conturbado e nebuloso que se torna impossível descobrir onde está a verdade — ou, o que é pior, onde é que ela não está.

Se, *verbi gratia*, procuramos clarificar os mais singelos pontos referentes ao problema do menor infrator, vamos colher as mais dispare opiniões, todas com grande aparência de verdadeiras, mas que se chocam e se contradizem de forma gritante e mostram, em face de um exame que não precisa ser muito profundo, inconsistências flagrantes.

As perguntas mais simples acerca de questões que teriam de estar resolvidas, porque básicas quanto ao problema, receberemos respostas no sentido de serem qualificadas como bobagens, por isso imerecedoras da atenção dos especialistas — e, rapidamente, se passa para as grandes idéias gerais, de sabor metafísico, com que gostam de se pavonear os teóricos das abstrações vazias.

Como conceituar o trabalho que a FUNABEM deve desenvolver para com o menor.

Quais os objetivos visados?

Que métodos devem ser empregados?

Com uma rápida algaravia, pejada de idéias apriorísticas, desembaraçam-se os doutos de tais indagações, partindo, imediatamente, antes que o consulente se aperceba da manobra, para digressões que podem variar dos cromossomos de uma genética simplista às idéias de um Platão literário e não digerido.

Sem estar razoavelmente esclarecido a respeito do conceito, objetivos e métodos relativos ao trabalho que lhe incumbe desenvolver, não admira se apodere a perplexidade, muitas ve-

zes seguida do desânimo ou do desespero, do pessoal encarregado de lidar com os menores infratores.

Para reforçar a perturbação, alia-se àqueles elementos já apontados a ambivalência com que o público encara o assunto. A nível formal, são propostas determinadas tarefas; contudo, por baixo delas, informalmente, disfarçadamente, colocam-se outras circunstâncias, conflitantes com as primeiras, e cujo descumprimento importará na aplicação inevitável de graves sanções. Diz-se oficialmente à Entidade: o menor lhe está sendo entregue para ser beneficiado, jamais punido e, para o fim de atingir tal desiderato, autoriza-se: a retirada dos obstáculos impeditivos da fuga e o afrouxamento da vigilância, a instituição de um clima liberal e ameno, interferindo a equipe custodiadora minimamente no modo de viver dos internados, a supressão de rotinas massificantes, o incentivo ao espírito de iniciativa, de auto-confiança, à capacidade de escolha e decisão, à auto-estima e auto-imagem dos menores. Na intimidade, porém, sussurra-se ao órgão, em nome de uma larga faixa da sociedade: o infrator lhe é entregue para ser castigado, de sorte a purificar o povo de seus pecados; para ser segregado de maneira absoluta, empregados todos os recursos adequados a coartar as evasões, pois só existe segurança para o meio social se ficar livre de qualquer contato com o infrator; para ser submetido a rigorosa, estreita e constante disciplina, consubstanciada em minuciosos regramentos e escrutínio devassador, uma vez que de outro modo não aprenderá a ser obediente. Para completar, dá-se ciência à Instituição: o descumprimento de qualquer dos itens importará na aplicação de sanções graves, formais (advertência,

suspensão, demissão) ou informais (desmoralização, exoneração, escárnio público, grita dos órgãos de comunicação social).

Não é de admirar, frente a tal conjuntura, que os estabelecimentos observem uma atividade marcadamente ambígua — quando não assumem, o que é pior, uma postura burocratizada, ora cínica, ora hipócrita — haja vista ser impossível operacionalizar a incoerência.

Também não pode causar estranheza o fato da comunidade apresentar a ambivalência anotada em alto grau, pois a única maneira de minimizá-la (extirpá-la é impossível: resulta das contradições das próprias estruturas sociais) seria dar-lhe ciência dos objetivos e dos métodos adotados para com os infratores, de maneira clara, definida, congruente, de forma que pudessem ser compreendidos e assimilados por parcelas mais numerosas da população. Isso, porém, não é feito: porque na verdade não há clareza, definição e consequência dentro da própria Instituição.

Esta, em razão de tais incuriabilidades, em vez de contar com um pessoal unísono, no sentido de operá-la homogeneamente, em perseguição aos mesmos alvos, vê surgir-lhe no interior uma profunda rachadura: de um lado, os técnicos (assistentes sociais, psicólogos, médicos) consideram-se responsáveis exclusivamente pela tarefa de melhorar o menor; de outro lado, o pessoal da segurança e disciplina (monitores, inspetores) julga seu dever cuidar tão apenas de impedir fugas e manter inflexível ordem no estabelecimento. Ao se frustrarem ambas as partes — o número de reinternações traduz o fracasso da atividade dos técnicos; o número

de evasões e de atos indisciplinados retrata o malogro da labuta da monitoria, — cada uma põe a culpa na outra, o que alimenta a hostilidade entre elas, que será mantida a nível suportável, sem explodir, se o Diretor da casa souber manipular inteligentemente o poder de que dispõe.

Diante de tal panorama, lugar comum no mundo inteiro, costuma-se propor, como fórmula idônea para superar a contradição, a redefinição do papel da segurança. Além de parecer inalcançável a proposta, por força das razões já expendidas, milita contra a idéia a circunstância de não haver qualquer indício de que assim se resolveria o problema, pois os técnicos nem sabem como conseguiriam, sem o concurso da segurança, conter nos estabelecimentos sua clientela nem admitem como viável garantir que, em liberdade, se conformaria em não atacar os cidadãos de bem.

Não seria de cogitar, então, em redefinir o papel dos técnicos?

3 — TAXINOMIA VACILANTE

Considera-se como dado fundamental, no sentido de se realizar a metamorfose do infrator em não infrator, que o indivíduo constate sua culpa pelo ato praticado, introjete o caráter negativo da ação, compreenda-lhe os malefícios, se conscientize de ter obrado daquela maneira errada em razão da própria vontade, e que poderia, se quisesse, ter agido de forma diversa:

“Alguém só pode se emendar se reconhecer a sua culpabilidade. Daí porque o condenado não se emenderá, mas rejeitará qualquer idéia de

emenda, enquanto se sentir "vítima da sociedade", "vítima de sua própria família", "vítima de uma injustiça", (Armida Bergamini Miotto, Curso de Direito Penitenciário, Ed. Saraiva, 1975, pg. 522).

Que ocorre quanto aos infratores?

Entre as várias dificuldades inerentes ao processo de transmissão, de uma pessoa para outra, de dada taxinomia, encontram-se dois obstáculos maiores, os quais, se presentes, tornam extremamente difícil o sucesso da empreitada: ausência de confiança do aprendiz com relação ao instrutor; falta de aderência deste às regras que se propõe incutir.

Ambos os escolhos estorvam o desempenho dos estabelecimentos que internam menores.

A natural suspeição despertada pelos adultos nos jovens, sobretudo no concernente à axiologia de nor-

mas comportamentais, acresce, no caso, a circunstância de que o pessoal com quem o internado lida ostenta a posição hostil de custodiador, que o força a permanecer em lugar não desejado e fazer coisas que não quer. Além disso, os técnicos, visualiza-os como gente integrante de outra categoria social e cujas perspectivas nada têm a ver com a dele; quanto aos monitores, enxerga-os como indivíduos fracassados, passivos e conformados em face das condições existenciais que lhes foram impostas, com maneira de viver que lhe parece desprezível ou, pelo menos, inatrativa.

De outra parte, o pessoal da Instituição, em grande número, nos vários escalões hierárquicos, intoxicado pela ideologia dominante numa sociedade de consumo, embora externalizando-se em sentido oposto, internamente desencontra fundamentos racionais para reprovar a conduta dos infratores. Como facilmente se advinha, por mais que procure esconder o fato, é ele detectado pelos menores, os quais, como resultado, reforçam o convencimento de não serem, na realidade, culpados de coisa alguma, e concluem: se os custodiadores não agem da mesma maneira ilegal que eles é ou porque pertencem a uma classe social que não precisa disputar a vida ou porque lhes faltam qualidades para tanto.

Dos contatos mantidos com os funcionários extraímos a nítida impressão de que não dispõem de um mínimo estoque de razões convincentes capazes de justificar, de maneira firme, a condenação do comportamento causador da internação dos infratores, manifestando por estes, até, consciente ou inconscientemente, um certo sentimento de admiração. Ao admitir que o garoto da favela, de família irregular, esfarrapado e desnutrido, jamais poderá satisfazer inteiramente suas necessidades básicas e, muito menos, gozar as amenidades do mundo, se seguir a congosta do trabalhador de salário mínimo; mas que, pela estrada da atividade criminosa, ainda que transitoriamente, poderá ter acesso a tais coisas, o servidor, não logrando ocultar seu pensamento ao infrator, vai-lhe reforçar o sentimento de haver agido bem e, logo, limita quase a zero a possibilidade de vir a alterar o estilo de conduta. É frequente entre os funcionários (claro, nunca na frente dos menores) surgirem observações no

sentido de que o rapaz, ao furtar ou roubar, está recorrendo ao único expediente apto a lhe permitir uma efetiva melhoria no nível de vida:

— Como é que a gente vai convencer um garoto desses a trabalhar honestamente, para receber uma miséria, se ele tem competência para, em meia hora, num lance, realizar um "ganho" superior ao valor de um ano de trabalho remunerado a salário mínimo?

Junto aos menores, evidentemente, empertiga-se e lhes reprova a conduta — mas nem usa argumentos logicamente persuasivos (não os tem!) nem consegue esconder sua verdadeira opinião, por mais que imagine o contrário (o ser humano capta com muita facilidade o que o semelhante está pensando e sentindo no íntimo, mesmo que este esteja dizendo, exatamente o inverso do que lhe vai na alma).

A demonstração mais efetiva que obtivemos, quanto à desaderência dos custodiadores à tábua de valores que, por dever de ofício, buscam impingir nos custodiados, resultou das questões que lhes pusemos acerca das características que diferenciariam os menores carentes dos menores infratores. Armávamos a pergunta mais ou menos nos termos seguintes, imprimindo à voz um tom de indiferença, de quem considera o ponto pobre de interesse:

— Os carentes e os infratores procedem do mesmo meio. Ambos são internados em estabelecimentos bastante parecidos e em condições de tratamento semelhantes. Os

primeiros não fogem, são disciplinados e o grande problema da Fundação é convencê-los a deixá-la, quando se tornam maiores, porque desejam ali permanecer. Os últimos apresentam alto índice de evasões, apesar das barreiras que são opostas às fugas, tais como muros, controle das portarias etc; criam problemas para os inspetores e entre si, conturbando a ordem com frequência; são dominados pela idéia permanente de obterem o desligamento da Instituição, coisa a que anelam acima de tudo. Qual a razão da diferença?

As respostas, ainda tal não sendo a intenção dos informantes, traziam sempre uma conotação positiva para o infrator e uma negativa para o carente, se sopesadas de um ponto de vista descompromissado ou neutro. "Porque o infrator sabe ganhar a própria vida", "porque tem iniciativa", "porque tem coragem", "porque é inconformado" (a expressão mais comum, nesse caso, era "rebelde"), "porque não se contenta com pouco" e assim por diante. Pouco importa, aqui saber se, realmente, procedem tais explicações (a matéria, aliás, deveria servir de objeto a uma cuidadosa pesquisa). O fato é serem elas as admitidas como válidas pelo pessoal que lida com os menores e, sem dúvida, comprovam a existência de um sentimento de quase admiração para com os infratores e de menosprezo pelos carentes, os quais são vistos como pessoas fracas, dependentes, timoratas, conformadas.

Como se conclui do exposto, antolha-se necessário, a fim de que pu-

desse ser modificada a incongruência da situação descrita, trabalhar os servidores, no sentido de convencê-los de possuir o infrator, realmente, menos valia que o não infrator, para que pudessem, os funcionários, à sua vez, de maneira convincente, trabalhar os menores a seus cuidados.

4 — AMBIGUIDADE NO TRATAMENTO

Outro ponto a aumentar o estado de perplexidade dos funcionários diz respeito às marcadas diferenças existentes entre as condições de vida propiciadas aos infratores no internado e aquelas que encontram na vida livre.

No internado, aturam-se a indisciplina, as jactâncias, os desacatos, as condutas inconvenientes, até limites extremos, só devendo ser adotadas medidas repressivas quando as atitudes do menor se tornarem insuportáveis; as sanções a aplicar hão de ser sempre as mínimas, sendo absolutamente vedado impor punições físicas; alterna o menor trabalho, escola e lazer, sendo que o trabalho restringe-se, exclusivamente, ao aprendizado e o lazer compreende desde banhos de piscina (os três estabelecimentos a possuem), futebol, vôlei, basquete, até a pintura, a música, a televisão, o cinema, a vitrola, livros, jogos (está muito em moda o gamão) e por aí afora. Em liberdade, quer em casa quer na rua, recebe frequentes castigos, até mesmo quando não tiver dado motivo para eles; será tratado com intolerância e incompreensão; receberá, com frequência, bofetões e pontapés ou agressões piores (surras de correia, pauladas, etc); enfrentará um trabalho duro ou aborrecido e num ritmo tal que lhe não deixará

tempo para estudar ou para se dedicar ao lazer, a não ser no domingo, mesmo assim com amenidades jamais comparáveis, em qualidades objetivas, às proporcionadas pela FUNABEM.

Não se estaria, com isso, criando expectativas e aspirações no menor incompatíveis com as possibilidades deixadas à classe social de que faz parte? Ao invés de prepará-lo para aceitar o modo de vida corrente entre os de seu meio, não se o está tornando desaptado a ele? Ao receber tudo de graça no internado, não sai despreparado para enfrentar as exigências de sua real situação, já que ignora o quanto custa comer, morar, vestir-se? Aceitará as vicissitudes inerentes ao sistema de vida das classes pobres, tal como vestir macacão, carregar marmita, esperar na fila das repartições e dos hospitais? (Questões tiradas de um estudo da Diretoria de Estudos e Normas Técnicas da FUNABEM).

De outra parte, o que adianta ter melhorado o cliente enquanto esteve internado se, ao ser posto em liberdade, vai voltar para o mesmo meio de onde veio, e ali encontrará as mesmas solicitações que o levaram a infringir as normas legais? Supondo que tenha corrigido seu desvio de conduta, essa correção é de molde e resistir à convivência no meio de uma família de comportamento acentuatamente desviante?

A resposta teórica a essas duas ordens de angustiadas indagações não satisfazem a quem lida com o problema concretamente. Que adianta afirmar:

“As unidades de reeducação têm por finalidade desenvolver um processo específico.

Sua sistemática de ação procura atingir todas as dimensões da estrutura do “eu” e tenta reorganizar o comportamento. Em síntese, a ação reeducativa visa à reestruturação do sistema de relações de interdependência do menor com o outro; uma tomada de consciência de si, de suas emoções, sentimentos, reações e atitudes; o estabelecimento de um novo quadro de valores e referências sobre o qual estruturar a personalidade”. (Jessé Torres, trabalho inédito).

Se não se indica, de forma objetivamente definida, o modo de atingir tal resultado?

Ou:

“Isto significa que o processo de reeducação inclui a família, tanto quanto o meio para o qual o menor poderá ter de retornar ao ser desligado”. (Id. ib.)

Se inexistir qualquer viabilidade real de estender a atividade reeducativa até tais paragens?

Colocar um rapaz em ambiente inteiramente diferente daquele em que vivia para, depois, remetê-lo de volta para a origem, que perdura inalterada, não é antes um procedimento desaptador?

Tal paralogismo está reconhecido, com a elegância de sempre, por Jessé Torres, dessa forma:

“Especialmente à vista da realidade brasileira, esse inconveniente assume dimensões por vezes dramáticas. Não é difícil de compreender as perplexidades geradas, pe-

rante a clientela, pelos descompassos existentes entre os recursos de que ela dispõe em seu meio de carência, e aqueles que lhe são assegurados no ambiente terapêutico da Instituição. Aqui, as condições de segurança das instalações, os equipamentos de recreação e lazer, a alimentação certa e saudável, a roupa limpa e sempre trocada, a assistência médico-odontológica permanente, o aparato dos serviços de apoio, o atendimento do psicólogo, dos professores, dos assistentes sociais — tudo discrepa da rotina de inseguranças, incertezas, desassistenciais e agressões que caracteriza o ambiente de onde procede o menor e com o qual, cedo ou tarde, terá de voltar a conviver, se não em termos definitivos, ao menos durante o tempo necessário à conquista de melhores condições de vida, conquista de si mesmo duvidosa”. (id., ib.).

Seria viável, então, atalhar tal incoerência através da repetição, dentro do estabelecimento, das condições peculiares ao meio de onde veio o menor?

O absurdo é evidente:

“Tal ambiguidade é inerente à institucionalização porque, de um lado, não faz sentido a Instituição acolher o menor da rua para dar-lhe o mesmo tratamento que lhe dava a rua; e, de outro, porque é necessário que o menor encontre na Instituição ambiente que se demonstre propício para vivenciar va-

lores e padrões de comportamento diversos daqueles que bem conhece e que correspondem à insegurança, incerteza, desassistência e agressão" (Jessé Torres, id., ib.).

É superável a contradição?

5 — OBJETIVO: ALTA OU CURA?

Em tese, o menor é desligado da Fundação quando se considera haver sofrido uma metamorfose que o transformou de infrator em não infrator ou de portador de conduta desviante em portador de conduta normal.

Desligar-se é o grande desejo do menor; desligá-lo é também não só desejo da Instituição (seria prova de sua eficiência) como uma necessidade premente: a demanda de internações, por parte do Juizado de Menores, e a ausência de grande número de vagas, obriga-a a agilizar a rotatividade da clientela.

Como as partes envolvidas buscam o desligamento, tendem a admitir como bons os critérios empregados para autorizá-lo, sem maiores discussões, desde que permitam bom volume de saídas. Não obstante, tais critérios dificilmente resistem a uma análise crítica. Com efeito, considera-se, para diagnosticar a existência das condições proporcionadas do desligamento, tão somente o comportamento do menor dentro da Instituição. Como sabemos, já, que a vida no interior da unidade é desenganhadamente diferente, em muitos pontos oposta, à vida no mundo externo, para onde se destina o menor, fica difícil conceber em que a conclusão tirada com base na conduta do menino institucionalizado pode servir de

cravaria para predizer-lhe o comportamento no ambiente de origem.

A respeito, creio que as considerações a seguir transcritas aplicam-se perfeitamente ao assunto, em exame, embora tenham sido redigidas tomando por base o tratamento penitenciário:

"Há porém, um recurso capaz de aliviar o sentimento de fracasso, que decorreria da constatação franca da impossibilidade das várias metas propostas ao trabalho prisional. Consiste na redefinição do objetivo readaptação, que é transmutado de readaptação do interno à vida em sociedade para adaptação do interno à vida carcerária.

Ou seja:

Se o preso demonstra um comportamento adequado aos padrões da prisão, automaticamente merece ser considerado como readaptado à vida livre.

A maioria das pessoas, parece, ou não percebe essa mudança radical de conceitos ou não se dá conta de serem eles, flagrantemente, antinômicos.

É difícil encontrar outra justificativa para a admissão pacífica de tão formidável paralogismo: julgar que o criminoso, por submissão às regras intra-muros, comportar-se-á como não-criminoso, no mundo livre.

Com a devida venia, insisto, nada me parece mais incongruente.

Primeiro, porque ajustar alguém a controles institucionais fornece mínima segurança de que tal ajustamento permanecerá existindo, depois que os controles forem removidos (cf. Vernon Fox, *Prison Disciplinary Problems, in The Sociology of Punishment & Correction*, organizado por Johnston, Savitz e Wolfgang, 2a. ed., pg. 394). Segundo, porque o mundo da prisão é completamente diferente, em muitos pontos antagônico, daquele existente extramuros..." (Augusto F. G. Thompson, *A Questão Penitenciária*, Ed. Vozes, 1976, pgs. 42/43).

Adicionado a todos os outros pontos causadores de confusão, surge novo problema a desacreditar a Instituição quanto à tarefa a desenvolver: é viável realizar um trabalho de preparação para um retorno suave do jovem à sociedade, considerando que tal labor está circunscrito ao tempo-espaço institucional?

Inexiste qualquer procedimento específico, claramente definido, capaz de corrigir o menor quanto a seu comportamento desviante; não se operacionaliza o trabalho da introjeção da culpa; perdura imodificado o ambiente sócio-familiar a que se destina o menor; a ocasião do desligamento é aferida em função da conduta dentro da Instituição.

Como é possível extrair a conclusão de que o trabalho do órgão foi ca-

paz de alterar o desvio de conduta do menor, conhecendo-se a ausência absoluta de qualquer atividade destinada precipuamente a obter tal desiderato?

Pela atribuição à convivência, em um ambiente institucional, de efeitos imanentes e substitutivos de um tratamento? Por se atribuir à convivência um valor mágico mais que científico, reconhecendo-se-lhe a propriedade de alterar comportamentos anti-sociais e de fornecer hábitos e atitudes necessários à reintegração na sociedade (cf. trabalho da DEN-TEC já referido)?

De inconsistência em inconsistência, vão as diretrizes teóricas sendo distorcidas, chegando-se, sem sentir, a um quadro que é a própria negação da postura proposta: o menor passa a ser objeto de atendimento, em lugar de sujeito de processo de modificação; à falta de referenciais teóricos, usam-se rotinas no lugar de uma metodologia; visa-se a obter desligamentos em vez de mudanças (em linguagem psiquiátrica, altas em vez de curas); o grau de eficiência dos estabelecimentos passa a ser medido de acordo com sua aptidão para conduzir o sistema de forma calma, ordeira e pacífica, pouco importando se isso está sendo obtido à custa do sacrifício de qualquer tentativa no sentido de dar-lhe um cunho reeducativo ou regenerador.

6 — CONCLUSÕES E SUGESTÕES FINAIS

As dificuldades alinhadas são as que, no nosso entendimento, afligem de maneira mais direta o trabalho desenvolvido pela FUNABEM, com relação ao menor infrator. Se não é possível deixar de classificá-las de

graves, óbices de monta para que o citado trabalho possa ser realizado com alguma eficiência, resta o consolo de que se apresentam como idênticas às encontradas nas nações desenvolvidas e consideradas altamente evoluídas no setor; tais questões mesmo lá continuam sendo reconhecidas como dilemas insolucionados.

Cabe, então, juntarmos-nos aos estudiosos de todo o mundo e debruçarmos-nos sobre as questões apresentadas, as quais devem ser objeto de profunda meditação e estudo.

Para encerrar, registramos como sugestões imediatas:

I — Obtenção do concurso de uma instituição especializada em Criminologia (como o Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro), para cobrir a única lacuna existente no elenco de especialistas que formam as equipes interprofissionais em que se estaqueia o trabalho da FUNABEM.

II — A inclusão de cursos de relações interpessoais, tanto para o servidor quanto para os menores. O método tradicional de ensino, consiste na transmissão de informações e conteúdos, ainda que proporcionada dentro de métodos ativos, através do emprego da dinâmica de grupo, não consegue ultrapassar os limites de uma educação que se reduz a escolarização e profissionalização. Ora, ao referir o trabalho de reeducação como sendo o norte do tratamento a ser proporcionado na instituição, através de um processo psicopedagógico, é claro que não se está imaginando que a reeducação, alcandorada ao posto de escopo máximo, se amesquinhe a fazer transitar dos professores para o alunado os conhecimentos relacionados com as matérias que constituem

o currículo tradicional da escola. Re-educação (ou educação), aqui, tem de ser entendido como algo muito mais amplo, envolvente e abrangente (verdadeira ação cultural).

O aluno tem de ser sujeito ativo do processo. Para tanto, é forçoso que este se dê através do diálogo verdadeiro, diálogo que "é este encontro dos homens, mediatizados pelo mundo, para pronunciá-lo, não se esgotando, portanto, na relação eu-tu". (Paulo Freire, Pedagogia do Oprimido, Ed. Paz e Terra, 4a. ed. pg. 93).

"Por isto, o diálogo é uma exigência existencial. E, se ele é o encontro em que se solidariza o refletir e o agir de seus sujeitos endereçados ao mundo a ser transformado e humanizado, não pode reduzir-se a um ato de depositar idéias de um sujeito no outro, nem tampouco torna-se simples troca de idéias a serem consumidas pelos permutantes.

Para o educador-educando, dialógico, problematizador, o conteúdo programático da educação não é uma doação ou uma imposição — um conjunto de informes a ser depositado nos educandos, mas a devolução organizada, sistematizada e acrescentada ao povo, daqueles elementos que este lhe entregou de forma inestruturada". (id., ib.)

A essa altura com ponderável experiência na área específica dos infratores da lei penal, mercê dos vários cursos ministrados no Sistema Penitenciário do Rio (experiência lamentabilissimamente interrompida, mas que, brevemente, vai prosseguir

em Mato Grosso do Sul) Rachel de Freitas O' Donnell registra, com admirável concisão, ser objetivo básico da educação, nesse meio:

"Transmitir ao interno os valores do Sistema, informá-lo quanto à expectativa que se tem em torno de suas possibilidades e limitações e estimular a confiança e a divisão de responsabilidades nos sucessos e fracassos que envolverem essa mudança".

E, ainda:

"O sentimento de desconfiança prepondera nesse meio. Deve ser o primeiro canal a ser trabalhado. É imprescindível que o interno seja esclarecido de nossas reais in-

tenções e que possa ter um espaço para questioná-las; quer duvidando, quer acreditando, mas, sobretudo, sentindo-se sujeito, com possibilidade de alguma interferência nessa realidade".

Tal postura, todavia, não pode ficar adstrita tão apenas aos profissionais do ensino: tem de ser observada por todas as pessoas dentro da instituição, do Diretor ao menor, do assistente social ao inspetor. Para tanto, faz-se mister dirigir especial ênfase quanto à implementação de cursos capazes de, com a maior celeridade possível, criar e desenvolver uma atmosfera onde se possa realizar, de fato, uma educação que se não reduza a escolarização e profissionalização.

ARENGA AOS MAGISTRADOS QUE ESTRÉIAM

OSWALD BAUDOT

Estais empossados e advertidos. Permitti-me que também vos fale, a fim de corrigir algumas das coisas que vos foram ditas e de fazer-vos ouvir algumas coisas inéditas. Ao entrar na magistratura, vós vos tornastes funcionários de um escalão modesto.

Não vos embriagueis com a honra, fingida ou real, que vos atribuam. Não levanteis muito alto a cabeça. Não vos deixais enlevar por palavras como "terceiro poder", "poder do povo", "guardiães das liberdades públicas". Não tendes senão um poder medíocre: o de meter as pessoas na cadeia. E só vos dão este poder, porque ele é geralmente inofensivo. Quando condenardes a cinco anos de prisão um ladrão de bicicleta, não estareis molestando a ninguém. Evitai de abusar desse poder. Não penseis ser mais considerados por ser mais terríveis. Não julgueis que ides, como novos São Jorge, vencer o dragão da delinquência por uma repressão impiedosa. Se a repressão fosse uma coisa eficaz, há muito tempo teria alcançado seus objetivos. Se ela é inútil, como creio, não penseis em fazer carreira à custa da cabeça dos outros. Não conteis a prisão por anos ou meses, mas por minutos e segundos, exactamente como se tivésseis vós mesmos de sofrê-la.

É verdade que entraís numa profissão em que vos exigem sempre que tenhais carácter, mas entendem por isto apenas que sejais inclementes com os miseráveis. Covardes diante dos superiores, intransigentes com os subalternos — este é, em geral, o comportamento dos homens. Tratai de evitar isto. Justiça é aplicada impunemente. Não abuseis da impunidade. Em vossas funções, não deveis dar exagerada importância à lei, e de um modo geral, desprezai os costumes, as circulares, os decretos e a jurisprudência. Deveis ser mais sábios do que o Tribunal de Justiça, sempre que se apresentar uma ocasião. A justiça não é uma verdade estagnada em 1810. É uma criação perpétua. Ela deve ser feita por vós. Não espereis o sinal verde de um ministro, ou do legislador, ou das reformas sempre em expecta-

lativa. Fazei vós mesmos a reforma. Consultai o bom senso, a equidade, o amor do próximo, antes da autoridade e da tradição. A lei se interpreta. Ela dirá o que quiserdes que ela diga. Sem mudar um til, pode-se, com os mais sólidos considerandos do mundo, dar razão a uma parte à pena máxima. Desse modo, que a lei não vos sirva de alibi.

Verificareis, aliás, que à revelia dos princípios estabelecidos, a justiça aplica extensivamente as leis repressivas e estritamente as leis liberais. Procedei de modo contrário. Respeitai a regra do jogo quando ela vos freia. Sede bons jogadores, sede generosos. Será novidade! Não vos contenteis de cumprir os deveres do ofício. Vereis desde logo que, para ser um pouco úteis, deveis abandonar os caminhos batidos. Tudo o que fizerdes de bom será um acréscimo. Gosteis ou não, tendes um papel social a desempenhar. Sois assistentes sociais. Vossa decisão não termina numa folha de papel. Corta na carne viva. Não fecheis vossos corações ao sofrimento nem vossos ouvidos ao clamor. Não sejais desses juizes menores que só querem tratar de processos pequenos. Não sejais árbitros indiferentes, acima de tudo e de todos. Tende sempre a porta aberta a todos. Há trabalhos mais úteis que o de caçar essa borboleta — a verdade — ou de cultivar essa orquídea — a ciência jurídica.

Não sejais vítimas de vossos preconceitos de classe, religiosos, políticos e morais. Não penseis que a sociedade seja intangível a desigualdade e a injustiça inevitáveis e a razão e a vontade humanas incapazes de qualquer mudança. Não acrediteis que um homem seja culpado de ser o que é nem que ele dependa apenas de si mesmo para ser de outra forma. Em outras palavras: não julgueis. Não condeneis o ébrio. O alcoolismo, que a medicina não sabe curar, não é uma escusa legal, mas é uma atenuante. Por serdes instruídos não desprezeis o iletrado. Não apedrejeis a preguiça, vós que não trabalhais com as mãos. Sede indulgentes para com os demais seres humanos. Não aumenteis suas aflições. Não sejais dos que aumentam a aflição do lito.

Sede parciais. Para manter a balança entre o forte e o fraco, o rico e o pobre, que não têm o mesmo peso, é preciso que catques um pouco a mão do lado mais fraco da balança. Esta é a tradição capetiana. Examinai sempre onde estão o forte e o fraco, que não se confundem necessariamente com o delinquente e sua vítima. Tende um preconceito favorável pela mulher contra o marido, pelo filho contra o pai, pelo devedor contra o credor, pelo operário contra o patrão, pelo vitimado contra a companhia de seguros, pelo enfermo contra a previdência Social, pelo ladrão contra a polícia, pelo pleiteante contra a justiça. E tende um último mérito: perdoai este sermão da montanha a vosso colega dedicado.

COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA

CRIME DE IMPRENSA. ENTREVISTA. RESPONSABILIDADE.

A existência de inúmeras decisões (RT 437/398, 474/336, 492/378) afirmando que, em hipóteses de crimes contra a honra por meio de imprensa, nos casos de entrevista divulgada, a ação penal deve dirigir-se contra o jornalista, a menos que se comprove previamente a autenticidade da entrevista e/ou a autorização para publicar, concita-nos às reflexões que se seguem.

A responsabilidade sucessiva por cascades, adotada no Brasil desde 1823, é uma expressão da histórica hostilidade que o direito devota ao "libelo famoso"; o objetivo fundamental de tal sistema é que, mediante o esquadrinhar da "linha sucessória", não escape às sanções penais a ofensa anônima ou difusa. Se a consagração legislativa, em termos de direito comparado, se deveu a preocupações com a liberdade de imprensa (Constituição belga de 1831, art. 18) a verdade é que substancialmente essa espécie de responsabilidade arqueta uma operação segundo a qual alguém deve responder pela ofensa.

Se tal operação, no quadro penalístico do século XIX ainda sob o domínio da responsabilidade objetiva e do desvalor do resultado, era bastante viável, hoje em dia, quando os

textos legais e a doutrina se polarizam ao redor do princípio da culpabilidade e do desvalor da ação, impõe-se uma releitura do sistema sucessivo.

Face ao moderno Direito Penal da Culpabilidade, que tem evidentes reflexos constitucionais ("nenhuma pena passará da pessoa do delinquente" — art. 153, § 13 CF), é de mister que o trânsito pelo sistema de responsabilidade sucessiva seja efetuado não mecânica e irracionalmente, mas sim informado pela principologia que rege a responsabilidade criminal. Por tais motivos, o pensamento mais recente inclina-se na direção de que "para ser reputado autor en los delitos cometidos por medio de la imprenta es preciso haber realizado una contribución de autor según las reglas generales" (Vives Anton, *Liberdad de Prensa y Responsabilidad Criminal*, Madrid, 1977, p. 93).

Como conciliar esta exigência com o direito brasileiro?

O responsável fundamental por qualquer delito de imprensa é o autor do escrito, como estabelece o inc. I do art. 37 da lei 5.250, de 9/fev/67. Essa responsabilidade só se transfere se não houver "indicação do autor" na matéria ofensiva (art. 28), ou nos casos de "ausência" ou "inidentificação" do autor (art. 37, inc. II).

Ninguém questiona a posição primária e nuclear do autor, na seriação da responsabilidade sucessiva; Nuvolone afirma que o autor se situa no início da cadeia ("all'inizio della catena vi è l'autore dello scritto" — cf. *Il Diritto Penale della Stampa*, Pádua, 1971, p. 90). Entre nós, afirma Guido Fidélis: "evidente que o autor é o principal responsável, transferindo-se a responsabilidade sucessivamente" (*Crimes de Imprensa*, S. Paulo, 1977, p. 93).

Essa relevância do autor, aliada às exigências modernas da culpabilidade, explica a existência de decisões que rejeitam a queixa oferecida contra o diretor ou redator-chefe, em casos de autor conhecido (RT 440/423; Francheschini, *Jurip. TA Crim.* SP, S. Paulo, 1975, v. I, p. 475).

Darcy Arruda Miranda, (*Comentários à Lei de Imprensa*, S. Paulo, 1969, v. II, p. 67;) assim define o autor: é aquele que redigiu e assinou o escrito ou simplesmente assinou este, a fim de ser publicado ou radiodifundido. Também o é quem externa oralmente suas idéias." É incompreensível que este mesmo tratadista venha, mais tarde, a negar a equiparação entre a entrevista e o artigo assinado (p. 681), abrindo exceção (mais inexplicável ainda) para a hipótese em que o entrevistado autoriza a publicação.

São inúmeras as decisões a admitir que a entrevista jornalística constitui crime de imprensa (RJTJGB 19/492; RF 227/304; RT 440/423; Francheschini, op. cit., p. 475).

O problema que se colocou foi o da autorização. Passou-se a admitir que a entrevista configuraria crime de imprensa, porém seria mister que

o entrevistado houvesse autorizado sua publicação (cf. Serrano Neves, *Direito de Imprensa*, S. Paulo, 1977, p. 240; Darcy Arruda Miranda, op. cit., p. 681); algumas decisões mencionavam que ela deveria estar assinada (!) (3a. CCR. TJGB, DO 24/dez/64, p. 618).

Ora, em primeiro lugar, só uma alienação total às formas de atuação da imprensa moderna pode pretender o franco despautério que consiste na exigência de assinar a... entrevista. Em segundo lugar, esta é uma criação sem qualquer amparo na lei. Em terceiro lugar, não se vê que papel possa desempenhar, dentro da teoria geral do processo, a negativa de autoria do autor do delito para produzir efeitos tão formidáveis: convertê-lo em parte ilegítima, e instaurar uma responsabilidade criminal anômala sobre o jornalista que de boa fé veiculou a entrevista. Deve asinalar-se que o Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese da autorização, no HC 49.088, relator o Ministro Bilac Pinto: "Não funciona como defesa do ofensor o argumento de que a carta por ele enviada ao diretor do jornal não se destinava à publicação, se as circunstâncias e a própria essência do texto estão a evidenciar o contrário" (RTJ 60/652).

Ora, "circunstâncias e a própria essência do texto" constituem indícios que não podem, *sic et simpliciter*, ceder diante de uma exigência não formulada pela lei (a autorização para publicação); isto equivaleria a varrer o dolo eventual da face do direito penal da imprensa.

A qualidade de responsável por um delito diz respeito ao mérito do processo de conhecimento, e não pode ser descartada ao recebimento da

inicial, sob o único fundamento de uma negativa do réu, à qual se opõem os indícios e o bom senso.

Quem concede entrevista ofensiva à honra de terceiro é autor conhecido; não estando ausente, nem sendo declarado inidôneo, não possui o condão de, por um ato de vontade (a negativa desalicercada de que concedeu a entrevista, ou a alegação simplista de que não lhe autorizou a publicação) afastar de si a responsabilidade, e pretender que aquilo que é mérito da causa — a autoria do delito — se converta em *sui generis* pressuposto processual. É evidente entretanto que, diante da negativa, caberá ao querelante o ônus da prova da autoria. (Nota de Nilo Batista).

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA PERANTE O STF.

O STF (pleno) rejeitou a denúncia oferecida contra o deputado Ulisses Guimarães, presidente do MDB, na qual lhe era imputado o crime de desobediência, definido no art. 347 do Cód. Eleitoral.

Este processo ocupará lugar de destaque, quando se tiver de escrever a história da crônica judiciária destes anos de anormalidade institucional e ditadura militar, que o país viveu após 1964. Revela-se aqui a intollerância do regime diante de um dos raros momentos em que a oposição teve acesso ao rádio e à televisão. A denúncia oferecida constitui peça lamentável. Nela se dizia que, a pretexto de difusão de seu programa, o partido da oposição "injuriou e difamou o governo, atribuindo-lhe a prática de violências e o desrespeito aos direitos humanos, através, inclusive de torturas e de eliminação de cidadãos", entre outras coisas.

O tribunal rejeitou a denúncia, que julgou inepta. Em seu voto, afirmou o relator (Min. BILAC PINTO): "Um partido político, e seu programa não podem ser examinados de um ponto de vista estático, imobilizados no seu esquema estrutural e na letra fria do seu programa. Na sua atuação prática, um partido é um organismo dinâmico, impulsionado pela força que anima a vida política, nos seus confrontos com o partido adversário e com o governo, ao qual se opõe. A difusão do programa partidário, pelos modernos veículos de difusão da imagem e do som, não pode ser entendida como a pura e simples recitação de seu texto. A dinâmica política pressupõe que a afirmação programática se faça mediante a crítica à atuação do governo a que o partido faz oposição. O entrecchoque de opiniões e o estrépito das dissonâncias, mesmo as mais chocantes, constituem o quadro em que se desenvolve a luta política pelo poder".

Dando, a nosso ver, correta apreciação ao juízo preliminar sobre o recebimento da denúncia, nos processos de competência originária do STF, o Min. RODRIGUES ALCKMIN afirmou, em seu voto: "Tenho sempre, sustentado que, ao ensejo do recebimento da denúncia, cabe ao Supremo Tribunal Federal poder mais amplo que ao do Juiz Criminal, no tocante ao recebimento da denúncia ou queixa. Não somente lhe cabe verificar a existência dos requisitos que o art. 41, do Código de Processo Penal reclama, mas também pode desde logo rejeitá-la, se entender que a defesa do acusado convence da improcedência da acusação".

Observamos que na ementa do julgado se diz que a ineptia da denúncia é "irreparável, em se tratando

de processo da competência originária do STF". Como tantas vezes acontece, essa notação da **ementa** não corresponde ao conteúdo do julgado. Nada se diz, no corpo do acórdão, inclusive no voto do relator, sobre a impossibilidade de repetir a denúncia, corrigindo-lhe os vícios que a tornaram inepta. (RTJ 85/369) (H.C.F.).

CORRUPÇÃO ATIVA. ATO ILEGAL DO FUNCIONÁRIO. ATIPICIDADE.

No julgamento da A.Cr. 3.907, afirmou a 1ª. C Cr. TJRJ, por maioria de votos, que "não pratica o crime de corrupção ativa quem, a fim de lograr a não consumação de um ato ilegal ou abusivo de agentes da autoridade administrativa, oferece-lhes vantagem de qualquer espécie, eis que isso não está objetivando o ofertador que ditos agentes se omitam em praticar **ato de ofício**". É que, como tal, não se pode caracterizar a ilegalidade ou o abuso de poder. O **ato de ofício** é elemento da tipicidade do crime de corrupção ativa". Foi relator o eminente Des. Bandeira Steele (D. O. 26/abr/79, III, p. 51). A hipótese pode ser assim resumida: para livrar-se de uma detenção ilegal, o particular ofereceu à autoridade policial certa importância em dinheiro. A decisão se integra na linha daquelas que são objeto de observações de Heleno Fragoso, *Jurisprudência Criminal*, S. Paulo, 979, v. I, p. 278, nº 111. (Nota de Nilo Batista).

REINCIDÊNCIA E PRIMARIEDADE

O STF decidiu hipótese que envolve interpretação da Lei n. 6.416/77, que alterou várias disposições do CP.

O caso era o seguinte:

O réu, favorecido pelo **sursis**, mais de cinco anos depois do término do período de prova, cometeu furto qualificado, vindo a ser condenado. Apela. O Tribunal, considerando-o primário, em face do disposto no art. 46, parágrafo único, do CP, lhe concedeu o benefício do furto mínimo.

Dai a questão: ultrapassado o período de cinco anos previsto no art. 46, parágrafo único, do CP, vindo o réu a praticar novo delito, pode ser considerado **primário**?

Há duas posições a respeito da matéria.

Para a primeira, ultrapassado o prazo de cinco anos vindo o réu a cometer novo delito, embora não possa ser considerado reincidente, não pode também ser-lhe concedida a condição de primário. Eis as razões dessa posição, a seguir sumariadas:

O art. 46, parágrafo único, do CP, com redação da lei nova, preceitua: "Não prevalece a condenação anterior, **para efeito da reincidência** ..." (grifo nosso).

De acordo com essa orientação, os efeitos do decurso do prazo, a partir da extinção da pena anterior, só incidem sobre a reincidência, perdurando as outras consequências da condenação penal, como a perda da primariedade.

Note-se que o legislador, dizem, quando pretende que a condenação penal não tenha efeitos, afora o previsto no art. 46, parágrafo único, do CP, apresenta expressamente a exceção. É o que acontece nos arts. 57, I do mesmo estatuto, e 313, III, do CPP. Logo, a condenação penal só

não produz efeitos, pelos decurso do prazo, nos casos expressos, que são:

- 1º — reincidência: art. 46, parágrafo único, do CP
- 2º — **sursis**: art. 57, I, do CP, e
- 3º — prisão preventiva: art. 313, III, do CPP.

Em face disso, observam os partidários dessa orientação, de entender-se que o decurso do prazo, no caso do art. 46, parágrafo único, do CP, retira a primariedade do agente, uma vez que a disposição especificamente diz que o seu efeito só incide sobre a reincidência.

É certo que o Pretório Excelso, esclarecem os que defendem essa posição, em sessão plenária, por unanimidade, decidiu que no "sistema do Código Penal Brasileiro, é criminoso primário aquele que não for reincidente, nos termos do art. 46" (RECr. n. 80.211 — SP — 11.9.75 — Rel. Min. Xavier de Albuquerque — DJU de 24.10.75, p. 7761). De observar-se, ponderam, que essa decisão calçou-se no disposto no art. 46 do CP, antes de sua derrogação, não incidindo sobre o novo texto.

Para a segunda orientação, vindo o sujeito a praticar novo delito depois do quinquênio, deve ser considerado primário. Diante disso, pode ser beneficiado pelo privilégio do furto mínimo.

Foi a posição adotada no acórdão.

Houve recurso extraordinário.

O parecer da Procuradoria Geral da República, elaborado por Francisco de Assis Toledo, ponderou o seguinte: "Temos sustentado que **primariedade não se confunde com**

bons antecedentes. Não vamos, porém, ao ponto de afirmar a existência em nosso sistema penal desta enorme contradição: réu primário, **ex vi legis**, para certos efeitos e, ao mesmo tempo, reincidente, **ex vi legis**, para outros fins. Se a lei diz que, após cinco anos da data do cumprimento ou extinção da pena, desaparece ("não prevalece") a condenação anterior "para efeito de reincidência", não se pode segundo pensamos, desconhecer tal dispositivo para fazer prevalecer a condenação anterior, **contra legem**, e dela extrair efeitos de reincidência, após decorrido o prazo em foco. Note-se, por último, que os benefícios previstos no § 2º do art. 155 só se aplicam ao denominado "**furto mínimo**", delito bagatela que não apresenta nenhuma razão substancial para um rigoroso tratamento penal, a ponto de ficar excluído dos efeitos da "prescrição da reincidência" introduzida pela recente Lei 6.416/77. Considere-se que o decurso do tempo faz até mesmo prescrever a ação penal, ou a condenação já proferida, com o que se estende um manto de silêncio total sobre a própria existência do crime. Diante disso, não é possível que só a reincidência não prescreva nunca".

O Min. Djaci Falcão, relator do feito, adotando a segunda orientação mais liberal, deu os fundamentos de sua decisão: "Tenho como incensurável o acórdão recorrido. Tratando do tema, diz Damásio de Jesus: "Se o sujeito pratica o novo crime após o prazo do art. 46, parágrafo único, não é considerado reincidente. Pode ser considerado primário? Suponha-se que o agente, seis anos após o cumprimento de pena de reclusão por prática de estelionato, pratique um furto de coisa de pequeno valor. Para que obtenha o privilégio do art. 155,

§ 2º, do C.P., além do pequeno valor do objeto material, é necessário que seja primário. Entendemos que o réu pode ser beneficiado pelo privilégio do furto mínimo. Para nós, há somente duas espécies de delinquentes no C.P.: primários e reincidentes. Se, pelo decurso do prazo do art. 46, parágrafo único, ele não é considerado reincidente, retorna à qualidade de primário" ("O Novo Sistema Penal", p. 87).

Essa, a meu ver, a melhor exegese".

A ementa do acórdão é a seguinte:

"Reincidência e primariedade (art. 46, parágrafo único, do CP). Se o réu já não é considerado reincidente, retorna à qualidade de primário" (RECr 88.507 — SP — 2a. Turma, em 12.12.78 — v. un. — Rel. Min. Djaci Falcão — DJU de 28.12.78, p. 10579).

Essa é, a nosso ver, a melhor interpretação dos textos penais, a que, certamente, se inclinará a jurisprudência. (Nota de Damásio E. de Jesus).

AINDA O PERDÃO JUDICIAL

A Lei n. 6.416/77 criou dois novos casos de perdão judicial, permitindo o privilégio nos delitos de homicídio culposo e lesão corporal culposa, respectivamente, arts. 121, § 5º e 129, § 8º, do CP).

O benefício tem ampla aplicação prática, uma vez que as estatísticas comprovam maioria impressionante de ações penais por delitos automobilísticos culposos.

Problema que será enfrentado pela jurisprudência é o referente à natureza jurídica da sentença concessiva do favor legal.

Segundo nossos entendimentos, é condenatória a sentença que concede o perdão judicial, que somente impede a aplicação de seus efeitos principais (penas principais, acessórias e medidas de segurança), subsistindo as consequências reflexas ou secundárias, entre as quais se incluem a responsabilidade pelas custas, o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, o pressuposto da reincidência, etc. Para nós, o perdão judicial constitui causa extintiva da punibilidade a ser decretada pelo juiz na própria sentença condenatória. Significa que o juiz deve efetivamente condenar o réu, somente deixando de impor a pena. A fixação da pena é desnecessária, uma vez que não teria nenhuma validade. Nos termos de nossa posição, a sentença que o concede não é absolutória e nem meramente declaratória da extinção da punibilidade. Somente se perdoa quem errou. A simples concessão do perdão judicial já significa que o juiz entendeu existir o delito. A não ser assim, inexistiria diferença entre sentença absolutória e concessiva de perdão judicial.

Suponha-se que dois sujeitos cometam, no mesmo dia, homicídio considerado culposo pela autoridade policial. O primeiro dá causa à morte do próprio filho; o segundo, a um terceiro. Processados, o primeiro é beneficiado pelo perdão judicial; o segundo vem a ser absolvido, entendendo o juiz não ter agido culposamente. Segundo parte da doutrina e da jurisprudência, a sentença concessiva do perdão judicial é:

1º — condenatória, libertando o réu de todos os efeitos principais e secundários da condenação penal. Significa que são excluídos os efeitos principais da sentença condenatória (aplicação das penas principais, acessórias e medidas de segurança) e suas consequências secundárias (custas, lançamento do nome do réu no rol dos culpados, reincidência, revogação do sursis e do livramento condicional, aumento do prazo para a reabilitação, etc);

2º — declaratória da extinção da punibilidade. Não é condenatória e nem absolutória. Nela, o juiz simplesmente declara extinta a pretensão punitiva do Estado. Inexiste condenação, mas declaração do Estado de que renuncia ao poder-dever de punir.

Cremos que essas posições não podem ser aceitas. Por mais liberal que se queira ser, não é possível contornar certos princípios inclusive de ordem filosófica e de lógica. No caso, o juiz, para conceder o perdão judicial, deve necessariamente passar por conclusão preliminar: que o réu praticou um fato típico e ilícito, ficando demonstrada a censurabilidade de sua conduta. Se o fato não é típico, deve absolvê-lo; se lícito, acobertado por excludente da antijuridicidade, deve também absolvê-lo; se, por fim, dele não era exigível comportamento diverso, por ter agido sem culpabilidade, o caminho é a absolvição. O juiz, entretanto, reconheceu que o réu cometeu um fato com todos os requisitos de crime; e sua conduta se mostrou censurável. Reconhecida a prática do crime e demonstrada a culpabilidade do sujeito, considera procedente a pretensão punitiva. Caso contrário, a sentença seria absolutória. O reconhecimento da tipicidade, ilicitude e culpabilidade leva à procedência da ação penal, da

pretensão punitiva. Para as posições liberais, ao conceder o perdão judicial, ou a sentença é meramente declaratória da extinção da punibilidade, não sendo condenatória e nem absolutória, ou é condenatória, porém liberatória de todos os efeitos da condenação. De perguntar-se: qual é, então, a diferença entre sentença absolutória e concessiva de perdão judicial? Notem que as hipóteses são diversas. Num caso, o réu praticou crime; no outro, não. Quanto aos efeitos, as duas soluções devem guardar diferença entre si. Não é possível igualar a posição dos dois réus. Um é criminoso; o outro, não. Para a orientação liberal, entretanto, o que cometeu crime, sendo favorecido pelo perdão judicial, não carregaria nenhuma consequência da prática do fato, como se não tivesse praticado crime algum.

Não é possível perdoar quem não errou. E o reconhecimento do erro é condenação. Para perdoar é necessário primeiro considerar que alguém praticou uma conduta típica e ilícita sendo culpável. Se o fato não é típico perdoar o quê? Se o fato é lícito, o quê perdoar? Se o sujeito não se mostrou culpado, onde está o objeto do perdão? Perdão pressupõe culpa (em sentido amplo). Absolvição pressupõe inexistência de responsabilidade por imputação de infração penal.

Perdão judicial é renúncia antecipada à pretensão executória. Assim, constitui causa extintiva da pretensão executória das penas principais, acessórias e medidas de segurança. O Estado renuncia, por intermédio da declaração do juiz, na própria sentença, à pretensão de imposição das penas de reclusão, detenção, multa e prisão simples, penas acessórias e medidas de segurança. Trata-se de sentença constitutiva de benefício

sujeito a condição: o Estado se compromete, transitando em julgado a sentença, a não impor qualquer sanção ao sujeito. Não há obstáculo na circunstância de a pretensão executória somente surgir com o trânsito em julgado da condenação, pelo que dela não se poderia falar por ocasião de o juiz proferir a sentença. Tanto assim que na reforma de maio de 1977, na prescrição retroativa, o juiz pode decretar extinta a pretensão executória antes de a sentença transitar em julgado (CP, art. 110, §§ 1º e 2º).

A interpretação do texto legal não leva a outra conclusão. Note-se a redação do dispositivo:

"Na hipótese de **homicídio culposo**, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da **infração** atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária" (CP, art. 121, § 5º) (grifos nossos).

A redação da escusa absolutória é significativa. "Na hipótese de homicídio culposo..." É necessário, então, que o homicídio seja culposo. Exige-se que o juiz reconheça que o réu praticou um crime de natureza culposa. Mais além, o tipo penal fala em "consequências da **infração** (grifo nosso). Note-se: a figura típica permissiva menciona, em primeiro lugar, a expressão "homicídio culposo"; depois, "consequências da **infração**". Logo, o tipo condiciona o perdão judicial à prática de um crime de **homicídio culposo**. Ora, se o juiz precisa reconhecer a prática de um crime para conceder o perdão judicial, está considerando procedente a pretensão punitiva: está julgando procedente a imputação deduzida na denúncia. O

dispositivo menciona as "consequências da **infração**" (grifo nosso). Se houver infração judicialmente reconhecida, a sentença é condenatória. O juiz condena atitude do réu e o perdão. Essa interpretação pode ser extraída do sistema penal. Assim, o art. 180, § 3º, 1a. parte, do CP, cuidando do perdão judicial na recepção culposa, diz: "se o **criminoso** é primário pode o juiz..." (grifo nosso). O sujeito favorecido pelo privilégio é considerado **criminoso** pelo CP. Determina o texto: "o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da **infração** atingiram o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária". A expressão "deixar de aplicar a pena" se refere ao Capítulo II do Título V da Parte Geral do CP, que trata da "aplicação da pena". Isso quer dizer que o juiz não precisa fixar a pena privativa de liberdade; a quantidade de sanção não teria nenhuma validade diante de sua inexecução. Na última parte, o texto fala em desnecessidade da sanção penal. Já está o efeito único do perdão judicial: desnecessidade da pena. Ele só exclui a exigência de fixação e aplicação da pena. Os outros efeitos subsistem.

Não aproveita a citação de autores italianos. Isso porque o CP peninsular, disciplinando o perdão judicial, determina princípios diversos dos contidos em nossas disposições. Diz o seu art. 169 que aos menores de dezoito anos, nos delitos não apenados, no máximo com dois anos, ou uma pena pecuniária não superior, no máximo, a 120.000 liras, o juiz poderá abster-se de pronunciar a reprovacão judicial ou pronunciar a condenação, desde que, diante de certas circunstâncias, presume que o culpado não tornará a delinquir. Na

Itália, concedendo o perdão judicial, o juiz deve "astenersi dal pronunciare il rinvio al giudizio" ou "astenersi dal pronunciare condanna". Entre nós, entretanto, o juiz só pode "deixar de aplicar a pena". Não se trata, como diz Arthur Cogan, de sentença absolutória. "Para que possa conceder o perdão", diz ele, "é preciso que o juiz julgue procedente a denúncia ou queixa, reconhecendo a existência de um crime e que o acusado é o seu autor. Vale dizer, profere decisão condenatória. Agora isso o acusado poderá ser absolvido, dentro do estatuído no art. 386 do CPP". E continua: A "sentença que concede o perdão é sentença condenatória usando o juiz da faculdade que lhe concede a lei de deixar de aplicar pena, sujeito o réu a todas as consequências de uma condenação, devendo ter seu nome lançado no rol dos culpados e ser considerado reincidente, se tornar a delinquir" ("O perdão judicial", RT 465/253).

Era a orientação de Nelson Hungria: "Segundo entendemos, o perdão judicial deve seguir-se à efetiva condenação do réu (reconhecidas a existência do crime e a autoria imputada), pois, de outro modo, seria criar um benefício de que a lei não cogita, isto é, o de poupar ao réu até mesmo o desfavor de não ser considerado reincidente, se vier a cometer novo crime" (Comentário ao Código Penal, Rio, Forense, 1967, VII/279).

Magalhães Noronha tem o mesmo pensamento: "Não se trata, bem é de ver, de absolvição. O perdão pressupõe necessariamente a condenação, pois não poderia deixar de aplicar pena se não reconhecesse previamente culpado o agente. Consequentemente, não estará ele isento do pagamento das custas do processo e de ser seu

nome lançado no rol dos culpados, consoante os arts. 804 e 393, nº II, do Código de Processo Penal" (Direito Penal, São Paulo, Saraiva, 1969, II/455).

A medida deve ser empregada com suficiente prudência, sob pena de tornar-se válvula de impunidade penal. Só deve ser permitida pelo juiz em casos de gravíssimas consequências, quando a imposição da pena pareça de flagrante inutilidade. Como disse o Juiz Silva Franco, do TACrimSP, em voto proferido na apelação criminal n. 164.723, de São Paulo, "o perdão judicial deve ser, portanto concedido com prudência e equilíbrio e sempre nos casos gravíssimos em que a aplicação da pena privativa de liberdade represente, realmente, um acréscimo de todo insuportável, um sofrimento a mais que se reflete sobre o agente já naturalmente castigado". (Nota de Damásio E. de Jesus).

ESTUPRO, MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA ELIDIDA PELA PROVA

Afirmou a 1a. C Cr. TJRJ, no julgamento da A.Cr. 3.707 tendo por relator o eminente Des. Ronald de Souza, que "a presunção estabelecida na letra a do artigo 224 não é absoluta, mas relativa. A lei penal, presumindo a violência, se a paciente é menor de 14 anos não visa proteger menor já prostituída. Inexiste prova de violência física" (DO 17/mar/79, III, p. 55).

Esta decisão é marcante, porque se arremete contra um texto legal envelhecido, e por via de uma interpretação que reconduz o estupro à sua natureza essencial de violação da liberdade sexual, propicia uma correta aplicação da lei. Normalmente, a uni-

ca defesa de que dispõe o autor de estupro com violência presumida reside no erro de tipo, pois o conhecimento de que mantém conjunção carnal como pessoa menor de 14 anos integra o tipo subjetivo desta espécie derivada de estupro. Surgem da situação elegantes questões quando a vítima, evidentemente aparentando idade superior a 14 anos, é virgem e foi seduzida, pela defecção do tipo objetivo da sedução; não interessam aos fins da presente nota as elaborações que tais questões suscitem. Deve-se louvar a coragem do tribunal que resolveu o assunto ao nível do tipo objetivo, afirmando que o sujeito passivo do estupro com violência presumida não é qualquer menor de 14 anos, e sim aquele em cuja pessoa se possa dar a ofensa ao bem jurídico. (Nota de Nilo Batista)

DEFESA PRELIMINAR DO SERVIDOR NO CPP

1. Ao tratar do processo e julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, o Código de Processo Penal estabeleceu a chamada defesa preliminar, que não guarda semelhança com a defesa prévia comum a todos os processos criminais.

Também conhecida como "resposta preliminar", "contraditório verbal" ou "audiência prévia do acusado", a defesa preliminar é assinalada no art. 514 da lei processual penal: "Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou a queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de quinze dias".

Prevê-se a nomeação de defensor

para representar o funcionário cuja residência não for conhecida ou que se ache fora da jurisdição do juízo. E permite-se que a resposta do acusado ou de seu defensor seja instruída com documentos e justificações.

Apresentada a defesa preliminar do funcionário, determina a lei que o juiz, "se convencido pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência do crime ou da improcedência da ação", rejeitará a queixa ou denúncia, em despacho fundamentado (CPP, art. 516).

Assim, com a defesa ou resposta preliminar, terá o acusado a possibilidade de evitar a instauração da ação penal, demonstrando a atipicidade da acusação, a negativa do fato ou da autoria, etc.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a importância da defesa preliminar do funcionário, considerando-a indispensável e decretando a nulidade de processo em que se descumpriu o art. 514 do CPP: "A nulidade decorrente da falta de observância do dispositivo legal citado é insanável, importando em violação do direito de defesa assegurado pela Constituição. É tão importante a diligência omitida, que a lei determina o condicionamento do recebimento da denúncia à resposta do acusado que poderá ser instruída com documentos e justificações, de forma a poder até elidir o processo" (HELENO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, 1979, p. 290).

Ao que tudo indica, teria sido o interesse do Estado na ordem administrativa que inspirara a defesa preliminar, instituída apenas em favor dos acusados funcionários públicos.

Entretanto, seu cabimento ficara restrito aos delitos funcionais menos graves e mais levemente apenados — os crimes afiançáveis. Como exemplos, são lembrados o peculato culposo (CP, art. 312, § 2º), o emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art. 315), o excesso de exação (art. 316, § 1º), a prevaricação (art. 319), etc.

2. Surgiu, porém, a reforma penal e processual penal introduzida pela Lei nº 6.416/77, que acabou influenciando, ainda que de modo indireto, na defesa preliminar dos funcionários públicos.

Antes do advento da Lei nº 6.416/77, o Código de Processo Penal classificava como inafiançáveis todos os crimes punidos com pena de reclusão, sendo afiançáveis tão-só aqueles cuja pena era de detenção.

Todavia, com a nova redação que foi dada ao art. 323, I do CPP, os delitos afiançáveis passaram a ser, além daqueles em que a sanção é detentiva, também os punidos com pena de reclusão, desde que a penalidade mínima cominada não seja superior a dois anos. Como registra BASILEU GARCIA, a fiança "agora cabe na reclusão até dois anos, independentemente da idade do indiciado ou acusado (menor de 21 anos ou maior de 70) e na detenção continua possível como antes, sem limite alusivo à quantidade da pena" (*Instituições de Direito Penal*, 1978, II/804-805). ADA PELLEGRINI GRINOVER também comenta que a lei nova "só considera inafiançável, qualquer que seja a idade do réu, o crime punido com reclusão, desde que a pena mínima cominada seja superior a dois anos" (*A Nova Lei Processual Penal*, 1977, p. 112).

Assim, os principais crimes de responsabilidade dos funcionários públicos passaram após a reforma de 1977 — a ser afiançáveis: o peculato doloso (CP, art. 312), o peculato mediante erro de outrem (art. 313), o extravio de documento (art. 314), a concussão (art. 316), a corrupção passiva (art. 317), a facilitação de contrabando (art. 318) etc.

De outro lado, o Código de Processo Penal não sofreu modificação alguma nos dispositivos referentes à defesa preliminar dos funcionários públicos.

3. Não temos, ainda conhecimento de decisões a respeito, mas a questão, certamente, irá ser objeto de arguição em casos práticos.

Este será o problema: tornou-se necessária a defesa preliminar do funcionário público quando for ele acusado dos principais crimes funcionais próprios?

Entendemos que sim.

A reforma penal de 1977 transformou em afiançáveis aqueles delitos que antes eram inafiançáveis. E nada alterou, expressa e tacitamente, quanto à defesa preliminar do acusado do funcionário público.

Trata-se de direito de defesa instituído por lei e que tem, assim, a garantia do art. 153, § 15, da Constituição Federal. Não pode ser descumprido. A oportunidade para oferecer defesa preliminar deve, pois, ser concedida a todos os acusados funcionários públicos, em se tratando de crime funcional próprio, desde que o mínimo da pena de reclusão prevista em abstrato não seja superior a dois anos (ex.: peculato, concussão, cor-

rupção passiva, facilitação de contrabando, etc.).

Na verdade, o legislador acabou corrigindo — ainda que em tal propósito — uma situação processual que sempre nos pareceu desarrazoada; concedia-se a defesa preliminar nos delitos simples e levemente apenados, enquanto a mesma defesa era negada nos crimes graves e sancionados com maior rigor. Como afirmava ESPINOLA FILHO, “mais lógica e mais utilidade pública haveria em generalizá-la, sem distinguir” (*Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, 1961, V/180).

A concessão de breve prazo para o oferecimento da defesa preliminar pelo acusado não acarreta maior demora nem traz dificuldades ao andamento dos processos criminais.

Ao contrário, o ideal seria que a defesa preliminar ou audiência prévia pudesse alcançar todos os acusados de infrações penais, independentemente de suas qualificações pessoais, e sem distinção quanto à natureza do crime imputado.

Caso fosse ela um dia instituída, em caráter geral e irrestrito, possibilitaria sensível redução do volume de ações penais em curso nos fóruns criminais. E não traria prejuízo algum para os interesses da Justiça, além de propiciar maior amplitude à defesa de todos os acusados e melhor garantia à liberdade dos cidadãos. (Nota de Celso Delmanto)

ASSALTO COM MORTE: HOMICÍDIO OU LATROCÍNIO.

O STF, em recente manifestação, proferiu decisões de grande alcance, dada a complexidade do tema, que

vinha dividindo a doutrina e a jurisprudência desde janeiro de 1942, data em que entrou em vigor o CP de 1940.

Referimo-nos à questão do latrocínio já abordado por nós em trabalhos anteriores (“Que é crime de latrocínio”, *O Estado de S. Paulo*, edições de 14 de outubro e 4 de novembro de 1973).

Nenhuma dificuldade oferece a interpretação legal nas hipóteses de homicídio consumado/subtração consumada e homicídio tentado/subtração tentada. Nesses casos, doutrina e jurisprudência não discrepam: se os fatos alcançam a consumação, com a morte da vítima e efetivação da subtração patrimonial, forma-se a unidade complexa do delito de latrocínio consumado (CP, art. 157, § 3º, *in fine*); se permanecem tentados, constituem tentativa de latrocínio (CP, art. 157, § 3º, *in fine*, c/c.o art. 12, II). Como dizia Nelson Hungria, o latrocínio “só se pode dizer consumado quando o homicídio e a subtração patrimonial se consumam”. Da mesma forma, — ensinava —, o latrocínio só se pode dizer tentado quando o homicídio e a subtração patrimonial ficam em fase de tentativa (*Comentários ao Código Penal*, Rio, For. 1958 VII/62). No mesmo sentido, as posições de Magalhães Noronha e Heleno Cláudio Fragoso. Na jurisprudência: STF — RTJ 39/330, 46/821; 61/318 e 321.

O primeiro problema surge na hipótese de tentativa de homicídio e subtração patrimonial consumada. Para Nelson Hungria, a solução é punir e por tentativa de homicídio qualificado pela conexão (op. e loc. cit.). Magalhães Noronha ensina tratar-se de tentativa de latrocínio (*Dir. Penal* São Paulo, Saraiva, 1975, II/254), solução também adotada por Heleno

Cláudio Fragoso. “Não nos parece justificável” — diz ele — “transferir esta hipótese para o âmbito do homicídio, solução que só excepcionalmente de ser adotada” (*Lições de Direito Penal*, São Paulo, 1976, Parte Especial, I/332, n. 4). Na jurisprudência, a solução em termos de tentativa de homicídio qualificado pela conexão teleológica ou consequencial foi posição já adotada pelo TJSP (RT 441/383 e RJTJESP 21/565).

A discussão se concentra na hipótese de homicídio consumado e subtração patrimonial tentada. O sujeito, para roubar, mata a vítima. Não consegue, entretanto, efetivar a subtração do objeto material. Existem, a respeito do assunto, quatro orientações, no sentido de ocorrer:

1. tentativa de latrocínio;
2. homicídio qualificado consumado e tentativa de roubo simples, em concurso material;
3. homicídio qualificado consumado;
4. latrocínio consumado.

A primeira solução, em sede de tentativa de latrocínio, é adotada por José Frederico Marques (*Tratado de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1956, II/361 e 362). Constitui, entretanto, posição isolada no TJSP (RT 444/323 e RJTJESP 7/548).

A segunda orientação, que determina rígida punição do sujeito como autor de dois crimes em concurso material (homicídio qualificado consumado e tentativa de roubo simples), não encontra respaldo doutrinário, apresentando-se como minoria na jurisprudência (TJSP, RT 243/82 e RJTJESP 6/439; no TJRJ, no mesmo sentido, v. RT 515/424).

De acordo com a terceira posição, quando o sujeito alcança a consuma-

ção do homicídio, ficando em fase de tentativa o assalto, responde por homicídio qualificado consumado. Apóia-se em Nelson Hungria (op. e loc. cit., p. 63), encontrando continuidade em Heleno Cláudio Fragoso, para quem deve ser abstraída “a tentativa de roubo, porque se o agente devesse responder por roubo tentado, também, em concurso material, a pena seria superior à do roubo seguido de morte, consumado, o que é absurdo” (op. e loc. cit., p. 331, n. 2). Em São Paulo, é orientação jurisprudencial minoritária (RT 402/86, 441/356; RJTJESP 8/508, 20/442, 21/562 e 22/517). Neste sentido, há acórdão antigo do STF (RTJ 13/247).

A quarta posição se apegua à interpretação gramatical do art. 157, § 3º, *in fine*, do CP, que emprega a expressão “se resulta morte”. Se da violência advém a morte do ofendido, argumentam, o fato se apresenta tipicamente consumado, sendo irrelevante a consumação da subtração patrimonial. Já era lição de Carrara (*Programa*, Parte Geral, São Paulo, Saraiva, 1956, trad. de José Luiz V. de A. Franceschini e J.R. Prestes Barra, I/274, n. 378) tendo seguidores em Pincherle (*Manuale* p. 49), Crivellari (*Concetti fondamentali*, ps. 79 e 80) e Ricardo C. Nunez (*Delitos contra la propiedad*, p. 217). Constitui orientação dominante no TJSP (RT 435/333, 440/332, 446/391, 495/304, 501/261 e 278, 503/324, 505/321, 507/347 e 514/348; RJTJESP 6/433 e 449, 16/466 e 470, 20/387, 29/417, 31/340 e 338 e 53/332). Corresponde, na prática, à melhor posição, embora, sob a ótica da dogmática penal, em face da péssima descrição do latrocínio, não se harmonize com o sistema da consumação e tentativa dos delitos complexos.

O STF, nas decisões a que nos referimos, adotou a última orientação.

No HC 56.704, de São Paulo, a Primeira Turma, em 20 de fevereiro último, por unanimidade, com relatório do Min. Cunha Peixoto, entendeu que, "se na prática do roubo ficou consumado o homicídio, estará sempre tipificado o crime de latrocínio, pouco importando se houve ou não efetiva subtração do bem patrimonial" (DJU de 23.3.79, p. 2100). E, no HC 56.817, a Segunda Turma, sendo relator o Min. Moreira Alves, em 23.2.79, por votação unânime, decidiu que "se se verificou o homicídio, tem-se por consumado o latrocínio, ainda quando não se haja efetivado a subtração patrimonial intentada" (DJU de 30.3.79, p. 2410).

Os julgamentos são de grande importância prática. O Pretório Excelso, nos últimos tempos, não havia decidido especificamente a questão. No RECr 84.591, de São Paulo, em 8.10.76, o Min. Moreira Alves, em seu voto, adotou a tese do latrocínio: "A meu ver, tratando-se de crime complexo, a circunstância de apenas se haver consumado um dos crimes membros, embora o mais grave, não tem força para, na ausência de lei em contrário, fragmentar a unidade dessa espécie de crime. O latrocínio continua a existir, restringindo-se a discussão a determinar se será consumado (como o é para a concepção clássica do latrocínio), ou se será apenas tentado" (RT 496/378 e 379). O Min. Cordeiro Guerra, em voto com vista, esclareceu: "O ilustre Promotor Público Damásio E. de Jesus em seu parecer de fls. sutenta, após erudita apreciação da doutrina e da jurisprudência, que a hipótese de homicídio consumado e subtração patrimonial tentada configura crime de latrocínio consumado (art. 157, § 3º, "in fine") e que, portanto, a competência para julgamento do fato é do

juiz singular, dando, assim, adesão à tese consagrada pelo acórdão recorrido. A sentença filiou-se à lição de José Frederico Marques, que entende que o agente deve responder por tentativa de latrocínio, em face da unidade complexa que caracteriza o delito, solução esta que o ilustre professor e representante do Ministério Público de São Paulo considera a de melhor feição doutrinária. Reconhece, porém, que o STF ainda não analisou especificamente essa hipótese (fls.). Na espécie, não é necessário, ainda, uma definição doutrinária sobre caso como o do autos, se o latrocínio se consuma, ou é simplesmente tentado, ou, ainda, se se trata de homicídio qualificado. Pois, como observou o eminente Min. Relator, consumado ou tentado, o latrocínio é um crime complexo, contra o patrimônio e, portanto, da competência do juiz singular. Nesse passo, e excepcionalmente, me afasto dos ensinamentos de Nelson Hungria. Por esses motivos, acompanho o eminente Relator, reservando-me para, em outra oportunidade, optar entre as soluções propostas - latrocínio consumado ou tentado em casos como os dos autos" (RT 496/379). Como se vê, embora inclinando-se os dois ilustres Mins. Moreira Alves e Cordeiro Guerra pela tese do latrocínio não se definiram (e não era o caso para isso pela forma tentada ou consumada do delito). Tanto que consta da ementa: "Em tais casos quer se considere que o latrocínio já se consumou, quer se entenda que ele foi simplesmente tentado — essa questão não está em causa no presente recurso" — a competência é do juiz singular (RJTJ SP 44/412; grifo nosso). Na ausência de solução definitiva, persistiu a variação de interpretação de nossos tribunais, com diversidade de consequências processuais, dada a reper-

cussão do tema no terreno da competência. Assim, acatando-se a solução em termos em latrocínio, a competência para julgamento é do juiz singular; entendendo-se haver homicídio qualificado, do Júri. Nos termos do STF, ocorrendo homicídio consumado e subtração patrimonial tentada, a solução como latrocínio consumado leva à competência para o processo e julgamento do juiz singular afastada a do Júri. Essa conclusão, quanto à competência, já era pacífica no Pretório Excelso (RT 496/375).

Heleno Cláudio Fragoso já havia notado que a jurisprudência pátria, no campo do latrocínio, se encontrava em verdadeira perplexidade (**Jurisprudência Criminal**, Rio, Borsoi, 1973, II/318), conseqüente à "técnica precária do Código" (op. e locs. cit.), tornando inaplicáveis, para os estudiosos, as soluções rigorosamente jurídicas" (RT 515/424). Interpretando o texto desde janeiro de 1942, nossos tribunais ainda não se tinham pacificado na interpretação da expressão "se resulta" do art. 157, § 3º, *in fine*, do CP. Em conseqüência, réus eram punidos, na prática do fato aqui discutido, se como autores de latrocínio, com pena de reclusão, de quinze a trinta anos (RT 440/332 e 446/391); outros, considerados autores de homicídio qualificado, com reclusão, de doze a trinta anos; outros, entendendo-se ocorrer tentativa de latrocínio, com reclusão, de dez a vinte anos (diminuição de um terço, CP, art. 12, parágrafo único), ou reclusão, de cinco a dez anos (diminuição de dois terços) (v. RT 444/323 e RJTJESP 7/548); por fim, alguns ficavam sujeitos a penas de dois crimes, homicídio qualificado e tentativa de roubo simples, somadas, podendo alcançar o máximo abstrato de trinta e seis anos e oito meses de reclusão (RT 243/82, RJTJESP 6/439).

O STF, cortando fundo a controvérsia, contribuiu mais uma vez para a uniformização de nossa jurisprudência, conferindo segurança à interpretação do texto federal. Essa é a sua elevada missão. (Nota de Damásio E. de Jesus).

PREScrição RETROATIVA NA LEI Nº 4.611/65

O art. 1º da Lei n. 4.611, de 2.4.65, que determinou a aplicação do rito sumário, previsto nos arts. 531 a 538 do CPP, no procedimento dos crimes de homicídio culposo e lesões corporais culposas (CP, arts. 121, §§ 3º e 4º, e 129, §§ 6º e 7º), concedeu a titularidade da ação penal à autoridade policial ou ao juiz (SPP, art. 531) quando conhecida a autoria do fato num quinquênio. Com fundamento na necessidade da celeridade processual, o legislador, não obstante reconhecer a natureza pública da ação penal naqueles casos, cuja legitimidade "ad causam" formal ativa sempre pertence ao Ministério Público, implicitamente não permitiu a este a iniciativa do procedimento criminal, procurando evitar, com isso, que a praxe da instauração de inquérito policial viesse contribuir para agravar o angustiante problema da morosidade da justiça. Nos termos do § 1º daquela disposição, entretanto, não conhecida a autoria do crime dentro do prazo de quinze dias, estabeleceu-se diverso procedimento criminal, deferida a sua promoção, por intermédio de oferecimento de denúncia, ao órgão da Justiça Pública.

Questionou-se nas lides forenses a legitimidade da iniciativa do Ministério Público, promovendo a ação pe-

nal com o oferecimento de denúncia, quando desde logo conhecida a autoria. O Juiz Silva Franco, do TACrim SP, em primoroso estudo sobre a matéria, contido nos embargos infringentes n. 141.439, da Comarca de São Paulo, em 20.4.77, anotou que se formaram duas correntes. Uma, negando a validade da denúncia do Ministério Público quando desde logo conhecida a autoria do crime, somente a permitindo na exceção prevista no art. 1º, § 1º, da Lei n. 4.611/65, hipótese em que o autor do delito só vem a ser conhecido depois de quinze dias do fato delituoso (RT 371/171, 396/303, 398/321, 415/272, 431/387, 433/413, 435/383, 442/468, 456/427, 468/369, 472/348; JTACrimSP 2/5, 3/30, 13/310, 19/192, 20/113 e 299, 23/193 e 242, 31/170, 187, 217 e 303, 33/302, 34/186 e 190 e 35/217 — pesquisa do relator). Outra corrente, em sentido diverso, admitindo a iniciativa do Ministério Público mesmo quando conhecida desde logo a autoria do delito culposos, sob o fundamento de que a norma processual penal a ela não tinha feito referência por simples omissão (RT 298/321, 358/281, 419/299, 437/430, 447/410, 451/274, 455/363, 463/384, 468/366, JTACrimSP 22/213 e 267, 23/67 e 334, 24/274, 31/251, 260/313, 392 e 403, 32/114, 118, 345, 392, 419 e 421, 33/54, 74, 203, 224, 225, 280 e 319, 34/63, 148, 267, 277, 355, 356, 400, 402, 409 e 420, 35/205 e 286, 36/57, 92, 178, 208, 291, 334 e 353 — pesquisa do relator). Afinal, a segunda posição, contrária aos interesses do réu, prevaleceu no STF, sob a consideração de ser razoável a interpretação que também admite a denúncia no regime da Lei n. 4.611/65, mesmo quando desde logo conhecida a autoria, sem prejuízo da iniciativa do juiz ou da autoridade policial, uma vez que o art. 1º da refe-

rida lei não o proíbe expressamente. Além disso, nos termos da fundamentação, a finalidade da denúncia é, em abono da natureza sumária do procedimento, evitar delongas (RTJ 41/260, 46/768; RECr 77.787, DJU de 8.3.74, p. 1172; RECr 78.329, DJU de 17.7.74, p. 4160). Essa orientação é hoje tranqüila na Suprema Corte (RHC 55.676 — SP — 2a Turma, em 29.11.77 — v. un. — Rel. Min. Moreira Alves — DJU de 7.4.78, p. 2051).

Admitida a legitimidade da denúncia no regime da Lei n. 4.611/65, conhecida desde logo a autoria do crime, de questionar-se o efeito interruptivo da prescrição pelo seu recebimento. Nos termos do art. 117, I, do CP, o recebimento da denúncia interrompe a prescrição da pretensão punitiva (prescrição da ação). Essa norma é aplicável à hipótese? Suponha-se que o sujeito tenha praticado lesão corporal culposa em 2.9.76. Não obstante conhecida a autoria desde o início, a ação penal tenha sido promovida mediante denúncia recebida em 4.4.77, vindo a ser publicada a sentença condenatória em 3.9.78 impondo dois meses de detenção. A acusação não recorre. Diante disso, aplicando-se a Súmula 146 do STF e não reconhecendo o efeito interruptivo do recebimento da denúncia, teria ocorrido a prescrição em 1º.9.78, dois dias antes da publicação da sentença condenatória. Considerando a pena inferior a um ano, e na ausência de recurso da acusação, a prescrição teria ocorrido em dois anos (CP, art. 109, VI), contados retroativamente entre a data da consumação do crime (CP, art. 111, a) e a da publicação da sentença (CP, art. 117, IV). Caso se reconheça efeito interruptivo ao recebimento da denúncia, não teria ocorrido a prescrição retroativa (CP, art. 117, § 2º).

A 1a. Turma do STF, no HC 54.184, de S. Paulo, por votação unânime, sendo relator o Min. Antônio Neder, em 25.5.76, entendeu que “se a denúncia é idônea para instaurar o procedimento sumário contra quem haja cometido crime previsto na Lei nº 4.611/65, seria estranho que não tivesse eficácia para interromper o curso do prazo prescribente (CP, art. 117, I), pois desse modo ela seria eficaz para o mais, que é a instauração do procedimento acusatório, e não seria para o menos, que é o interromper, nesse mesmo procedimento, o fluxo do prazo prescribente” (DJU de 15.10.76, p. 8922).

A Procuradoria-Geral da Justiça de São Paulo, com fundamento na alínea d do permissivo constitucional (CF, art. 119, III), citando como divergente o acórdão citado, interpôs dezenas de recursos extraordinários criminais visando à reforma de decisões que haviam decretado a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa, nos termos da Súmula 146, contando o prazo entre a data do fato e a da publicação da sentença condenatória e não conferindo efeito interruptivo ao recebimento da denúncia, em casos de conhecimento imediato da autoria do crime culposos. Sustentou o Chefe do Parquet paulista a incidência, na espécie, do disposto no art. 117, I, do CP, segundo o qual o recebimento da denúncia interrompe a prescrição. Argumentou tratar-se de norma de aplicação genérica, abrangente de todas as hipóteses, inclusive a questionada. Interpretação diversa, nos termos da fundamentação do apelo extremo, somente seria possível se a Lei n. 4.611/65, de forma expressa, tivesse excluído o efeito interruptivo da prescrição pelo recebimento da denúncia, o que não fez, argumento adotado

pela Procuradoria-Geral da República. Argüida a relevância da questão federal, por se tratar de hipóteses de crimes apenados com detenção (Regimento Interno do STF, art. 308, caput e I), dezenas de arguições foram acolhidas.

O STF, porém, não conferiu ao recebimento da denúncia, no regime da Lei n. 4.611, na hipótese de conhecimento imediato da autoria do delito culposos, efeito interruptivo da prescrição (RHC 55.501, Plenário, em 31.8.77). No RECr 87.644, tomado apenas para exemplo, o Pretório Excelso, por intermédio de sua Segunda Turma, em 6.9.77, por unanimidade de votos, adotou a tese de que a denúncia que substitui a portaria para a instauração da ação penal regida pela Lei n. 4.611/65 não pode surtir efeito maior do que o atribuído ao meio específico, ou seja, a portaria, que não interrompe a prescrição, uma vez que o art. 117, I, do CP, concede tal efeito somente ao recebimento da queixa ou denúncia. O Ministro Djaci Falcão, relator do acórdão, assim expôs as razões de seu voto: “O acórdão recorrido deu pela prescrição retroativa à vista do decurso do prazo entre a data do fato delituoso e a da sentença condenatória. Com isso, negou efeito interruptivo da prescrição ao recebimento da denúncia, na hipótese desta ser utilizada para instauração penal regida pela Lei n. 4.611, de 2.4.65. Há de se considerar aí que a denúncia substitui a portaria prevista na regra processual. A lei n. 4.611/65 estabelece o rito sumário para o processo dos crimes previstos nos arts. 121, 3º, e 129, 6º, do Código Penal (art. 1º). Por sua vez, estatui o art. 531 do CPPenal: “O processo das contravenções terá a forma sumária, iniciando-se pelo auto de prisão em

flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público". Desse modo, quando a ação se instaura mediante denúncia, esta, que se apresenta como sucedâneo da portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, não pode ter maior efeito que aquela. Ora, se a Portaria não constitui causa interruptiva da prescrição, conforme se deduz do elenco constante do art. 117 do Código Penal, onde se insere "pelo recebimento da denúncia ou queixa" (inc. I), a denúncia no caso, dado a seu caráter de sucedâneo da portaria, em face da construção que adotamos, não pode surtir efeito maior do que o atribuído ao meio próprio e específico, ou seja, à portaria. Outro raciocínio conduziria a tratamento desigual e injusto, pois no processo iniciado por meio de portaria não haveria interrupção da prescrição em razão da portaria, enquanto naquele instaurado mediante denúncia haveria interrupção prescricional, por força do recebimento da denúncia. Aliás, nesse sentido orientou-se esta Corte, pelo seu Plenário, ao julgar o RHC nº 55.501, relator Ministro Bilac Pinto, a 31.8.77. A decisão foi tomada contra os votos dos eminentes Ministros Bilac Pinto, Rodrigues Alckmin e Antônio Neder" (RTJ 82/645 e 646).

Essa orientação é hoje pacífica no STF: o recebimento da denúncia, no regime da Lei n. 4.611, conhecida desde logo a autoria, não interrompe o prazo prescricional (RECr 86.499 — DJU de 31.10.77, p. 7588; RECr 87.591 — DJU de 29.12.77, p. 9431; RECr 87.699 — DJU de 31.10.77, p. 7589; RECr 87.694 — DJU de 31.10.77, p. 7589; RECr 87.731 —

DJU de 18.11.77, p. 8326; RECr 88.092 — DJU de 21.10.77, p. 7382; RECr 88.432 — DJU de 22.9.78, p. 7311; RECr 88.460 — DJU de 29.12.77, p. 9436; RECr 88.509 — DJU de 29.12.77, p. 9436; RECr 89.223 — DJU de 22.9.78, p. 7312; RHC 55.626 — DJU de 29.12.77, p. 9432; HC 56.169 — DJU de 30.6.78, ps. 4845/6; HC 56.203 — DJU de 11.9.78, p. 6787). O recebimento da denúncia, de acordo com o Pretório Excelso, somente interrompe o curso da prescrição da pretensão punitiva (da ação penal), nos termos do art. 117, I, do CP, nos casos previstos no art. 1º, § 1º, da Lei n. 4.611, quando a autoria do crime permanece ignorada por mais de quinze dias (RECr 87.731 — DJU de 18.11.77, p. 8326). Assim, conhecida desde logo a autoria do crime de homicídio culposo ou lesão corporal culposa, a prescrição começa a correr da data da prática delituosa, não se interrompendo pelo recebimento da eventual denúncia. Dada a morosidade de nossa Justiça, cumpre observar que em centenas e milhares de ações penais por crimes automobilísticos culposos está correndo e ocorrendo a prescrição retroativa, uma vez que é muito raro, dado o acúmulo de serviço forense, o término de ação penal dentro do prazo de dois anos, contados da prática do crime. Isso torna inútil o trabalho de milhares de serventuários e de centenas de Delegados de Polícia, Juizes e Promotores Públicos. Há, porém, um meio de se evitar a prescrição retroativa. Basta que o representante do Ministério Público apele da sentença condenatória visando à agravção da pena, com fundamento em eventuais dados sobre os antecedentes, personalidade do agente, grau da culpa (maior censurabilidade do comportamento que desatendeu ao

cuidado objetivo necessário), consequências do fato e outras circunstâncias judiciais (CP, art. 42, caput) ou legais (CP, art. 129, § 7º). Não importa que seu recurso não seja provido. É jurisprudência também tranqüila no STF que o recurso da acu-

sação que visa ao agravamento da pena, embora não provido, impede a aplicação do princípio sumular (RECr 89.600 — DJU de 11.9.78, p. 6792). (Nota de Damásio E. de Jesus).

RESENHA BIBLIOGRAFICA

Este livro alcança sua terceira edição com as mesmas características que o converteram num sucesso entre os profissionais da justiça criminal. O leitor nele encontra, ao lado da informação atualizada (a única exceção — posterior ao lançamento — diz com a posição do STF a respeito de crime continuado no roubo) sobre o entendimento dos tribunais a propósito dos mais relevantes temas de direito e processo penal, uma apreciação crítica, instruída pela mais refinada doutrina, e pela apurada cultura jurídica do Autor.

Heleno Fragoso, Jurisprudência Criminal,
S. Paulo, 1979, ed. José Bushatsky, 2 vols. (3a. edição)

Já tive oportunidade de registrar a importância, em minha opinião, de Jurisprudência Criminal na totalidade da produção de Heleno Fragoso. O ano de 1968, quando saiu a primeira edição, foi um ano de expressiva temperatura: a revolução estudantil na França, a divulgação de Marcuse; o AI-5 no Brasil, torturas e processos políticos. Na biografia universitária de Heleno Fragoso, 1968 marca, com Jurisprudência Criminal, a ocasião em que o austero dogmático e o advogado comprometido se compatibilizam, e o "social" começa progressivamente a vincar o "legal", em suas linhas de preocupação.

Este livro alcança sua terceira edição com as mesmas características que o converteram num sucesso entre os profissionais da justiça criminal. O leitor nele encontra, ao lado da informação atualizada (a única exceção — posterior ao lançamento — diz com a posição do STF a respeito de crime continuado no roubo) sobre o entendimento dos tribunais a propósito dos mais relevantes temas de direito e processo penal, uma apreciação crítica, instruída pela mais refinada doutrina, e pela apurada cultura jurídica do Autor.

Tendo consignado que a posição do STF a respeito da admissão de crime continuado no roubo foi alterada depois do lançamento da obra, é de justiça esclarecer que toda a fundamentação teórica neste sentido estava posta no próprio comentário deferido ao verbete.

Advogados, juizes, promotores, professores e estudantes encontram, nestes dois volumes, um enlace sem concessões entre as teorias e os problemas propostos pela experiência judiciária. Os repositórios de jurisprudência costumam despertar nos usuários um comodismo intelectual, que transforma o consulente numa espécie de falsário: trata-se de expor a decisão que interessa, e omitir as outras. Jurisprudência Criminal desperta no leitor uma salutar vertente crítica: trata-se de conhecer as correntes e debater seus fundamentos, porque os tribunais repensam suas decisões, e talvez o melhor tribunal seja o que mais as repense.

Nilo Batista

Este livro alcança sua terceira edição com as mesmas características que o converteram num sucesso entre os profissionais da justiça criminal. O leitor nele encontra, ao lado da informação atualizada (a única exceção — posterior ao lançamento — diz com a posição do STF a respeito de crime continuado no roubo) sobre o entendimento dos tribunais a propósito dos mais relevantes temas de direito e processo penal, uma apreciação crítica, instruída pela mais refinada doutrina, e pela apurada cultura jurídica do Autor.

Constitui uma das mais belas tradições acadêmicas a homenagem através do estudo e da pesquisa na sua ciência, que fazem colegas e discípulos a um mestre consagrado. Este volume, de quatro mil páginas, é exemplo magnífico dessa tradição, representando contribuição notável aos estudos a que tão proficuamente se dedicou Paul Bockelmann, antigo professor da Universidade de Munique, que, em dezembro de 1978, completou 70 anos.

A coletânea foi organizada por Arthur Kaufmann, Günter Bemmman, Detlef Krauss e Klaus Volk, e reúne quase 60 trabalhos escritos pelos nomes mais representativos da ciência penal e da criminologia na Alemanha. Aqui estão velhos mestres ao lado de professores que hoje ocupam as cátedras universitárias de mais prestígio, bem como professores da nova geração e que já têm reputação firmada. Os estrangeiros são poucos. O nosso caríssimo professor Giuseppe Bettiol, seguramente o jurista italiano mais respeitado na Alemanha, professor *honoris causa* das Universidades de Freiburg e Innsbruck (e também de São Paulo) escreve sobre a culpa de autor e certeza do direito. O professor Hans Schultz, da Universidade de Berna, escreve sobre o papel do médico na investigação policial. E o professor Christos Dedes, da Universidade de Atenas, sobre a concretização do dever de cuidado nos crimes culposos. O restante do volume se faz com a prata da casa, e, sem dúvida, com o que há de mais representativo hoje na Alemanha.

Os trabalhos estão agrupados em sete seções. Na primeira se cuida de problemas metodológicos e filosóficos, de caráter geral. Aqui estão estudos de Honig, Hardwig, Müller-Dietz, Eduard Dreher, Arthur Kaufmann, Klaus Volk, Hirsch, Schünemann e o nosso conhecido Hans-Heinrich Jescheck, que examina a significação do direito comparado para a reforma penal. Merecem destaque, nesta parte da obra, o trabalho de Arthur Kaufmann, retomando o tema do caráter científico da ciência do direito, questão sempre importante, a que se dedica também o artigo de Klaus Volk, e, de certa forma, o de Schünemann, na perspectiva da Parte Especial.

A segunda parte da obra, que é a mais volumosa, trata de questões técnicas da ciência do direito penal. Inicia-se com um artigo de Wilhelm Gallas sobre a estrutura do conceito jurídico penal de injusto e reúne estudos de Lüderssen, Otto Triffterer, Hassemer, Spendel, Richard Lange, Claus Roxin, Werner Mende, Frank Marguth, Wolfgang Lanksch, Bettiol, Manfred Maiwald, Rudolphi, Peter Cramer, Ulsenheimer, Hruschka, Christos Dedes e Krümpelmann. São estudos sobre a antijuridicidade, particularmente a legítima defesa (Hassemer e Spendel), sobre a imputabilidade (Werner Mende, Marguth e Lanksch), a culpa (Lange, Roxin, Bettiol), a autoria e participação (Rudolphi e Cramer), a tentativa e a desistência voluntária (Ulsenheimer), a ação e omissão (Hruschka) e a negligência (Dedes e Krümpelmann).

A terceira parte trata de trabalhos na área médica (a que Paul Bockelmann tanto se dedicou). Inicia-se com um estudo de Kuhlendahl sobre

a esfera de decisão do médico, e prossegue com excelente exame da difícil problemática da intervenção cirúrgica, por Werner Wachmuth. Nesta seção existem também trabalhos sobre o transplante de órgãos (Zencker), sobre o dever de socorro do médico (Wolfgang Spann, Liebhardt e Werner Braun), a eutanásia, na perspectiva médica (Bauer) e jurídica (Engisch); sobre a prova no caso de erro profissional (Schwalm), completando-se com outros trabalhos de Zipf, Kienapfel e Hans Schultz, a que já aludimos.

Na quarta parte estão agrupados trabalhos sobre temas específicos da Parte Especial. Gerd Geilen escreve sobre o atentado político e terrorismo; Wolfgang Frisch sobre o erro no estelionato; Johannes Wessels sobre a reforma dos crimes de moeda falsa; Wolfgang Naucke sobre o exame de concentração alcoólica nos crimes da circulação de veículos. Deslocado, aqui está também um trabalho de Schmidhäuser sobre participação.

Na quinta parte estão vários estudos sobre concurso aparente de normas (Theo Vogler), direito penal internacional e lei penal no tempo (Oehler e F.C. Schroeder), além de outros trabalhos de Grünwald e Stackelberg.

Na sexta parte, estão estudos de processo penal, reunindo trabalhos de Gössel (sobre a prova proibida), Tiedemann, Lothar Philips e Gerhard Schmidt, este último sobre a posição do lesado no direito processual sueco.

Finalmente, temos trabalhos que se referem aos problemas, hoje tão atuais, da pena e da execução penal. Aqui estão trabalhos de Rudolf Schmitt (sobre o tratamento compulsório da embriaguez), de Schüler Springorum (sobre a reforma da execução penal, matéria em que é hoje um dos melhores especialistas), de Bemmman (sobre a difícil questão do fim na execução penal) e de Günter Stratenwerth (sobre direito penal e terapia social). Encerra o volume um estudo de Günther Kaiser sobre a pena ("Que sabemos sobre a pena? Tarefas, problemas e limites da pesquisa penológica hoje").

Pode o leitor avaliar, do que fica dito, a importância desta coletânea, que o editor Beck valorizou com apresentação gráfica impecável.

H.C.F.

PIETRO VERRI, *Observaciones sobre la Tortura*,
trad. M. de Rivacoba y Rivacoba, B. Aires, 1977, 130 pp.

Ao início da segunda metade do século XVIII, alguns jovens milaneses, reunidos pelas mesmas inquietações intelectuais, fermentavam generosas idéias sobre política, economia, história, filosofia e direito. Fundaram uma academia (*Accademia dei Pugni*), e editaram por dois anos uma revista cujo título, a valer uma tradução literária, seria "O Botequim" (*Il Caffè*). Um desses jovens ficaria famoso por um pequeno livro, chamado *Dei Delitti e delle Pene*,

Aqueles que se aproximaram mais da história desse livro sabem que a opinião predominante na Itália indica que tanto o assunto, quanto informações a respeito e estímulos foram fornecidos a Beccaria por Pietro Verri; uma das provas neste sentido está em que o capítulo de *Dei Delitti e delle Pene* sobre tortura é certamente o mais denso, e o segundo em extensão (o primeiro é sobre a pena de morte). Por coincidência, Pietro Verri era particularmente interessado no problema da tortura, e não há dúvidas de que o material por ele levantado, bem como o produto de suas reflexões, foram utilizados por Beccaria.

Temos, em extraordinária tradução do Prof. Manuel de Rivacoba y Rivacoba, as *Osservazioni sulla Tortura* de Pietro Verri, que vieram a lume em 1777. Verri descreve um processo que foi movido contra alguns pobres cidadãos, por ocasião da peste que assolou Milão em 1630, acusados de disseminar a epidemia pela aplicação de uma pasta supostamente contagiosa nos muros da cidade. Não se sabe o que, mas admirar: se a fidelidade da narrativa, que realiza o milagre de pôr diante de nossos olhos toda a crueza de um procedimento submisso às confissões obtidas pelo tormento, se a finura das observações de Verri, que empreende uma análise do resultado das confissões assim produzidas, e revela a irracionalidade de seu próprio conteúdo. O volume é enriquecido por um prólogo do tradutor, com valiosas informações sobre o autor, seu tempo e sua obra, e considerações a respeito da própria tortura.

Para os penalistas brasileiros, que em pleno século XX convivemos com a tortura (e em pior situação do que os tristes milaneses de Verri, porque — aí de nós — nossos torturados não dispõem de regras minuciosas e bem definidas sobre a aplicação do tormento), para os penalistas brasileiros este deve ser um livro de cabeceira.

Nilo Batista

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, *Teoria e Prática da Ação Penal*,
São Paulo, Saraiva, 1979, 272 págs.

Esta revista já registrou, de forma elogiosa, um outro livro do A., escrito no mesmo estilo (*A Defesa na Polícia e em Juízo*, RDP 11/12, 83), e é com a mesma satisfação que devemos saudar o aparecimento deste novo volume. Escrito sem maiores pretensões, com clareza e simplicidade, afasta-se este trabalho do que se tem convencionado chamar de literatura prática, que se caracteriza, em geral, por impropriedade e incorreções, expostas muitas vezes de forma confusa e inconcludente. Algumas dessas obras alcançam merecido sucesso.

O A., que é professor da Faculdade de Direito da UFMG, estuda agora a ação penal, em seus aspectos teóricos e práticos, começando por breve introdução em que trata da jurisdição, da ação e do processo e de questões gerais relativas ao tema.

Em seguida, trata do inquérito policial e da polícia judiciária, manifestando-se pela manutenção do primeiro em nosso sistema de processo. A experiência de um século com o inquérito policial, a nosso ver, é claramente negativa. Pode-se dizer que o inquérito policial é a forma mais comum de burlar a justiça criminal, viciando-a pela violência ou a corrupção. A primeira destinada aos "pés de chinelo"; a segunda, aos que têm dinheiro.

Trata, ainda, o A., em capítulos distintos, da instauração do inquérito e do arquivamento, apresentando sempre modelos e fórmulas. Depois, da promoção da ação penal, do recebimento e a rejeição da denúncia ou da queixa; da instauração do processo sumário e da difícil questão de seu arquivamento. Igualmente são estudados os procedimentos no processo penal, a sentença, e outros problemas relacionados com a persecução penal, dedicando os três últimos capítulos ao processo do júri.

A obra é, no conjunto, correta e bem escrita, destinando-se a prestar excelente serviço aos que se iniciam.

H.C.F.

Prospettivi sul terrorismo, Quaderni, Rassegna di Studi,
Institut Supérieur International des Sciences Criminelles,
Ano I, vol. II, Dez. 1978 (Siracusa, Itália).

O Instituto Superior Internacional de Ciências Criminais, em Siracusa, órgão vinculado à Associação Internacional de Direito Penal, vem realizando excelente trabalho, através de seminários internacionais, cursos e outras atividades.

Em dezembro de 1977, o Instituto celebrou um seminário internacional sobre terrorismo, reunindo brilhante grupo de estudiosos e especialistas de vários países. Este volume dos *Quaderni* publica as contribuições dos participantes do seminário, constituindo, sem a menor dúvida, um dos mais importantes repositórios de estudos sobre o difícil tema.

O volume divide-se em quatro partes. Na primeira estão trabalhos sobre a história da luta internacional contra o terrorismo (RAYMOND LANGUI e BOGDAN ZLATARIC), reproduzindo-se o excelente estudo preparado em 1972 pelo secretariado da ONU (*"An historical introduction to international legal control of terrorism"*). Aqui estão também as contribuições de CHERIF BASSIOUNI (*"Methodological Options for international legal control of terrorism"*) e de SALVATORE ARDIZZONE, sobre a valoração jurídica do terrorismo.

Na segunda parte trata-se de questões gerais relativas ao terrorismo. Aqui se inclui um estudo de EZZAT A. FATTAH sobre a vitimologia do terrorismo e outro de EKKEHARD HAGEDORN sobre a eficácia e os limites do reforço da sanção penal em matéria de terrorismo (analisando as recentes

modificações introduzidas no direito alemão nessa matéria). Ainda nessa segunda parte aparecem reproduzidas as intervenções de vários participantes num seminário patrocinado pelo jornal "Chicago Sun Times", sobre terrorismo e os meios de comunicação de massas, bem como estudo especial de M. DE NIDRIS SINI SCALCHI sobre este aspecto do problema ("Terrorismo e mass-média").

A terceira parte do volume examina questões especiais. DAVOR KRAPAC escreve sobre o terrorismo segundo a lei iugoslava; FRANCISCO MUNOZ CONDE, sobre a legislação espanhola; NOUR EL DIN HINDAWY sobre o terrorismo no Oriente Próximo; MARIE TOLLENBOM sobre o terrorismo na França, concluindo-se com quatro trabalhos sobre apoderamento ilícito de aeronaves (VALERY P. CHUPILOV, MARY LUCILLE MILANO, RITA CATALANO e ANTÔNIO SCAGLIONE), dos quais os dois últimos se referem ao direito italiano e às suas recentes inovações nessa matéria.

A última parte do volume trata de questões relativas ao âmbito internacional. Aqui estão estudos de CHRISTINE VAN DEN WIJNGAERT e MICHELE GELARDI sobre a extradição nos crimes políticos e de terrorismo; YVES RODRIGUEZ, sobre a convenção europeia para a repressão do terrorismo e, finalmente, GIUSEPPE GIUFFRIDA, sobre a cooperação internacional da repressão.

Em apêndice aparecem os textos de decisão da ONU, de 1972, e de sua convenção para a punição e prevenção de pessoas internacionalmente protegidas, inclusive diplomatas (1974); resoluções do Conselho da Europa e sua convenção para a repressão do terrorismo, documentos de trabalhos preparados pela ONU para uma convenção internacional sobre a tomada de reféns, bem como estatísticas de incidentes terroristas internacionais (1965-1976), relatório da Internacional Law Commission (1978), apresentando-se, ao final, as conclusões e recomendações da conferência. Nestas, destacam-se, na Parte Geral, a definição de terrorismo, e, na Parte Especial, as observações sobre terrorismo e guerras de libertação nacional.

Trata-se, no conjunto, de um belo trabalho, que não pode deixar de ser consultado pelos que hoje se dedicam ao estudo do difícil problema.

H.C.F.

PIMENTEL (Manoel Pedro), *Contravenções penais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978 (2a. ed.), 184 págs.

Esta segunda edição deste pequeno livro aparece revista e ampliada, com observações que se relacionam com o anteprojeto revisto de nova lei das contravenções penais, elaborado pelo prof. José Salgado Martins.

Trata-se de trabalho escrito para servir como texto-guia para ensino da matéria no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito, da USP. As deficiências de nossa bibliografia nesse setor são bem conhecidas.

Não se pretendeu realizar estudo sistemático, sendo examinados certos temas específicos da Parte Geral relacionados com as contravenções (teoria geral das contravenções penais, elemento subjetivo, tentativa e penas, reincidência, penas acessórias, presunção de periculosidade), bem como a ação penal e alguns tipos de contravenções (referentes à pessoa, porte de arma, anúncio de meio abortivo ou anticoncepcional, vias de fato, internação irregular em estabelecimento psiquiátrico e indevida custódia de doente mental).

O autor, que alia à sua formação de professor a sua experiência de antigo e destacado juiz do Tribunal de Alçada de São Paulo, realizou, com este livro, realmente, trabalho útil e valioso, como demonstra esta segunda edição. A obra seria imensamente enriquecida se acrescentasse também um enfoque criminológico dos temas, com exame do processo de descriminalização a que vêm sendo submetidas as pequenas infrações penais. Parece, a esta altura, bastante claro que o sistema punitivo não é remédio adequado à repressão desse tipo de infrações e que a evolução natural está numa transferência de tais fatos para o direito penal administrativo. Esta é hoje a questão básica que apresentam as contravenções penais. Seria interessante, numa próxima reedição desta obra, que o autor se dedicasse ao estudo da rica problemática político-criminal que o tema suscita.

H.C.F.

CRISTINA PINHEIRO MACHADO, *Os Exilados, 5 mil brasileiros à espera da anistia*, São Paulo, Alfa-Omega, 1979, 129 págs.

A autora é jovem jornalista, especializada na área do noticiário político. O livro constitui excelente relato sobre a situação de exilados brasileiros, a partir de 1964, focalizando os diferentes tipos de pessoas que, em ocasiões diversas, saíram do país por motivos políticos. O texto é leve, agradável, inteligente e bem escrito, ajudando a compreender a ação política de muitos dos perseguidos políticos e esclarecendo sobre a amarga situação do exílio.

Constitui subsídio interessante para a história dos tempos conturbados que o país atravessou nesse período, ajudando a justificar plenamente a tão esperada anistia ampla, geral e irrestrita.

H.C.F.

NILO BATISTA, *Concurso de agentes*, R. de Janeiro, Liber Juris, 1972, 172 págs.

Trata-se da tese elaborada pelo autor, para obtenção do título de mestre em direito, conquistado em brilhante concurso, na Faculdade de Direito da UFRJ. Como sub-título: "Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal Brasileiro". Não temos dúvida em afirmar que é este o melhor trabalho publicado em nosso país sobre o espinhoso tema, que tem dado lugar, no estrangeiro, a vastíssima literatura.

Vivemos uma época de nítida decadência da dogmática jurídico-penal, como se pode ver de forma tão expressiva na produção bibliográfica italiana, e mesmo na alemã. Os penalistas, de um modo geral, estão hoje vivamente atraídos (e preocupados) com as questões de política criminal, que assumem proporções tão graves. Isso não é para lamentar. Estamos convencidos que essa tendência há de conduzir a um direito penal melhor, mais justo e mais humano.

Parafraseando Enrique Gimbernat, podemos dizer que a dogmática jurídico-penal terá sempre um futuro. A elaboração técnica do jurista é elemento de segurança, que conduz não só ao melhor conhecimento da lei, como também à sua aplicação mais justa e igualitária. Infelizmente são poucos os jovens juristas que se apresentam com o talento e o instrumental necessários à realização de trabalho valioso nesse terreno.

Constitui grande alegria verificar que Nilo Batista mostra, com este livro, possuir qualidades para realização de trabalho jurídico da melhor categoria, nada ficando a dever ao que de melhor se produz no campo de nossa especialidade em qualquer parte do mundo. Para quem escreve estas linhas esta alegria é redobrada, pela intensa vinculação pessoal enriquecida permanentemente pelo estudo e pelo trabalho comum, que permitem uma avaliação muito exata de sua excepcional vocação universitária.

As teses de concurso, pelo menos na área jurídica, costumam ser livros que apresentam excessiva e desnecessária citação de autores e opiniões alheias examinadas e criticadas. Parece-nos hoje que há nisso um certo subdesenvolvimento cultural. É natural, no entanto, que o candidato queira mostrar a seus examinadores estudo e erudição, pois isto faz parte da qualificação exigível. O livro de Nilo Batista não escapa à regra, mas deve-se dizer que suas notas são quase sempre breves, destinando-se à documentação verdadeiramente exaustiva que faz da matéria exposta no texto, sem tornar a leitura pesada e desagradável.

O autor examina inicialmente a questão do concurso de agentes na legislação brasileira, introduzindo a temática que a seguir desenvolve, com o estudo corretíssimo do fundamento causal e da distinção entre autoria e participação. O critério final-objetivo é adotado para a distinção entre autores e partícipes. A seguir estuda, em capítulos distintos, a autoria direta, a co-autoria, a autoria mediata e a participação.

Todas as questões importantes suscitadas pela matéria exposta são examinadas, proporcionando-se ao leitor indicação bastante completa de fontes, sempre com o que há de melhor e de mais representativo na doutrina moderna. As soluções indicadas partem de premissas corretas (quanto ao problema da causalidade, relegado hoje a plano secundário) e podem ser aceitas tranquilamente.

A obra destaca-se nitidamente no quadro medíocre de nossa produção bibliográfica em matéria penal e deve merecer a atenção de todos os estudiosos.

H.C.F.

CIÊNCIA PENAL, ano IV, nº 1, 1979, Rio de Janeiro, Forense, 160 págs.

Reaparece a excelente revista dirigida por professores de São Paulo, agora inaugurando uma terceira fase, editada pela Forense. A publicação passa a ser semestral.

Este número se apresenta como homenagem ao professor Roberto Lyra, iniciando-se com um retrato do mestre e um esboço biográfico, de autoria de João Marcelo de Araújo Júnior. Na parte referente a artigos estão sete trabalhos: Archer Tongue (Conceitos sobre dependência em relação às drogas); Rafael Luiz Hanell (Delincuencia y "enfermedad mental"); O. Ramos Maranhão (Delinquência neurótica); Rogério Lauria Tucci (Flagrante delito); Miguel Reale Júnior (O atual direito penal brasileiro: autoritarismo e tecnoburocracia); Ricardo Antunes Andreucci (Periculosidade e lei 6416/77); René Ariel Dotti (O Direito de Execução Penal e as sete cabeças de Hidra).

Publica-se também parecer do prof. José Frederico Marques, sobre queixa crime, indivisibilidade, pagamento de custas e poderes outorgados na procuração.

Na parte final estão três comentários sobre jurisprudência. O primeiro, de Miguel Reale Jr., sobre a súmula 145 e a ação do provocado. O segundo, de Ricardo Antunes Andreucci (sobre a denúncia caluniosa) e, finalmente, o terceiro, de Valdir Snizek (sobre falso e estelionato e o conflito aparente de normas).

Auguramos sucesso à **Ciência Penal**, esperando que venha a aparecer sempre com regularidade.

H.C.F.

CARRANCA Y TRUJILLO (Rául), Código Penal Anotado,
México, Editorial Porrúa, 1978 (7a. edição).

Trata-se de mais uma edição da obra do velho mestre Carranca y Trujillo, desaparecido há vários anos, em conjunto com seu filho e continuador, Carranca y Rivas, professor ilustre da Universidade Nacional Autónoma de México, e atual diretor da conceituada revista "Criminália".

Num único volume aparecem anotações a todos os artigos do CP federal mexicano. Como não poderia deixar de ser o trabalho é dominado pelo espírito de síntese, pretendendo informar o leitor sobre as questões técnicas mais importantes que os textos suscitam, com referências a outros códigos estaduais e à jurisprudência. Mantida sempre em dia, através de sucessivas edições, a obra há de ser extremamente valiosa para os que tenham de aplicar a lei.

Na parte final do volume estão reproduzidos os textos da lei de normas mínimas sobre readaptação social de sentenciados e da lei dos Conselhos Tutelares para menores infratores do Distrito e Territórios Federais.

H.C.F.

Este número do boletim da Sociedade Internacional de Defesa Social, dirigido pelo prof. Pietro Nuvolone, é particularmente rico de informações, revelando o trabalho notável dos que atuam no movimento de defesa social.

Na parte de Estudos e Variedades, encontramos informação de Ali Lasser, sobre as novas leis em matéria penal e de processo, na Venezuela, destacando-se a notícia sobre a criação do Ministério da Juventude, em janeiro de 1977, e a criação de tribunais de instrução permanente. O autor também informa sobre a constituição de comissão nacional de reforma penitenciária.

Encontramos também nota de Hassan Allam sobre alguns problemas de legislação penal e defesa social no Egito, e um excelente trabalho de Erich Buchholz sobre a nova lei de execuções penais na República Democrática Alemã, de 5 de maio de 1977. Filippo Gramatica informa sobre a nova legislação penal italiana sobre seqüestro de pessoas e terrorismo. Essa legislação excepcionalmente rígonosa constitui a inútil resposta do legislador ao grave fenômeno.

Raymond Gassin é autor do relatório de síntese apresentado ao 17º Congresso francês de criminologia, sobre a delinquência ecológica, através do qual é possível tomar contato com a rica discussão travada naquele conclave sobre o tema, hoje na ordem do dia. A Gilbert Marc se deve excelente conjunto de observações sobre o relatório do Comité Peyrefitte sobre a violência, com análise das várias recomendações feitas naquele documento. Jacques Vêrin faz uma resenha da nova e importante legislação de defesa social, na França, a partir de 1970, proporcionando informação sucinta mas valiosa, particularmente para os estrangeiros.

Esta parte da revista se encerra com dois outros relatórios de síntese: das Primeiras Jornadas Europeias de Defesa Social sobre a criminalidade no mundo, dos negócios, celebradas em Roma, em 28/29 de outubro de 1977 (relatório de Jean Cosson). O autor destas notas participou dessa reunião extremamente proveitosa no debate da importante matéria. O segundo relatório é de Francisco Pintus e se refere às Jornadas Italo-franco-espanholas de defesa social sobre o tema: "Defesa Social e reforma do direito penal", realizadas em Trieste-Grignano, em 6/8 de outubro de 1978.

O volume termina com informações sobre vários congressos internacionais. Divulga-se a notícia de que o X Congresso Internacional de Defesa Social será realizado em 1981, na Grécia, sobre o tema: "A cidade e a criminalidade". Na parte final aparecem três necrológicos importantes: José Rafael Mendoza Troconis, Séverin Carlos Versele e Girolamo Tartaglione.

H.C.F.

Em "Lorenzaccio", Musset faz o Podestá, vitorioso, dizer ao capitão dos guardas: "Prende os traidores!" "Quem são os traidores?", indaga o soldado. "São os vencidos", responde aquele. No mundo moderno, a violência dos grupos organizados se substituiu à individual, e os governos acioam, indistintamente, de terroristas aqueles que se opõem a seu domínio. Terroristas eram os resistentes franceses à ocupação alemã, como o eram os argelinos, que lutavam pela independência contra a ficção da Argélia francesa; eram aqueles que se batiam pela criação do Estado de Israel como, para este, são os palestinos, que vêm de obter o reconhecimento semidiplomático do Brasil. Orsini, herói da unificação italiana, foi guilhotinado em Paris; Stauffenberg, que se revoltou contra a tirania nazista, foi fuzilado em Berlim e é, hoje, figura de selo da República Federal. O cientista político, o observador isento e imparcial têm de examinar com muito cuidado este terreno movediço, em que as paixões são tão acesas, de parte dos que cometem atos de violência, os reprimem e até os ensinam. Não é com esta superioridade de ânimo que Walter Laqueur, de Cambridge (Mass.), em "Terroristes", estuda o fenômeno da violência dita terrorista, assim nas suas motivações filosófico-políticas como os episódios sangrentos que afligem a humanidade, nestes últimos tempos; pois, de começo, é de assinalar que usa dessa expressão genericamente, para todos os movimentos civis contestários que empregaram a violência, e vai por aí além; entretanto, é o próprio autor que admite ser exato que o termo "terrorista" é politicamente antipático e deveria ser abandonado; porque, diz ele mesmo, o que é terrorismo, para uma nação, é libertação nacional, para outra. De qualquer forma, o volume é interessante, dando uma notícia, se bem que sumária, de todos os antigos e recentes movimentos de inconformismo político.

Tal equilíbrio, que falta a esse autor, encontramos-lo, apesar de seu estilo vibrante, e de sua mocidade — tinha apenas, vinte e oito anos, à época em que escreveu o livro —, em Laurent Dispot, jornalista francês, que nos dá "La Machine à Terreur". Mostra como a palavra "terrorismo" vem dos primeiros aos seguintes ao início da Grande Revolução de 1789, tendo adotado exatamente o governo, para só depois ser aplicada aos elementos contrários às autoridades constituídas; e lembra até a corruptela "Thierrotiste", que se usou quando da feroz repressão, dirigida por Thiers, chefe do Governo, na "Semana Sangrenta" de maio de 1871. Invoca este mesmo exemplo da luta pela libertação da Argélia, que mencionamos acima, cujos defensores foram "difamados e criminalizados" pelos franceses exatamente para justificar "as torturas e as execuções sem julgamento, a captura de reféns, as aldeias incendiadas...". Nessa luta entre governos e inconformados "o terrorismo de outro é definido como essência, mal absoluto. O seu próprio como instrumento provisório, relativo, para responder à agressão..." Grynspan assassinou Von Rath, adido alemão em Paris, em novembro de 1938 — donde, consequência imediata, as pavorosas perseguições da "Noite de Cristal", entretanto já antecipadamente programadas". "...há, hoje, judeus que (o) condenem?" — pergunta o autor. Carlota Corday, "santificada" por Michelet, aquele Von

Stauffenberg, chamado herói, em artigo recente, publicado, no JB, pelo Embaixador Meira Penna, os tchecos que mataram Heydrich, todos, para as autoridades, foram terroristas, à época — e quem os denominara assim, agora? O que é preciso, antes e acima de tudo, repete-se, é serenidade — mas esta, desgraçadamente, só o historiador a consegue ter, raramente o contemporâneo, naturalmente parcial.

Daniel Aarão Reis

HURTADO POZO (José), *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Lima 1978

O autor é professor da velha e prestigiosa Universidade Nacional Maior de São Marcos e da Pontifícia Universidade Católica do Peru, sendo antigo estagiário do Instituto Max Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional, de Friburgo da Brisgóvia, na Alemanha.

Trata-se de um dos melhores valores da nova geração de penalistas peruanos, como seu livro bem revela. O livro destina-se ao ensino do Direito penal, compreendendo a parte introdutória do curso (onde se destaca excelente capítulo sobre a evolução histórica do direito penal no Peru), o estudo da lei penal e a teoria do delito, que termina com o exame da tentativa, da participação e do concurso (aparente) de normas e de crimes.

O trabalho se funda sempre em bibliografia de primeira ordem e é escrito com simplicidade e clareza, virtudes supremas do livro didático. Esperamos com interesse pela conclusão da obra. Não temos dúvida de que o autor desempenhará um papel importante no panorama jurídico de seu país.

H.C.F.

KAISER (G.) KERNER (H.J.) e SCHOECH (H.), *Strafvollzug, Eine Einführung in die Grundlagen*, Heidelberg Karlsruhe, C.F. Mueller, 1978 (2a. edição).

No dia 1º de janeiro de 1977 entrou em vigor na República Federal Alemã uma nova lei das execuções penais, promulgada no dia 16 de março de 1976. A nova lei deu lugar a surpreendente aparecimento de vasta literatura sobre a matéria, normalmente relegada a segundo plano pelos juristas. Existem hoje importantes comentários à nova lei e imponente quantidade de monografias de toda a espécie, com as quais os problemas jurídicos e criminológicos são examinados de forma exaustiva.

Essa virada parece-nos constituir fenômeno importante. O sistema está em crise e será extremamente fecundo para o progresso do direito penal que os especialistas se ponham a estudar a difícil e desconcertante problemática das execuções.

A primeira edição deste livro apareceu em 1974 e contava também com a colaboração de H.H. EIDT, que desapareceu nesta nova edição. O prof. KAISER escreveu a parte introdutória (conceito, desenvolvimento e sistema das execuções penais). Ao professor KERNER se deve a segunda parte (os serviços das execuções, os internos e a execução como processo). A última parte do volume (os fins da execução e o direito das execuções), é de responsabilidade do prof. SCHOECH.

Trata-se, como logo se percebe, de trabalho multidisciplinar, em que colaboram os que se dedicam à Criminologia e aos assuntos penitenciários, e também os juristas. O resultado é excelente. Os leitores encontrarão aqui informação sobre todas as questões importantes que a matéria suscita, apresentadas em todas as perspectivas. O estilo é direto e simples, como convém à literatura moderna.

Dado o lastimável atraso em que nos encontramos na matéria, em nosso país, onde não existe sequer um código das execuções, resta-nos ver, com o olho comprido, o que tão bem vai-se fazendo em outros países.

H.C.F.

COUSINO MAC IVER (Luis), *Derecho Penal Chileno*, Santiago Editorial Jurídica de Chile, tomo I, 1975; tomo II, 1979

Temos tido oportunidade de salientar, em diversas oportunidades, o nível excepcional a que atingiu a ciência do Direito Penal no Chile. Sem a menor dúvida, os chilenos estão hoje entre os melhores penalistas do continente, tendo realizado obra da maior importância e significação. Infelizmente, a ditadura militar impôs o exílio a vários colegas da maior expressão (Eduardo Novoa, Alvaro Bunster, Juan Bustos, Sergio Politoff, etc), prejudicando, entre outras coisas, o trabalho científico que esses juristas vinham realizando.

O Tratado que D. Luis Cousiño vem escrevendo está entre as obras mais importantes em matéria de Direito Penal nesta parte do mundo, representando contribuição definitiva.

O primeiro volume, publicado em 1975, com cerca de 960 páginas, trata, de forma exaustiva, do conceito e definição do Direito Penal e das Ciências penais, bem como da evolução histórica do Direito Penal, particularmente o chileno. Examina, a seguir, a teoria da lei penal, em todos os seus aspectos, iniciando o estudo da teoria do delito, a partir da conceituação de crime, dos sujeitos, objeto e classificação. O autor estuda depois o fato e a relação de causalidade, bem como a tipicidade e a teoria da ação. Analisando a classificação e o conteúdo dos tipos, trata dos tipos dolosos e dos tipos culposos, dedicando depois, separadamente, ao dolo e à culpa, extensa tratção. Basta dizer que esta matéria é tratada nesta parte do sistema para revelar a matriz finalista que serve de orientação. O primeiro volume termina com o estudo dos crimes qualificados pelo resultado.

O segundo volume, recentemente publicado, com 600 páginas, trata exclusivamente da antijuridicidade. Nele encontramos, com o mesmo cuidado e exatidão, o exame minucioso e completo de toda a extensa problemática da ilicitude. Aqui vamos encontrar tratados, com mão de mestre, os velhos e os novos problemas da legítima defesa e do estado de necessidade, bem como das demais causas de exclusão da ilicitude, inclusive as supra-legais. Tendo por base um código velho, como é o do Chile, é extremamente importante o trabalho criador dos juristas, reformulando velhas doutrinas.

D. Luis Cousiño pertence à velha geração de professores e este seu trabalho é o coroamento de toda uma vida dedicada ao ensino do direito e à ciência penal. É um trabalho para ficar, indispensável na biblioteca de todos os que se dedicam ao estudo de nossa matéria.

H.C.F.

CARVALHO Fº (Aloysio) — ROMEIRO (Jorge Alberto),
Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro, Forense, 1979, vol. IV

A atualização dos **Comentários ao Código Penal**, coletânea editada pela Forense, constitui acontecimento notável em nossas letras jurídicas, pela importância excepcional da obra, que adquiriu autoridade e prestígio pelo nome insigne de Nelson Hungria. Foram já publicados os dois tomos — do primeiro volume, atualizados pelo prof. Heleno C. Fragoso, e agora aparece o 4º volume, de autoria de Aloysio de Carvalho Fº, antigo professor da Faculdade de Direito da Bahia, com atualização de Jorge Alberto Romeiro.

Não poderia ser mais feliz a escolha dos editores. Jorge Alberto Romeiro é jurista consumado, que domina amplamente a matéria tratada neste volume, a que ele tem dedicado inúmeros trabalhos. Sua contribuição enriqueceu extraordinariamente o volume, dando ao leitor informação atual e completa sobre temas que têm sofrido larga evolução jurisprudencial, doutrinária e inclusive legislativa.

Vai, assim, aos poucos, progredindo a coletânea, que é indispensável a todos os que estudam a matéria. Está anunciado para breve o aparecimento do 5º volume, que Nelson Hungria escreveu e que o mesmo prof. Heleno C. Fragoso atualizou. Deverão ser publicados a seguir os demais volumes da Parte Especial. O vol. 3º, que exige larga atualização será o último a ser publicado. O 2º volume, originalmente escrito pelo prof. Roberto Lyra e, depois, substituído pela obra do prof. Anibal Bruno, será novamente escrito pelo prof. Heleno C. Fragoso.

G.A.P.

FAYET (Ney), **A sentença criminal e suas nulidades**
Porto Alegre, Editora Síntese, 1979 (3a. edição)

Obra despretensiosa, na qual o autor apresenta a legislação, a doutrina e a jurisprudência, sobre a sentença penal e suas nulidades. A parte de doutrina está reduzida a breves notas, em que se reproduzem, comumente, as opiniões de outros autores. A parte mais útil e desenvolvida é a que se refere à jurisprudência, com a transcrição de ementas e, por vezes, acórdãos, na íntegra.

Livros como este são sempre úteis aos profissionais do foro. A consulta é facilitada por um índice alfabético que aparece ao fim do volume.

H.C.F.

JORDÃO (Fernando), **Dossiê Herzog, prisão, tortura e morte no Brasil**
São Paulo, Global Editora e Distribuidora, 1979 (3a. edição)

Este é o terceiro livro publicado sobre a prisão, a tortura e a morte do jornalista Vladimir Herzog, e, sem a menor dúvida, o melhor.

Trata-se em suma de excelente trabalho jornalístico em que se narra, com absoluta precisão e fidelidade, como se passaram os fatos, desde a prisão de Herzog até à sentença histórica que proclamou a responsabilidade da União. O A. refere, com a segurança de uma testemunha ocular, os vários episódios, que revelaram a coragem e o destemor de tantos, mas também a pusilanimidade e a covardia de várias personagens. Esses tempos difíceis de ditadura militar serviram também para pôr à prova as pessoas.

Realiza o autor relato fiel do que foi o IPM instaurado para apurar o "suicídio" de Herzog, e das lamentáveis figuras que nele atuaram. Descreve, com vivacidade e precisão as audiências, judiciais, salientando o papel triste do legista Harry Shibata, o mais famoso entre os médicos que, naqueles tempos, se especializaram em dar cobertura pericial às violências do poder. E destaca, merecidamente, o trabalho formidável dos advogados que permitiu a declaração judicial de um crime torpe. E, também, a ação magnífica dos colegas e companheiros de Herzog e do bravo Sindicato dos Jornalistas de São Paulo.

O livro de Fernando Jordão deve ser lido por todos os brasileiros. Ele trata de acontecimento que está longe de ter sido um caso isolado, ilustrando muito bem a violência da ditadura militar que se abateu sobre nós.

G.A.P.

LIVROS NOVOS RECEBIDOS

- ALBERGARIA (Jason Soares), *Noções de Criminologia*, Belo Horizonte, 1978.
- ALEXANDER (Y.) e MAXWELL FINGER (S.), (eds.), *Terrorism: Interdisciplinary perspectives*, John Jay Press, Nova York, 1978.
- Alternativ - Entwurf eines strafgesetzbuches, besonderer Teil, Straftaten gegen die Wirtschaft, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1977.
- ALVARENGA (Aristides Junqueira), *A competência criminal da Justiça Federal de Primeira instância*, São Paulo, Saraiva, 1978.
- ALVES DE FIGUEIREDO (Ariovaldo), *Curso de Direito Penal*, Uberaba, Ed. Vitória, 1978.
- AMARAL (Sylvio), *Falsidade Documental*, 2a. edição revista e aumentada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978.
- ANDRÉ, (Antenor), *Prova pericial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- Archives de Politique Criminelle*, nº 3 (1978).
- BARBERO SANTOS (M.) et al., *La Pena de muerte. 6 respuestas*, Madri Boletín Oficial del Estado, 1978 (2a. ed.).
- BARTOLLAS (C.) — MILLER (S.J.), *Correctional Administration*, MacGraw-Hill Books, Nova York, 1978.
- LERISTAIN (Antonio), *Crisis del Derecho Represivo*, Madri, Editorial Cuadernos para el dialogo, 1977.
- BETTIOL (G.), *Diritto Penale (Parte Generale)*, Padua, Cedam, 1978 (10a. ed.).
- BOUCHER (Philippe), *Le ghetto judiciaire*, Paris, Bernard Grasset, 1978.
- Cahiers de Défense Sociale*, Bulletin de la Société Internationale de défense sociale, 1978.
- CAMPOS COELHO (E.), *Ecologia do Crime*, Rio de Janeiro, Comissão Nacional de Justiça e Paz — EDUCAM, 1978.
- CARDOSO DE OLIVEIRA (Marina Marigo), *A religião nos presídios*, São Paulo, Cortez & Moraes, 1978.
- CAREY (James T.), *Introduction to Criminology*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1978.
- CARRANCA y TRUJILLO (Rául) — CARRANCA y RIVAS (Rául), *Código Penal Anotado*, México, Porrúa, 1978, (7a. ed.).
- CARRANCA y TRUJILLO (Rául), *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, México, Porrúa, 1977 (11a. ed.).
- CASTELO BRANCO (V. Prata), *A reforma penal*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1978.
- CASTILLO BARRANTES (J.E.), *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal*, San José, Costa Rica, 1977.
- CARVALHO (Protásio), *A didática dos tóxicos*, Curitiba, Inst. Assistência aos Autores, 1978.
- CARVALHO (Protásio), *Alcoolismo*, Curitiba, Inst. Assistência aos Autores, 1978.

- CARVALHO RANGEL (Mario Guaraci), *Entorpecentes (Comentários e aspectos internacionais)*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- CESARE BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, São Paulo, Bushatsky, 1978. Introdução de Piero Calamandrei. Trad. de Antônio Carlos Campana.
- CHAZAL (Jean), *Les magistrats*, Paris, Bernard Grasset, 1978.
- Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, Concordado y anotado por el dr. Juan B. Carballa. Actualizado por la Dra. Ofelia Grezzi. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1978, 2 tomos.
- COSTA (Alvaro Mayrink da), *Crime militar*, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1978.
- Crime and Social Justice, Issues in Criminology* nº 10 (Fall-Winter, 1978).
- Criminal Justice and Behavior*, vol. 5, número 4, dez-1978. Sage Publications, Beverly Hills.
- Délinquances et ordre. Actes. Cahiers d'action juridique*, Paris, Maspero, 1978.
- DELMANTO (Celso), *Poluição do ar e Direito Penal*, São Paulo, 1978.
- DELMANTO (Dante), *As defesas que eu fiz no júri*, São Paulo, Saraiva, 1978.
- DI RONZA (P.), *Partecipazione e difesa dell'imputato nel processo penale*, Napoles, Jovene, 1978.
- DOTTI (René A.), *A Proteção penal do meio ambiente*, Instituto dos Advogados do Paraná, Curitiba, 1978.
- DRIENDL (J.), *Die Reform der Geldstrafe in Österreich*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1978.
- DUFFEE (David) et al., *Criminal Justice: organization, structure and analysis*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1978.
- ELIA (L.) — CHIAVARIO (M.), *La libertà Personale*, Turim, Utet, 1978.
- ESER (Albin), *Strafrecht III, Schwerpunkte: Delikte gegen die Person und Gemeinschaftswerte*, Munique, Beck, 1978.
- FELKENES (George T.) *Constitutional Law for criminal justice*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1978.
- FERRACUTI (F.), DINITZ (S.) e PIPERNO (A.), *Mental deterioration in prison*, Ohio State University, Columbus, 1978.
- Festschrift für Paul Bockelmann*, Munique, Beck, 1978.
- FIGUEIREDO DIAS (J.), *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, vol. I, 1974.
- FRAGOSO (H.C.), *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo, Bushatsky, 1978 (3a. ed.).
- GLASER (Stefan), *Droit International Pénal Conventionnel*, vol. II, Bruxelles, Émile Bruylant, 1978.
- GOMES (Helio), *Medicina Legal*, edição atualizada por EWERTON PAIS DA CUNHA e J. EDVALDO TAVARES, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978.
- GUIMARAES (Ewerton M.), *A chancela do crime (A verdadeira história do Esquadrão da Morte)*, Rio de Janeiro, Ambito Cultural, Ed. 1978.
- GUIMARAES (Luís Chemin), *Inseminação Artificial criminosa*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1978.
- Homenagem a Aníbal Bruno*, Belo Horizonte, Editora Lemi, 1978.
- JESCHECK (H.H.) e GREBING (G.), (eds.), *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1978.
- JESCHECK (H.H.) e KAISER (G.), *L'Institut Max Planck de droit pénal étranger et international à Fribourg — en Brisgau, Freiburg*, 1976.

JESUS (Damásio E.), *Decisões Anotadas do STF em matéria criminal*, São Paulo, Saraiva, 1978.

JUNQUEIRA FERREIRA (W.), *Responsabilidade dos prefeitos e vereadores*, São Paulo, Bushatsky, 1978.

KAUFMANN (Hilde), *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, Depalma, 1977.

KITTRIE (Nicholas N.), *The right to be different. Deviance and enforced therapy*, Penguin Books, 1977.

KREBS (Albert), *Freiheitsentzug, Entwicklung von Praxis und Theorie seit der Aufklärung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978.

Kultur, Kriminalität, Strafrecht, Festschrift f. Thomas Würtenberger, Berlin, Duncker & Humblot, 1977.

LAND (Philip), *Justiça no mundo, Visão Panorâmica*, São Paulo, Edições Paulinas.

LAQUEUR (Walter), *Storia del terrorismo*, trad. Loni Sandermann, Milão Rizzoli Editori, 1978.

LEWIS (Merlin) et al., *An Introduction to the courts and judicial process*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1978.

LOPEZ-REY (M.), *Criminologia*, v. II, *Criminalidad y Planificación de la Política Criminal*, Madrid, Aguillar, 1978.

MARTINES RINCONES (J.F.), *Delito ecologico*, Merida, Univ. de Los Andes, 1978.

MC CLEARY (Richard), *Dangerous Men. The Sociology of Parole*, Beverly Hills, Sage Publications, 1978.

MESTIERI (João) e BATISTA (Nilo), *Advocacia Criminal*, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1978.

MIRABETE (Julio Fabríni), *Prescrição criminal*, Curitiba, Ed. Juruá, 1978.

MONTAGU (Ashley), *A natureza da agressividade humana*, Rio de Janeiro, Zahar, 1978.

MORAIS (Paulo Heber de) e LOPES (João Batista), *Da prova penal*, Julex Livros, Campinas, São Paulo, 1978.

MOTTO (Jerome A.) et al., *Standards for suicide prevention crisis centers*, Nova York, Londres, Human Sciences Press, 1978.

MUELLER (Gerhard O.W.), *Sentencing: process and purpose*, Springfield, Charles C. Thomas, 1977.

MUNHOZ NETTO (Alcides), *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.

NOBRE (Freitas), *Lei de Informação*, São Paulo, Saraiva, 1978.

PIMENTEL (Manoel Pedro), *Contravenções Penais* (2a. edição), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.

PINZON (Jesus Bernal), *El homicidio*, Bogotá, Temis, 1978 (2a. edição).

RADTKE (H.), et al., *Pena de morte e tortura*, Concilium 140, Petrópolis, Vozes, 1978.

RANGEL (Mário), *Lei de Tóxicos*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.

Revue Internationale de Droit Penal, 1978, nº 1.

ROMEIRO (Jorge Alberto), *Da Ação penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.

SCREVEENS (R.) et al., *La violence dans les prisons*, Bruxelles, Ets. Émile Bruylant, 1978.

SOARES (Orlando), *Direito Penal*, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1977.

STRATENWERTH (G.), *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*,

Heidelberg-Karlsruhe, C.F. Mueller Juristischer Verlag, 1977.

TORRES (Epitácio), *Polícia (Formação e missão)*, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1978.

TUBENCHLAK (James) *Teoria do Crime*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.

TUCCI (Rogério L.), *Habeas corpus, Ação e Processo Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1978.

VENDITTI (Rodolfo), *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milão, Giuffrè, 1978 (4a. ed.)

VERSELE (S.C.), et al., *Justice Pénale et Opinion Publique (Ce qu'on pense de la loi et des juges)*, Institut de Sociologie, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, s/d.

VIDAL GOMES (Amintas), *Novo Manual do Delegado*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.

WALTER (Nigel), *Sentencing in a rational society*, Pelican Books, 1972.

WICE (Paul B.), *The endangered species: America's private criminal lawyers*, Beverly Hills, Sage Publications, 1978.

ZIWIÉ (W. Francis), *Drôits du détenu et droits de la défense*, Paris, Maspero, 1978.

LEIS E PROJETOS

LEI nº 6.538 de 22 de junho de 1978

Dispõe sobre os Serviços Postais

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

DISPOSIÇÃO PRELIMINAR

Art. 1º — Esta Lei regula os direitos e obrigações concernentes ao serviço postal e ao serviço de telegrama em todo o território do País, incluídos as águas territoriais e o espaço aéreo, assim como nos lugares em que princípios e convenções internacionais lhes reconheçam extraterritorialidade.

Omissis

Art. 5º — O sigilo da correspondência é inviolável.

Parágrafo único — A ninguém é permitido intervir no serviço postal ou no serviço de telegrama, salvo nos casos e na forma previstos em lei.

Art. 6º — As pessoas encarregadas do serviço postal ou do serviço de telegrama são obrigadas a manter segredo profissional sobre a existência de correspondência e do conteúdo de mensagem de que tenham conhecimento em razão de suas funções.

Parágrafo único — Não se considera violação do segredo profissional, indispensável à manutenção do sigilo de correspondência, a divulgação do nome de destinatário de objeto postal ou de telegrama que não tenha podido ser entregue por erro ou insuficiência de endereço.

Art. 10 — Não constitui violação do sigilo da correspondência postal a abertura de carta:

- I — endereçada a homônimo, no mesmo endereço;
- II — que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos;
- III — que apresente indícios de conter valor não declarado, objeto ou substância de expedição, uso ou entrega proibidos;

IV — que deva ser inutilizada, na forma prevista em regulamento, em virtude de impossibilidade de sua entrega e restituição.

Parágrafo único — Nos casos dos incisos II e III a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário.

Omissis

Título V

DOS CRIMES CONTRA O SERVIÇO POSTAL E O SERVIÇO DE TELEGRAMA

FALSIFICAÇÃO DE SELO, FÓRMULA DE FRANQUEAMENTO OU VALE-POSTAL

Art. 36 — Falsificar, fabricando ou adulterando, selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal.

Pena: reclusão, até oito anos, e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

USO DE SELO, FÓRMULA DE FRANQUEAMENTO OU VALE-POSTAL FALSIFICADOS

Parágrafo único — Incorre nas mesmas penas quem importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda, fornece, utiliza ou restitui à circulação, selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal falsificados.

SUPRESSÃO DE SINAIS DE UTILIZAÇÃO

Art. 37 — Suprimir, em selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal, quando legítimos, com o fim de torná-los novamente utilizáveis, carimbo ou sinal indicativo de sua utilização.

Pena: reclusão, até quatro anos, e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

FORMA ASSIMILADA

§ 1º — Incorre nas mesmas penas quem usa, vende, fornece ou guarda, depois de alterado, selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal.

§ 2º — Quem usa ou restitui à circulação embora recebido de boa fé, selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal, depois de conhecer a falsidade ou alteração, incorre na pena de detenção, de três meses a um ano, ou pagamento de três a dez dias-multa.

PETRECHOS DE FALSIFICAÇÃO DE SELO, FÓRMULA DE FRANQUEAMENTO OU VALE-POSTAL

Art. 38 — Fabricar, adquirir, fornecer, ainda que gratuitamente, possuir, guardar, ou colocar em circulação objeto especialmente destinado à falsificação de selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal.

Pena: reclusão, até três anos, e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

REPRODUÇÃO E ADULTERAÇÃO DE PEÇA FILATÉLICA

Art. 39 — Reproduzir ou alterar selo ou peça filatélica de valor para coleção, salvo quando a reprodução ou alteração estiver visivelmente anotada na face ou no verso do selo ou peça.

Pena: detenção, até dois anos, e pagamento de três a dez dias-multa.

FORMA ASSIMILADA

Parágrafo único — Incorre nas mesmas penas, quem, para fins de comércio, faz uso de selo ou peça filatélica de valor para coleção, ilegalmente reproduzidos ou alterados.

VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA

Art. 40 — Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem.

Pena: detenção, até seis meses, ou pagamento de não excedente a vinte dias-multa.

SONEGAÇÃO OU DESTRUIÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA

§ 1º — Incorre nas mesmas penas quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada, para sonegá-la ou destruí-la, no todo ou em parte.

AUMENTO DE PENA

§ 2º — As penas aumentam-se da metade se há dano para outrem.

QUEBRA DE SEGREDO PROFISSIONAL

Art. 41 — Violar segredo profissional, indispensável à manutenção do sigilo da correspondência mediante:

I — divulgação de nomes de pessoas que mantenham, entre si, correspondência;

II — divulgação, no todo ou em parte, de assunto ou texto de correspondência de que, em razão do ofício, se tenha conhecimento;

III — revelação do nome de assinante de caixa postal ou o número desta, quando houver pedido em contrário do usuário;

IV — revelação do modo pelo qual ou do local especial em que qualquer pessoa recebe correspondência.

Pena: detenção de três meses a um ano, ou pagamento não excedente a cinquenta dias-multa.

**VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO
POSTAL DA UNIÃO**

Art. 42 — Coletar, transportar, transmitir ou distribuir, sem observância das condições legais, objetos de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União, ainda que pagas as tarifas postais de telegramas. Pena: detenção, até dois meses, ou pagamento não excedente a dez dias-multa.

FORMA ASSIMILADA

Parágrafo único — Incorre nas mesmas penas quem promova ou facilite o contrabando postal ou pratique qualquer ato que importe em violação do monopólio exercido pela União sobre os serviços postal e de telegrama.

AGRAVAÇÃO DA PENA

Art. 43 — Os crimes contra o serviço postal, ou serviço de telegrama quando praticados por pessoa prevalecendo-se do cargo, ou em abuso da função, terão a pena agravada.

PESSOA JURÍDICA

Art. 44 — Sempre que ficar caracterizada a vinculação de pessoa jurídica em crimes contra o serviço postal ou serviço de telegrama, a responsabilidade penal incidirá também sobre o dirigente da empresa que, de qualquer modo, tenha contribuído para a prática do crime.

REPRESENTAÇÃO

Art. 45 — A autoridade administrativa, a partir da data em que tiver ciência da prática de crime relacionado com o serviço postal ou com o serviço de telegrama, é obrigada a representar, no prazo de 10 (dez) dias, ao Ministério Público Federal contra o autor ou autores do ilícito penal, sob pena de responsabilidade.

**PROVAS DOCUMENTAIS E
PERICIAIS**

Art. 46 — O Ministério das Comunicações colaborará com a entidade policial, fornecendo provas que forem colhidas em inquéritos ou processos administrativos e, quando possível, indicando servidor para efetuar perícias e acompanhar os agentes policiais em suas diligências.

Omissis

Art. 49 — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, em 22 de junho de 1978;
157ª da Independência e 90ª da República.
(Publicada no D.O. de 23/6/78, 9468).

DECRETO-LEI Nº 1.632, de 4 de agosto de 1978

Dispõe sobre a proibição de greve nos serviços públicos e em atividades essenciais de interesse da segurança nacional.

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 55, item I, da Constituição.

DECRETA:

Art. 1º — São de interesse da segurança nacional, dentre as atividades essenciais em que a greve é proibida pela Constituição, as relativas a serviços de água e esgoto, energia elétrica, petróleo, gás e outros combustíveis, bancos, transportes, comunicações, carga e descarga, hospitais, ambulatórios, maternidades, farmácias e drogarias, bem assim as de indústrias definidas por decreto do Presidente da República.

§ 1º — Compreendem-se na definição deste artigo a produção, e distribuição e a comercialização.

§ 2º — Consideram-se igualmente essenciais e de interesse da segurança nacional os serviços públicos, federais, estaduais e municipais, de execução direta, indireta, delegada ou concedida, inclusive os do Distrito Federal.

Art. 2º — Para os efeitos deste Decreto-lei, constitui greve a atitude da totalidade ou de parte dos empregados que acarrete a cessação da atividade ou diminuição de seu ritmo normal.

Art. 3º — Sem prejuízo das sanções penais cabíveis, o empregado que participar de greve em serviço público ou atividade essencial referida no artigo 1º incorrerá em falta grave, sujeitando-se às seguintes penalidades, aplicáveis individual ou coletivamente, dentro do prazo de 30 (trinta) dias do reconhecimento do fato, independentemente de inquérito:

- I — Advertência;
- II — Suspensão de até 30 (trinta) dias;
- III — Rescisão do contrato de trabalho, com demissão, por justa causa.

§ 1º — Quando se tratar de empregado estável, a demissão será precedida de apuração da falta em processo sumário.

§ 2º — Sujeita-se ao disposto neste artigo, igualmente, o empregado que, por qualquer forma, concorrer para a greve.

Art. 4º — Cabe ao Ministro do Trabalho o reconhecimento da ocorrência de greve em qualquer das atividades essenciais definidas no artigo 1º, para os efeitos deste Decreto-Lei.

Art. 5º — Sem prejuízo da responsabilidade penal, será punido com advertência, suspensão, destituição ou perda de mandato, por ato do Ministro do Trabalho, o dirigente sindical ou de conselho de fiscalização profissional que, direta ou indiretamente, apoiar ou incentivar movimento grevista em serviço público ou atividade essencial.

Art. 6º — Incorre em falta grave, punível com demissão ou suspensão, o funcionário público que participar de greve ou para ela concorrer.

Art. 7º — Este Decreto-lei entra em vigor na data de sua publicação revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 4 de agosto de 1978; 157º da Independência e 90º da República

LEI nº 6.577, de 30 de setembro de 1978

Dispõe sobre o Conselho de Justificação da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros do Distrito Federal, e dá outras providências

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º — O Conselho de Justificação é destinado a julgar, através de processo especial, da incapacidade do oficial da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros do Distrito Federal para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar.

Parágrafo único — Ao Conselho de Justificação pode, também, ser submetido o oficial da reserva remunerada ou reformada, presumivelmente incapaz de permanecer na situação de inatividade em que se encontra.

Art. 2º — É submetido ao Conselho de Justificação, a pedido ou ex officio, o oficial da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros do Distrito Federal:

I — acusado oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter:

- a) procedido incorretamente no exercício do cargo;
- b) tido conduta irregular; ou
- c) praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor ou o decore da classe;

II — considerado não habilitado para o acesso, em caráter provisório, no momento em que venha a ser objeto de apreciação para o ingresso em Quadro de Acesso;

III — afastado do cargo, na forma da legislação específica, por se tornar incompatível com o mesmo ou demonstrar incapacidade no exercício de funções policiais-militares ou de bombeiro-militar a ele inerentes, salvo se o afastamento é decorrência de fatos que motivem sua submissão a processo;

IV — condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial concernente à segurança nacional, em tribunal civil ou militar, à pena restritiva da liberdade individual até dois anos, tão logo transite em julgado a sentença; ou

V — pertencente a partido político ou associação, suspensos ou dissolvidos por força de disposição legal ou decisão judicial, ou que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional.

Parágrafo único — É considerado pertencente a partido político ou associação a que se refere este artigo, para os efeitos desta Lei, o oficial da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros do Distrito Federal que, ostensiva ou clandestinamente:

- a) estiver inscrito como seu membro;
- b) prestar serviços ou angariar valores em seu benefício;
- c) realizar propaganda de suas doutrinas; ou
- d) colaborar, por qualquer forma, mas sempre de modo inequívoco ou doloso, em suas atividades.

Art. 3º — O oficial da ativa da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros do Distrito Federal, ao ser submetido ao Conselho de Justificação, é afastado do exercício de suas funções:

I — automaticamente, nos casos dos itens IV e V. do artigo 2º, desta Lei;

II — a critério do respectivo Comandante-Geral, no caso do item I, do artigo 2º, desta Lei.

Art. 4º — A nomeação do Conselho de Justificação é da competência do Governador do Distrito Federal.

§ 1º — O Governador do Distrito Federal pode, com base nos antecedentes do oficial a ser julgado e na natureza ou falta de consistência dos

fatos argüidos, considerar improcedente a acusação e indeferir, em consequência, o pedido de nomeação do Conselho de Justificação.

§ 2º — O indeferimento do pedido de nomeação do Conselho de Justificação, devidamente fundamentado, deve ser publicado no Boletim do Comando Geral e transcrito nos assentamentos do oficial, se este for da ativa.

Art. 5º — O Conselho de Justificação é composto de 3 oficiais da ativa, da Corporação a que pertencer o justificante, de posto superior ao seu.

§ 1º — O membro mais antigo do Conselho de Justificação, no mínimo um oficial superior, da ativa, é o presidente; o que se lhe segue em antiguidade é o interrogante e relator e, o mais moderno, o escrivão.

§ 2º — Não podem fazer parte do Conselho de Justificação:

- a) o oficial que formulou a acusação;
- b) os oficiais que tenham entre si, com o acusador ou com o acusado, parentesco consanguíneo ou afim, na linha reta ou até o quarto grau de consanguinidade colateral ou de natureza civil;
- c) os oficiais subalternos

§ 3º — Quando o justificante é oficial superior do último posto existente na Corporação, os membros do Conselho de Justificação serão nomeados dentre os oficiais daquele posto, da ativa ou na inatividade, mais antigos que o justificante.

§ 4º — Não havendo na Corporação oficiais que preencham as condições do parágrafo anterior, o Conselho será completado ou formado com oficiais do mesmo posto do justificante, do Exército Brasileiro, mediante solicitação do Governador do Distrito Federal ao Ministro do Exército.

§ 5º — Quando o justificante é oficial da reserva remunerada ou reformado um dos membros do Conselho de Justificação pode ser da reserva remunerada.

Art. 6º — O Conselho de Justificação funciona sempre com a totalidade de seus membros, em local onde a autoridade nomeante julgue melhor indicado para a apuração dos fatos.

Art. 7º — Reunido o Conselho de Justificação, convocado previamente por seu presidente, em local, dia e hora designados com antecedência, presente o justificante, o presidente manda proceder à leitura e à autuação dos documentos que constituíram o ato de nomeação do Conselho; em seguida, ordena a qualificação e o interrogatório do justificante, o que é reduzido a auto, assinado por todos os membros do Conselho e pelo justificante, fazendo-se a juntada de todos os documentos por este oferecidos.

Parágrafo único — Quando o justificante é oficial da reserva remunerada ou reformado e não é localizado ou deixa de atender à intimação por escrito para comparecer perante o Conselho de Justificação;

a) a intimação é publicada em órgão de divulgação na área de domicílio do justificante; e

b) o processo corre à revelia, se o justificante não atender à publicação.

Art. 8º — Aos membros do Conselho de Justificação é lícito perguntar ao justificante e às testemunhas sobre o objeto da acusação e propor diligências para o esclarecimento dos fatos.

Art. 9º — Ao justificante é assegurada ampla defesa, tendo ele, após o interrogatório, o prazo de cinco dias para oferecer suas razões por escrito, devendo o Conselho de Justificação fornecer-lhe o libelo acusatório, onde contenha, com minúcias, o relato dos fatos e a descrição dos atos que lhe são imputados.

§ 1º — O justificante deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Justificação, exceto à sessão secreta de deliberação do relatório.

§ 2º — Em sua defesa, pode o justificante requerer a produção, perante o Conselho de Justificação, de todas as provas permitidas no Código de Processo Penal Militar.

§ 3º — As provas a serem realizadas mediante Carta Precatória são efetuadas por intermédio da autoridade policial-militar ou, na falta desta, da autoridade judiciária local.

Art. 10 — O Conselho de Justificação pode inquirir o acusador ou receber, por escrito, seus esclarecimentos, ouvindo, posteriormente, a respeito, o justificante.

Art. 11 — O Conselho de Justificação dispõe de um prazo de trinta dias, a contar da data de sua nomeação, para a conclusão de seus trabalhos inclusive a remessa do relatório.

Parágrafo único — A autoridade nomeante, por motivos excepcionais, pode prorrogar até vinte dias o prazo de conclusão dos trabalhos.

Art. 12 — Realizadas todas as diligências, o Conselho de Justificação passa a deliberar, em sessão secreta, sobre o relatório a ser redigido.

§ 1º — O relatório, elaborado pelo escrivão e assinado por todos os membros do Conselho de Justificação, deve julgar se o justificante:

- a) é, ou não, culpado da acusação que lhe foi feita; ou
- b) no caso do item II, do artigo 2º, desta Lei, está, ou não, sem habilitação para o acesso, em caráter definitivo; ou
- c) no caso do item IV, do artigo 2º, desta Lei, levados em consideração os preceitos de aplicação da pena previstos no Código Penal Militar, está, ou não, incapaz de permanecer na ativa ou na situação em que se encontra na inatividade.

§ 2º — A deliberação do Conselho de Justificação é tomada por maioria de votos de seus membros.

§ 3º — Quando houver voto vencido, é facultada a sua justificação por escrito.

§ 4º — Elaborado o relatório, com um termo de encerramento, o Conselho de Justificação remete o processo ao Governador do Distrito Federal, por intermédio do Comandante Geral da Corporação.

Art. 13 — Recebidos os autos do processo do Conselho de Justificação, o Governador do Distrito Federal, dentro do prazo de vinte dias, aceitando ou não seu julgamento e, neste último caso, justificando os motivos de seu despacho, determina:

I — O arquivamento do processo, se considera procedente a justificação;

II — A aplicação de pena disciplinar, se considera transgressão disciplinar a razão pela qual o oficial foi julgado culpado;

III — Na forma da legislação específica, a adoção das providências necessárias à transferência para a reserva remunerada, se o oficial for considerado não habilitado para o acesso em caráter definitivo;

IV — A remessa do processo à instância competente, se considera crime a razão pela qual o oficial foi considerado culpado; ou

V — A remessa do processo ao Tribunal a que competir a 2a. instância da Justiça Militar do Distrito Federal:

a) se a razão pela qual o oficial foi julgado culpado está prevista nos itens I, II e V do artigo 2º desta Lei; ou

b) se, pelo crime cometido, previsto no item IV, do artigo 2º, desta Lei, o oficial foi julgado incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade.

Parágrafo único — O despacho que julgou procedente a justificação deve ser publicado oficialmente e transcrito nos assentamentos do oficial, se este é da ativa.

Art. 14 — É da competência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal julgar, em instância única, os processos oriundos dos Conselhos de Justificação, a ele remetidos pelo Governador do Distrito Federal.

Art. 15 — No Tribunal de Justiça do Distrito Federal, distribuído o processo, é o mesmo relatado por um dos seus membros que, antes, deve abrir prazo de cinco dias para a defesa se manifestar por escrito sobre a decisão do Conselho de Justificação.

Parágrafo único — Concluída esta fase, é o processo submetido a julgamento.

Art. 16 — O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, caso julgue provado que o oficial é culpado do ato ou fato previsto nos itens I, II e V, do artigo 2º, desta Lei, ou que, pelo crime cometido, previsto no item IV, do artigo 2º, desta Lei, é incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade, deve conforme o caso:

I — declará-lo indigno do oficialato ou com ele incompatível, determinando a perda de seu posto e patente; ou

II — determinar a sua reforma.

§ 1º — A reforma do oficial é efetuada nos postos que possui na ativa, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 2º — A reforma do oficial cu sua demissão ex-officio, conseqüente da perda de posto e patente, conforme o caso, é efetuada por ato do Governador do Distrito Federal, tão logo seja publicado o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Art. 17 — Aplicam-se a esta Lei, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Penal Militar.

Art. 18 — Prescrevem-se em seis anos, computados da data em que foram praticados, os casos previstos nesta Lei.

Parágrafo único — Os casos também previstos no Código Penal Militar, como crime, prescrevem-se nos prazos nele estabelecidos.

Art. 19 — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 20 — Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 30 de setembro de 1978; 157º da Independência e 90º da República.

(Publicada no DO de 3/10/78, 16036)

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 11

Altera dispositivos da Constituição Federal

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do artigo 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º — Os dispositivos da Constituição Federal, abaixo enumerados, passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 29 —

§ 1º —

a) pelo Presidente do Senado Federal, em caso de decretação de estado de sítio, de estado de emergência ou de intervenção federal; ou

Art. 32 — Os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos salvo no caso de crime contra a Segurança Nacional.

§ 1º — Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados, criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.

§ 2º — Se a Câmara respectiva não se pronunciar sobre o pedido, dentro de 40 (quarenta) dias a contar de seu recebimento, ter-se-á como concedida a licença.

§ 3º — No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão e autorize ou não a formação da culpa.

§ 4º — Os deputados e senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 5º — Nos crimes contra a Segurança Nacional, cujo processo independe de licença da respectiva Câmara, poderá o Procurador-Geral da República, recebida a denúncia e atenta a gravidade do delito, requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão final de sua apresentação pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 6º — A incorporação às forças armadas, de deputados e senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de licença da Câmara respectiva.

§ 7º — As prerrogativas processuais dos senadores e deputados, arrolados como testemunhas, não subsistirão, se deixarem eles de atender, sem justa causa, no prazo de 30 (trinta) dias, ao convite judicial.

Art. 35 —

§ 4º — Nos casos previstos nos itens IV e V deste artigo e no § 5º do artigo 32, a perda ou suspensão será automática e declarada pela respectiva Mesa.

Art. 47 —

§ 2º — A Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio ou estado de emergência.

Art. 48 — Em qualquer dos casos do artigo anterior, a proposta será discutida e votada, em reunião do Congresso Nacional, em 2 (dois) turnos, dentro de 90 (noventa) dias a contar de seu recebimento, considerando-se aprovada, quando obtiver, em ambas as votações, maioria absoluta dos votos dos membros de cada uma das Casas.

Art. 45 —

§ 1º — Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional que o aprovará ou rejeitará, dentro de 60 (sessenta) dias a contar de seu recebimento, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.

Art. 81 —

XVI — determinar medidas de emergência e decretar o estado de sítio e o estado de emergência;

Art. 137 —

IX — a decretação da perda de mandato de senadores, deputados e vereadores nos casos do § 5º do artigo 152.

Art. 152 — A organização e o funcionamento dos partidos políticos, de acordo com o disposto neste artigo, serão regulados em lei federal.

§ 1º — Na organização dos partidos políticos serão observados os seguintes princípios:

I — regime representativo e democrático, baseado na pluralidade dos partidos e garantia dos direitos humanos fundamentais;

II — personalidade jurídica mediante registro dos estatutos;

III — inexistência de vínculo, de qualquer natureza, com a ação de governos, entidades ou partidos estrangeiros;

IV — âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos órgãos regionais ou municipais.

§ 2º — O funcionamento dos partidos políticos deverá atender às seguintes exigências:

I — filiação ao partido de, pelo menos, 10% (dez por cento) de representantes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal que tenham, como fundadores, assinado seus atos constitutivos; ou

II — apoio, expresso em votos, de 5% (cinco por cento) do eleitorado, que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, por nove Estados, com o mínimo de 3% (três por cento) em cada um deles;

III — atuação permanente, dentro do programa aprovado pelo Tribunal Superior Eleitoral;

IV — disciplina partidária;

V — fiscalização financeira.

§ 3º — Não terá direito a representação o partido que obtiver votações inferiores aos percentuais fixados no item II do parágrafo anterior, hipótese em que serão consideradas nulas.

§ 4º — A extinção dos partidos políticos dar-se-á na forma e nos casos estabelecidos em lei.

§ 5º — Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito, salvo se para participar, como fundador, da constituição de novo partido.

§ 6º — A perda do mandato, nos casos previstos no parágrafo anterior, será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa.

CAPÍTULO IV

Dos Direitos e Garantias Individuais

Art. 153 —

§ 11º — Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, nem de banimento. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação penal aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.

CAPÍTULO V

Das Medidas de Emergência, do Estado de Sítio e do Estado de Emergência

Art. 155 — O Presidente da República, para preservar ou, prontamente, restabelecer, em locais determinados e restritos a ordem pública ou a paz social, ameaçadas ou atingidas por calamidades ou graves perturbações que não justifiquem a decretação dos estados de sítio ou de emergência, poderá determinar medidas coercitivas autorizadas nos limites fixados no § 2º do artigo 156, desde que não excedam o prazo de 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogado uma vez e por igual período.

§ 1º — O Presidente da República, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, dará ciência das medidas à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, bem como das razões que as determinaram.

§ 2º — Na hipótese da determinação de novas medidas, além daquelas iniciais, proceder-se-á na forma do parágrafo anterior.

Art. 156 — No caso de guerra ou a fim de preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos Poderes e de suas instituições, quando gravemente ameaçados ou atingidos por fatores de subversão, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá decretar o estado de sítio.

§ 1º — O decreto de estado de sítio especificará as regiões que essa providência abrangerá e as normas a serem observadas, bem como nomeará as pessoas incumbidas de sua execução.

§ 2º — O estado de sítio autoriza as seguintes medidas coercitivas:

- a) obrigação de residência em localidade determinada;
- b) detenção em edifícios não destinados aos réus de crimes comuns;
- c) busca e apreensão em domicílio;
- d) suspensão da liberdade de reunião e de associação;

e) intervenção em entidades representativas de classes ou categorias profissionais;

f) censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas; e

g) uso ou ocupação temporária de bens das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviços públicos, bem como a suspensão do exercício do cargo, função ou emprego nas mesmas entidades.

§ 3º — A duração do estado de sítio, salvo em caso de guerra, não será superior a 180 (cento e oitenta) dias, podendo ser prorrogada, se persistirem as razões que o determinaram.

§ 4º — O decreto de estado de sítio ou de prorrogação será submetido, dentro de 5 (cinco) dias, com a respectiva justificação, pelo Presidente da República ao Congresso Nacional.

§ 5º — Se o Congresso Nacional não estiver reunido, será convocado imediatamente pelo Presidente do Senado Federal.

§ 6º — Durante a vigência do estado de sítio e sem prejuízo das medidas previstas no artigo 154, também o Congresso Nacional, mediante lei, poderá determinar a suspensão de outras garantias constitucionais.

§ 7º — As imunidades dos deputados federais e senadores poderão ser suspensas durante o estado de sítio, por deliberação da Casa a que pertencerem.

Art. 157 — Findo o estado de sítio, cessarão os seus efeitos e o Presidente da República dentro de 30 (trinta) dias, enviará mensagem ao Congresso Nacional com a justificação das providências adotadas.

Parágrafo único — A inobservância de qualquer das prescrições relativas ao estado de sítio, tornará ilegal a coação e permitirá ao paciente recorrer ao Poder Judiciário.

Art. 158 — O Presidente da República ouvido o Conselho Constitucional (artigo 159), poderá decretar o estado de emergência, quando forem exigidas providências imediatas, em caso de guerra, bem como para impedir ou repelir as atividades subversivas a que se refere o artigo 156.

§ 1º — O decreto que declarar o estado de emergência determinará o tempo de sua duração, especificará as regiões a serem atingidas e indicará as medidas coercitivas que vigorarão, dentre as discriminadas no artigo 156, § 2º.

§ 2º — O tempo de duração do estado de emergência não será superior a 90 (noventa) dias podendo ser prorrogado uma vez e por igual período, se persistirem as razões que lhe justificaram a declaração.

§ 3º — O decreto de estado de emergência ou de sua prorrogação será comunicado, dentro de 5 (cinco) dias, com a respectiva justificação, pelo Presidente da República, à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

§ 4º — No caso do parágrafo anterior, se o Congresso Nacional não estiver reunido, será convocado pelo Presidente do Senado Federal, dentro de 5 (cinco) dias contados do recebimento do decreto, devendo as duas Casas permanecer em funcionamento, enquanto vigorar o estado de emergência.

§ 5º — Aplica-se ao estado de emergência o disposto no artigo 156, § 7º, e no artigo 157 e seu parágrafo único.

Art. 159 — O Conselho Constitucional é presidido pelo Presidente da República e dele participam, como membros natos, o Vice-Presidente da República, os Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Ministro responsável pelos negócios da Justiça e um Ministro representante das Forças Armadas.

Art. 184 — Cessada a investidura no cargo de Presidente da República, quem o tiver exercido, em caráter permanente, fará jus, a título de representação, a um subsídio mensal e vitalício igual aos vencimentos do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Art. 185 — A inelegibilidade para o exercício de qualquer função pública ou sindical, além dos casos previstos nesta Constituição e em lei complementar, vigorará enquanto o cidadão estiver com seus direitos políticos suspensos.

Art. 2º — Para os efeitos do disposto nos §§ 5º e 6º do artigo 152 da Constituição Federal, não configura ato de infidelidade partidária a filiação de senador, deputado federal, deputado estadual e vereador a partido já constituído, dentro do prazo de um ano a contar da vigência desta Emenda.

Art. 3º — São revogados os Atos Institucionais e Complementares, no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial.

Art. 4º — Esta Emenda entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 1979.

Brasília, em 13 de outubro de 1978.

(Publicada no Diário Oficial do dia 17.10.78)

LEI Nº 6.578, de 11 de outubro de 1978.

Revoga o Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, e as Leis nºs. 6.016, de 1973 e, 6.063, de 1974

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º — Ficam revogados o Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal), e as Leis nºs 6.016, de 31 de dezembro de 1973, e 6.063, de 27 de junho de 1974.

Art. 2º — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 11 de outubro de 1978; 157º da Independência e 90º da República.

(Publicada no D.O. de 13/10/78)

Define os crimes contra a Segurança Nacional, estabelece a sistemática para o seu processo e julgamento e dá outras providências

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DA APLICAÇÃO DA LEI DE SEGURANÇA NACIONAL

Art. 1º — Toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei.

Art. 2º — Segurança Nacional é o estado de garantia proporcionado à Nação, para a consecução dos seus objetivos nacionais, dentro da ordem jurídica vigente.

Parágrafo único — Constituem objetivos nacionais, especialmente:

- Soberania Nacional
- Integridade Territorial
- Regime Representativo e Democrático
- Paz Social
- Prosperidade Nacional
- Harmonia Internacional

Art. 3º — A Segurança Nacional envolve medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva.

§ 1º — A segurança interna, integrada na segurança nacional, corresponde às ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no país.

§ 2º — A guerra psicológica adversa é o emprego da propaganda, da contrapropaganda e de ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais.

§ 3º — A guerra revolucionária é o conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia, ou auxiliado do exterior, que vise à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da Nação.

Art. 4º — Na aplicação desta Lei observar-se-á, no que couber, o disposto na Parte Geral e, subsidiariamente, o disposto na Parte Especial do Código Penal Militar.

Art. 5º — Na aplicação desta Lei o juiz, ou Tribunal, deverá inspirar-se nos conceitos básicos da segurança nacional definidos nos artigos anteriores.

CAPÍTULO II

DOS CRIMES E DAS PENAS

Art. 6º — Entrar em entendimento ou negociação com governo estrangeiro ou seus agentes, a fim de provocar guerra ou atos de hostilidade contra o Brasil.

Penal: reclusão, de 2 a 15 anos.

Parágrafo único — Se os atos de hostilidade forem desencadeados.

Penal: reclusão, de 8 a 30 anos.

Art. 7º — Tentar, com ou sem auxílio estrangeiro, submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou soberania de outro país, ou suprimir ou por em perigo a independência do Brasil.

Penal: reclusão, de 4 a 20 anos.

Parágrafo único — Se, da tentativa, resultar lesão corporal grave ou morte.

Penal: reclusão, de 8 a 30 anos.

Art. 8º — Aliciar indivíduos de outra nação para que invadam o território brasileiro, seja qual for o motivo ou pretexto.

Penal: reclusão, de 4 a 20 anos.

Parágrafo único — Verificando-se a invasão.

Penal: reclusão, de 6 a 30 anos.

Art. 9º — Comprometer a Segurança Nacional, sabotando quaisquer instalações militares, navios, aviões, material utilizável pelas Forças Armadas, ou, ainda, meios de comunicação e vias de transporte, estaleiros, portos e aeroportos, fábricas, depósitos ou outras instalações.

Pena: reclusão, de 4 a 15 anos.

§ 1º — Se, em decorrência da sabotagem, verificar-se paralisação de serviço público ou atividade essencial.

Pena: reclusão, de 6 a 20 anos.

§ 2º — Se, da sabotagem, resultar lesão corporal grave ou morte.

Pena: reclusão, de 8 a 30 anos.

Art. 10 — Apoderar-se ou exercer o controle, ilicitamente, de aeronave ou embarcação.

Pena: reclusão, de 1 a 3 anos.

Art. 11 — Redistribuir material ou fundos de propaganda de proveniência estrangeira, sob qualquer forma ou a qualquer título, para a infiltração de doutrinas ou idéias incompatíveis com a Constituição.

Pena: reclusão, de 1 a 3 anos.

Art. 12 — Formar, integrar ou manter associação de qualquer título, comitê, entidade de classe ou agrupamento que, sob a orientação ou com o auxílio de governo estrangeiro ou organização internacional, exerça atividades prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional.

Pena: reclusão, de 1 a 5 anos.

Art. 13 — Promover ou manter em território nacional, serviço de espionagem em proveito de país estrangeiro ou de organização subversiva.

Pena: reclusão, de 2 a 20 anos.

§ 1º — Obter ou procurar obter, para o fim de espionagem, notícia de fatos ou coisas que, no interesse do Estado, devam permanecer secretas, desde que o fato não constitua delito mais grave.

Pena: reclusão, de 2 a 12 anos.

§ 2º — Destruir, falsificar, subtrair, fornecer ou comunicar a potência estrangeira, organização subversiva ou a seus agentes ou, em geral, a pessoa não autorizada, documentos, planos ou instruções classificados como sigilosos por interessarem à Segurança Nacional.

Pena: reclusão, de 3 a 12 anos.

§ 3º — Entrar em relação com governo estrangeiro, organização subversiva ou seus agentes, para o fim de comunicar qualquer outro segredo concernente à Segurança Nacional.

Pena: reclusão, de 2 a 8 anos.

§ 4º — Fazer ou reproduzir, para o fim de espionagem fotografias, gravuras ou desenhos de instalações ou zonas militares e engenhos de guerra, de qualquer tipo; ingressar para o mesmo fim clandestina ou fraudulentamente, nos referidos lugares; desenvolver atividades aerofotográficas, em qualquer parte do território nacional, sem autorização de autoridade competente.

Pena: reclusão, de 2 a 8 anos.

§ 5º — Dar asilo ou proteção a espiões, sabendo que o sejam.

Pena: reclusão, de 3 a 15 anos.

§ 6º — Facilitar o funcionário público, culposamente, o conhecimento de segredo concernente à Segurança Nacional.

Pena: detenção, de 6 meses a 5 anos.

Art. 14 — Divulgar, por qualquer meio de comunicação social, notícia falsa, tendenciosa ou fato verdadeiro truncado ou deturpado, de modo a indispor ou tentar indispor o povo com as autoridades constituídas.

Pena: detenção, de 6 meses a 2 anos.

Parágrafo único — Se a divulgação provocar perturbação da ordem pública ou expuser a perigo o bom nome, a autoridade, o crédito ou o prestígio do Brasil.

Pena: detenção, de 2 a 5 anos.

Art. 15 — Falsificar, suprimir, tornar irreconhecível, subtrair ou desviar de seu destino ou uso normal algum meio de prova relativo a fato de importância para o interesse nacional.

Pena: reclusão, de 1 a 6 anos.

Art. 16 — Violar imunidades diplomáticas, pessoais ou reais, ou de Chefe ou representante de Nação estrangeira, ainda que de passagem pelo território nacional.

Pena: reclusão, de 6 a 12 anos.

Art. 17 — Violar neutralidade assumida pelo Brasil em face de países beligerantes.

Pena: reclusão, de 2 a 4 anos.

Art. 18 — Destruir ou ultrajar bandeira, emblemas ou escudo de Nação amiga, quando expostos em lugar público.

Pena: detenção, de 6 meses a 1 ano.

Art. 19 — Ofender publicamente, por palavras ou escrito, Chefe de Governo de Nação estrangeira.

Pena: reclusão, de 6 meses a 4 anos.

Art. 20 — Exercer violência de qualquer natureza, contra Chefe de Governo estrangeiro, quando em visita ao Brasil ou de passagem pelo território brasileiro.

Pena: reclusão, de 2 a 15 anos.

Parágrafo único — Se, da violência, resultar lesão corporal grave ou morte.

Pena: reclusão, de 8 a 30 anos.

Art. 21 — Tentar subverter a ordem ou estrutura político-social vigente no Brasil, com o fim de estabelecer ditadura de classe, de partido político, de grupo ou indivíduo.

Pena: reclusão, de 2 a 12 anos.

Art. 22 — Promover insurreição armada ou tentar mudar, por meio violento, a Constituição, no todo ou em parte, ou a forma de governo por ela adotada.

Pena: reclusão, de 3 a 15 anos.

Parágrafo único — Se, da prática do ato, resultar lesão corporal grave ou morte.

Pena: reclusão, de 8 a 30 anos.

Art. 23 — Praticar atos destinados a provocar guerra revolucionária ou subversiva.

Pena: reclusão, de 2 a 12 anos.

Parágrafo único — Se, em virtude deles, a guerra sobrevém.

Pena: reclusão, de 8 a 30 anos.

Art. 24 — Impedir ou tentar impedir, por meio de violência ou ameaça de violência, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados.

Pena: reclusão, de 2 a 6 anos.

Art. 25 — Favorecer ou permitir a utilização de meios de transporte a serviço de prática subversiva, para subtrair-se o autor de crime à ação de autoridade pública ou, ainda, a utilização de meio de comunicação para efetivar qualquer crime contra a Segurança Nacional.

Pena: reclusão, de 2 a 12 anos.

Art. 26 — Devastar, saquear, assaltar, roubar, sequestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal, sabotagem ou terrorismo, com finalidades atentatórias à Segurança Nacional.

Pena: reclusão, de 2 a 12 anos.

Parágrafo único — Se, da prática do ato, resultar lesão corporal grave ou morte.

Pena: reclusão, de 8 a 30 anos.

Art. 27 — Impedir ou dificultar o funcionamento de serviços essenciais, administrados pelo Estado ou executados mediante concessão, autorização ou permissão.

Pena: reclusão, de 2 a 12 anos.

Parágrafo único — Se, da prática do ato, resultar lesão corporal grave ou morte.

Pena: reclusão, de 8 a 30 anos.

Art. 28 — Tentar desmembrar parte do território nacional, para constituir país independente.

Pena: reclusão, de 4 a 12 anos.

Art. 29 — Revelar segredo obtido em razão de cargo ou função pública, relativamente a ações ou operações militares ou qualquer plano contra revolucionário, insurreitos ou rebeldes.

Pena: reclusão, de 2 a 10 anos.

Art. 30 — Matar, por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social, quem exerça autoridade ou estrangeiro que se encontrar no Brasil, a convite do Governo brasileiro, a serviço de seu país ou em missão de estudo.

Pena: reclusão, de 8 a 30 anos.

Art. 31 — Exercer violência, por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social, contra quem exerça autoridade.

Pena: reclusão, de 2 a 15 anos.

Parágrafo único — Se, da prática do ato, resultar lesão corporal grave ou morte.

Pena: reclusão, de 8 a 30 anos.

Art. 32 — Atentar contra a liberdade pessoal do Presidente ou do Vice-Presidente da República, dos Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal, de Ministros de Estado e de Governadores de Estado, do Distrito Federal e de Territórios.

Pena: reclusão, de 4 a 12 anos.

Art. 33 — Ofender a honra ou a dignidade do Presidente ou do Vice-Presidente da República, dos Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal, de Ministro de Estado e de Governadores de Estado, do Distrito Federal ou de Territórios.

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Parágrafo único — Se o crime for praticado por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social.

Pena: reclusão, de 2 a 5 anos.

Art. 34 — Exercer violência, por motivo de facciosismo ou inconformismo político-social, contra estrangeiro que se encontre no Brasil, a serviço de seu país, em missão de estudo, ou a convite do Governo Brasileiro.

Pena: reclusão, de 2 a 12 anos.

Parágrafo único — Se, da prática do ato, resultar lesão corporal grave ou morte.

Pena: reclusão, de 8 a 30 anos.

Art. 35 — Promover paralisação ou diminuição do ritmo normal de serviço público ou atividade essencial definida em lei, com o fim de coagir qualquer dos Poderes da República.

Pena: reclusão, de 1 a 3 anos.

Art. 36 — Incitar:

I — à guerra ou à subversão da ordem político-social;

II — à desobediência coletiva às leis;

III — à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;

IV — à luta pela violência entre as classes sociais;

V — à paralisação de serviços públicos, ou atividades essenciais;

VI — ao ódio ou à discriminação racial.

Pena: reclusão, de 2 a 12 anos.

Parágrafo único — Se, do incitamento, decorrer lesão corporal grave ou morte.

Pena: reclusão, de 8 a 30 anos.

Art. 37 — Cessarem funcionários públicos, coletivamente, no todo, ou em parte, os serviços a seu cargo.

Pena: detenção, de 8 meses a 1 ano.

Parágrafo único — Incorrerá nas mesmas penas o funcionário público, que, direta ou indiretamente, se solidarizar com os atos de cessação ou paralisação do serviço público ou que contribua para a não execução ou retardamento do mesmo.

Art. 38 — Perturbar, mediante o emprego de vias de fato, ameaças, tumultos ou arruídos, sessões legislativas, judiciárias ou conferências internacionais, realizadas no Brasil.

Pena: detenção, de 6 meses a 2 anos.

Parágrafo único — Se, da prática do ato, resultar lesão corporal grave ou morte.

Pena: reclusão, de 8 a 30 anos.

Art. 39 — Constituir, integrar ou manter organização de tipo militar, de qualquer forma ou natureza, armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa.

Pena: reclusão, de 2 a 8 anos.

Art. 40 — Reorganizar ou tentar reorganizar, de fato ou de direito, ainda que sob falso nome ou forma simulada, partido político ou associação, dissolvidos pela força de disposição legal ou de decisão judicial, ou que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional, ou fazê-lo funcionar, nas mesmas condições, quando legalmente suspenso.

Pena: reclusão, de 1 a 5 anos.

Art. 41 — Destruir ou ultrajar a bandeira, emblemas ou símbolos nacionais, quando expostos em lugar público.

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Art. 42 — Fazer propaganda subversiva:

I — utilizando-se de quaisquer meios de comunicação social, tais como jornais, revistas, periódicos, livros, boletins, panfletos, rádio, televisão, cinema, teatro e congêneres, como veículos de propaganda de guerra psicológica adversa ou de guerra revolucionária ou subversiva;

II — aliciando pessoas nos locais de trabalho ou ensino;

III — realizando comício, reunião pública, desfile ou passeata;

IV — realizando greve proibida;

V — injuriando, caluniando ou difamando quando o ofendido for órgão ou entidade que exerça autoridade pública, ou funcionário, em razão de suas atribuições.

VI — manifestando solidariedade a qualquer dos atos previstos nos itens anteriores.

Pena: reclusão, de 1 a 3 anos.

Art. 33 — Importar, fabricar, ter em depósito ou sob guarda, comprar, vender, doar ou ceder, transportar ou trazer consigo armas de fogo ou engenhos privativos das Forças Armadas ou quaisquer instrumentos de destruição ou terror sem permissão da autoridade competente.

Pena: reclusão, de 1 a 6 anos.

Art. 44 — Incitar à prática de qualquer dos crimes previstos neste Capítulo, ou fazer-lhes a apologia ou a de seus autores, se o fato não constituir crime mais grave.

Pena: reclusão, de 1 a 5 anos.

Parágrafo único — A pena será aumentada de metade, se o incitamento, publicidade ou apologia for feito por meio de imprensa, radiodifusão ou televisão.

Art. 45 — Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa, em decorrência da prática de crimes previstos nesta Lei.

Pena: reclusão, de 2 a 8 anos.

Parágrafo único — Se, do crime, resultar lesão corporal grave ou morte
Pena: reclusão, de 8 a 30 anos.

Art. 46 — São circunstâncias agravantes, quando não elementares do crime:

I — ser o agente militar ou funcionário público, a este se equiparando o empregado de autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista;

II — ter sido o crime praticado com a ajuda de qualquer espécie ou sob qualquer título, prestada por Estado ou organização internacional ou estrangeiro;

III — ter, no caso de concurso de agentes, promovido ou organizado a cooperação no crime, ou dirigido a atividade dos demais agentes.

Art. 47 — A tentativa de crime, previsto nesta Lei, será punida com a pena cominada para o crime, reduzida de um a dois terços, se não houver cominação específica.

Art. 48 — Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta Lei:

a) pela morte do autor;

b) pela prescrição da pena.

Art. 49 — Atendendo à gravidade do fato e suas consequências, quando o crime for praticado por meio de jornal, revista, rádio ou televisão, o Juiz poderá, na sentença, decretar a suspensão por até sessenta dias da publicação ou do funcionamento da emissora de radiodifusão ou televisão.

Art. 50 — O Ministro da Justiça poderá, sem prejuízo da ação penal, determinar a apreensão de livro, jornal, revista, boletim, panfleto, filme, fotografia ou gravação de qualquer espécie que constitua, ou possa vir a constituir, o meio de perpetração de crimes previstos nesta Lei, bem como adotar outras providências necessárias para evitar a consumação de tais crimes ou seu esgotamento, como a suspensão de sua impressão, gravação, filmagem ou apresentação ou, ainda, a proibição da circulação, distribuição ou venda daquele material.

Art. 51 — A responsabilidade penal pela propaganda subversiva independe da civil e não exclui as decorrentes de outros crimes, na forma desta Lei ou de outras.

CAPÍTULO III

DO PROCESSO E JULGAMENTO

Art. 52 — O processo e julgamento dos crimes contra a Segurança Nacional são da competência exclusiva da Justiça Militar e reger-se-ão pelas disposições do Código de Processo Penal Militar, no que não colidirem com as disposições especiais desta Lei.

Art. 53 — Durante as investigações, a autoridade responsável pelo inquérito poderá manter o indiciado preso ou sob custódia por até trinta dias, fazendo comunicação reservada à autoridade judiciária competente.

§ 1º — O responsável pelo inquérito poderá manter o indiciado incommunicável por até oito dias, observado o disposto neste artigo, se necessário à investigação.

§ 2º — Os prazos de prisão ou custódia fixados neste artigo poderão ser prorrogados uma vez, pelo mesmo período de tempo acima referido, mediante solicitação do encarregado do inquérito à autoridade judiciária competente, que decidirá, ouvido o Ministério Público.

§ 3º — O preso ou custodiado deverá ser recolhido e mantido em lugar diverso do destinado aos presos por crime comum, observando-se, ainda, os artigos 239 a 241 do Código de Processo Penal Militar.

§ 4º — Em qualquer fase do inquérito a defesa poderá solicitar ao encarregado do inquérito que determine exame na pessoa do indiciado para verificação de sua integridade física; do laudo expedido pela autoridade médica será feita juntada aos autos do inquérito.

§ 5º — Esgotado o prazo de trinta dias de prisão ou custódia ou de sua eventual prorrogação, o indiciado será imediatamente libertado, salvo se decretada prisão preventiva, a requerimento do encarregado do inquérito ou do órgão do Ministério Público.

§ 6º — O tempo de prisão ou custódia será computado na execução da pena preventiva de liberdade.

Art. 54 — O inquérito policial nos crimes contra a Segurança Nacional compete à Polícia Federal e será iniciado:

I — de ofício;

II — mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo;

III — mediante requisição de autoridade militar responsável pela segurança interna, instruída com as informações por esta colhida sobre o fato.

§ 1º — Mediante convênio, a União poderá delegar ao Estado, ao Distrito Federal ou a Território a realização do inquérito de que trata este artigo, por órgão especializado da respectiva polícia judiciária.

§ 2º — A Polícia Federal, ou no caso de convênio, a Polícia do Estado, do Distrito Federal ou do Território, procederá em conformidade com a legislação processual penal militar, no que couber e não colidir com as disposições especiais desta Lei, remetendo o inquérito ao órgão competente da Justiça Militar.

§ 3º — Será instaurado Inquérito Policial Militar se o agente for militar ou pessoa assemelhada, ou quando o crime:

I — lesar o patrimônio sob administração militar;

II — for praticado em lugar diretamente sujeito à administração militar ou contra militar ou assemelhado, em serviço;

III — for praticado nas regiões atingidas pelas normas previstas nos artigos nºs 155, 156 e 158 da Constituição Federal.

Art. 55 — Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogados os Decretos-leis nºs 898, de 29 de setembro de 1969, e 975, de 20 de outubro de 1969, a Lei nº 5.786, de 27 de junho de 1972, e as demais disposições em contrário.

Brasília, em 17 de dezembro de 1978

(Publicada no D.O. de 20/12/78).

Decreto Lei nº 1.650 de 19 de dezembro de 1978

Restringe a aplicação do artigo 2º da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, e do artigo 18, parágrafo único, do Decreto-lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 55, item II, da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º — O disposto no artigo 2º da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, e no artigo 18, parágrafo único, do Decreto-lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967, não se aplica aos crimes de contrabando ou descaminho, em suas modalidades próprias ou equiparadas, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 334 do Código Penal.

Art. 2º — Este Decreto-lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 19 de dezembro de 1978; 157º da Independência e 90º da República.

(Publicada no D.O. de 20/12/78)

Lei nº 6.621 de 22 de dezembro de 1978

Altera dispositivos da Lei de Organização Judiciária Militar (Decreto-lei nº 1.003, 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 Decreto-lei nº 1.003, de 21 de outubro de 1969 (Lei de Organização Judiciária Militar), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 5º — Serão de uma única entrada todas as Auditorias, com exceção da Auditoria de Correição, que será de segunda entrada e funcionará junto ao Superior Tribunal Militar.

Art. 11 — As decisões do Superior Tribunal Militar, quer judiciais, quer administrativas, serão sempre dadas, quando, em sessão plena, por maioria de votos, com a presença nunca inferior de oito Ministros, dos quais pelo menos, quatro militares e dois civis.

“Art. 26 — O Auditor Corregedor é nomeado, dentre os Auditores, mediante lista tripla, organizada pelo Superior Tribunal Militar, em sessão secreta.

Parágrafo único — Para a inclusão em lista é necessário o interstício de dois anos, pelo menos, no exercício da função.

“Art. 28 — A carreira da magistratura civil da Justiça Militar inicia-se no cargo de Auditor Substituto, sendo providos, por promoção, consequentemente, os cargos de Auditor e Auditor Corregedor.

“Art. 29 — O Auditor Substituto será nomeado, dentre brasileiros natos, bacharéis em direito, com idade não inferior a vinte e cinco anos, nem superior a quarenta e cinco anos, aprovados em concurso público de provas, e por ordem de classificação, na forma das instruções estabelecidas pelo Superior Tribunal Militar.

“Art. 30 — Os cargos de Auditor serão providos pelo critério alternado da antiguidade e do merecimento, dentre os Auditores Substitutos.

Parágrafo único — Antes da promoção por merecimento, a existência da vaga de Auditor será comunicada aos Auditores Substitutos, em que aquela ocorrer, para terem preferência na remoção, observada a ordem de antiguidade.

“Art. 31 — A promoção a Auditor, por antiguidade, caberá ao Auditor Substituto mais antigo e, em caso de empate, observar-se-á o disposto no art. 65.

Art. 41 —

c) Os Ministros civis, mediante convocação do Presidente, pelo Auditor Corregedor e, na sua falta ou impedimento, por Auditor, dentre os três de maior antiguidade.

d) Os Auditores, pelos seus substitutos legais, salvo o Corregedor, que será substituído, por convocação do Presidente do Tribunal, dentre os três Auditores mais antigos”.

Art. 2º — Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º — Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 22 de dezembro de 1978; 157º da Independência e 90º da República.

(Publicada no D.O. de 26/12/78).

Decreto nº 82.960 de 29 de dezembro de 1978

REVOGA OS ATOS DE BANIMENTO

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, de acordo com o artigo 182 da Constituição,

Considerando que o Parágrafo único do artigo 1º do Ato Institucional nº 13, de 5 de setembro de 1969, admite a revogação de banimento que o Poder Executivo haja determinado no uso da faculdade conferida pelo mesmo Ato Institucional; e

Considerando que a permanência do banimento de brasileiros deixaria de corresponder ao propósito da Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, a vigorar em 1º de janeiro de 1979,

DECRETA:

Art. 1º — É revogado o banimento, determinado pelo Ato Complementar nº 64, de 5 de setembro de 1969, e pelos Decretos nºs. 66.319, de 14 de março de 1970; 66.716, de 15 de junho de 1970, e 68.050, de 13 de janeiro de 1971, de ARGONAUTA PACHECO DA SILVA, FLÁVIO ARISTIDES DE FREITAS TAVARES, GREGÓRIO BEZERRA, Ivens MARCHETTI DE MONTE LIMA, JOÃO LEONARDO DA SILVA ROCHA, JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA, JOSÉ IBRAIM, LUIZ TRAVASSOS, MARIA AUGUSTA RIBEIRO CARNEIRO, MARIO ROBERTO GALGARDO ZANCONATO, ONOFRE PINTO, RICARDO VILLAS BOAS SA REGO, ROLANDO PRATTES, WLADIMIR GRACINDO PALMEIRA, SHISMO OSAWA, DAMARIS DE OLIVEIRA LUCENA, OCTÁVIO ANGELO, MAURINA BORGES DA SILVEIRA, DIÓGENES JOSÉ CARVALHO DE OLIVEIRA, ADERVAL ALVES COQUEIRO, ALMIR DUTTON FERREIRA, ALTAIR LUCHESI CAMPOS, ANGELO PEZZUTI DA SILVA, APOLÔNIO DE CARVALHO, CARLOS EDUARDO PIRES FLEURY, CARLOS FREDERICO FAIAL DE LIRA, CARLOS MINC BAUNFELD, CID QUEIROZ BENJAMIM, DANIEL AARÃO REIS FILHO, DARCY RODRIGUES, DOMINGOS FERNANDES, TÂNIA REGINA RODRIGUES FERNANDES, EDMUNDO GOPFERT, DULCE DE SOUZA, EUDALDO GOMES DA SILVA, FAUSTO MACHADO FREIRE, FERNANDO NAGLE GABEIRA, FLÁVIO ROBERTO DE SOUZA, IEDA DOS REIS CHAVES, JEovah DE ASSIS, JOAQUIM PIRES CERVEIRA, JORGE RAYMUNDO NAHAS, JOSÉ ARAÚJO NÓBREGA, JOSÉ LAVECHIA, JOSÉ RONALDO TAVARES DE LIRA E SILVA, LADISLAS DOWBOR, LISZT BENJAMIM VIEIRA, MARCO ANTÔNIO AZEVEDO MAYER, MARIA JOSÉ DE CARVALHO NAHAS, MARIA DO CARMO BRITO, MAURÍCIO VIEIRA PAIVA, MURILO PINTO DA SILVA, OSWALDO ANTÔNIO DOS SANTOS, PEDRO LOBO DE OLIVEIRA, RONALDO DUTRA MACHADO, VERA SILVIA ARAÚJO MAGALHÃES, MELCHIADES PORCINO DA COSTA, OSWALDO SOARES, TERCINA DIAS OLIVEIRA, AFONSO JUNQUEIRA DE ALVARENGA, MARA CURTISS ALVARENGA, AFONSO CELSO LANA LEITE, ALUIZIO FERREIRA PALMAR, ANTÔNIO EXPEDITO CARVALHO PEREIRA, ANTÔNIO ROGÉRIO GARCIA SILVEIRA, ANTÔNIO UBALDINO PEREIRA, ARISTENES NOGUEIRA DE ALMEIDA, ARMANDO AUGUSTO VARGAS DIAS, BRUNO DAUSTER MAGALHÃES E SILVA, CARLOS BERNARDO VAINER, CARMELA PEZZUTTI, CHRISTOVÃO DA SILVA RIBEIRO, CONCEIÇÃO IMACULADA DE OLIVEIRA, DANIEL JOSÉ DE CARVALHO, DELCI FENSTERSEIFER, DERLY JOSÉ DE CARVALHO, EDMUR PÉRICLES CAMARGO, ELIONOR MENDES BRITO, FRANCISCO ROBERVAL MENDES, GUSTAVO BUARQUE SCHILLER, IRANI CAMPOS, ISMAEL ANTÔNIO DE SOUZA, JAYME WALWITZ CARDOSO, JAIRO JOSÉ DE CARVALHO, JEAN MARC FRIEDRICH CHARLES VAN DER WETD, JOÃO BATISTA RITA, JOÃO CARLOS BONA GARCIA, JOEL JOSÉ DE CARVALHO, JOSÉ DUARTE DOS SANTOS, JOVELINA TONELLO DO NASCIMENTO, JÚLIO ANTÔNIO BITTENCOURT ALMEIDA, LÚCIO FLÁVIO UCHÔA REGUEIRA, LUIZ ALBERTO BARRETO LEITE SANZ, MANOEL DIAS DO NASCIMENTO, MARCOS ANTÔNIO MARANHÃO COSTA, MARIA AUXILIADORA LARA BARCELOS, NELSON CHAVES DOS SANTOS, OTACÍLIO PEREIRA DA SILVA, PAULO ROBERTO ALVES, PAULO ROBERTO TELLES FRANCK, PEDRO ALVES FI-

LHO, PEDRO CHAVES DOS SANTOS, PEDRO FRANÇA VIEGAS, PEDRO PAULO BRETAS, RAFAEL DE FALCO NETO, REINALDO GUARANY SIMÕES, REINALDO JOSÉ DE MELO, ROBERTO CARDOSO FERRAZ DO AMARAL, ROQUE APARECIDO DA SILVA, SAMUEL AARÃO REIS, SÔNIA REGINA YESSIN RAMOS, TAKAO AMANO, TITO DE ALENCAR LIMA, UBIRATAN DE SOUZA, UBIRATAN VATUTIM BORGES KERTZCHER, UMBERTO TRIGUEIROS LIMA, VALNERI NEVES ANTUNES, VERA MARIA ROCHA PEREIRA, WANIO JOSÉ DE MATTOS, WASHINGTON ALVES DA SILVA, WELLINTON MOREIRA DINIZ, WILSON DO NASCIMENTO BARBOSA, BRUNO PIOLA, GENY CECÍLIA PIOLA, ENCARNACION LOPES PEREZ e NANCY MANGABEIRA UNGER.

Art. 2º — Com a vigência deste Decreto cessa a suspensão de processos e de execução de penas, bem como da prescrição de ações e de condenações decorrente dos atos de banimento ora revogados, de conformidade com o disposto no Parágrafo único do artigo 1º do Ato Institucional nº 13, de 5 de setembro de 1969.

Art. 3º — Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, em 29 de dezembro de 1978; 157º da Independência e 90º da República.

(Pulcada no Diário Oficial de 29 de dezembro de 1978)

LIVRAMENTO CONDICIONAL E REABILITAÇÃO: UMA PROPOSTA LEGISLATIVA

I

Convocados pelo Juiz FRANCISCO HORTA, e sob sua presidência, reuniram-se os promotores ANTÔNIO VICENTE DA COSTA JÚNIOR e LUÍS FERNANDO DE FREITAS SANTOS com os professores NILO BATISTA e HELENO CLAUDIO FRAGOSO, para estudar uma proposta de alteração legislativa, com respeito ao livramento condicional e à reabilitação. A comissão elaborou um anteprojeto tendo o professor HELENO FRAGOSO, que funcionou como relator, preparado a justificação, que foi por todos aprovada.

II

ANTEPROJETO DE LEI

Art. 1º — Ao artigo 55 do Código Penal acrescenta-se o seguinte parágrafo:

“Parágrafo único — Se houver condenação a diversas penas privativas da liberdade, devem elas ser unificadas, observando-se os limites fixados, para todos os efeitos legais”.

Art. 2º — O artigo 60 do Código Penal passa a ter a seguinte redação:

“Art. 60 — Após o cumprimento de mais da metade da pena, o juiz pode conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa da liberdade igual ou superior a dois anos, desde que:

I — verificada a ausência ou cessação da periculosidade, e provados bom comportamento durante a vida carcerária e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

II — tenha reparado, salvo impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração.

§ 1º — Presentes os requisitos do livramento condicional, pode ele também ser concedido, após o cumprimento de um terço da pena, desde que:

I — o condenado tenha estado preso por mais de um ano;

II — Seja maior de 18 e menor de 21 anos, à época do crime, ou haja prova, no processo a que se refere a condenação, de ser o réu primário e de bons antecedentes.

§ 2º — As penas que correspondem a infrações diversas podem somar-se, para efeito de livramento.

Art. 3º — O § 2º do artigo 119 do Código Penal passa a ter a seguinte redação:

Art. 119 — § 2º CP: "O prazo referido no parágrafo anterior pode ser reduzido à metade, por decisão judicial, se no processo a que se refere a condenação houver prova de ser o condenado primário e de bons antecedentes".

Art. 4º — Os parágrafos 2º e 3º do artigo 119 do Código Penal passam a ser, respectivamente, 3º e 4º.

Art. 5º — O artigo 743 do Código de Processo Penal passa a ter a seguinte redação:

Art. 743 CPP: A reabilitação poderá ser requerida após o decurso de cinco anos, contados do dia em que houver terminado a execução da pena principal ou da medida de segurança detentiva, devendo o requerente indicar as comarcas em que haja residido durante aquele tempo.

Parágrafo único — O prazo para requerimento da reabilitação pode ser reduzido à metade, por decisão judicial, se no processo a que se refere a condenação houver prova de ser o condenado primário e de bons antecedentes.

Art. 6º — Ao artigo 748 do Código de Processo Penal acrescenta-se o seguinte parágrafo:

"Parágrafo único — A requerimento do interessado, e tendo em conta seu honesto empenho em obter trabalho, pode o juiz autorizar seja-lhe concedida por autoridade policial ou auxiliares da justiça, folha corrida, atestado ou certidão, sem referência a processo que se encerrou com a suspensão condicional da pena ou livramento condicional, salvo quando requisitados por juiz criminal ou pelo Ministério Público.

III

JUSTIFICAÇÃO

1. Abandonada a idéia de reforma completa da vigente legislação penal, em favor de alterações parciais, que aperfeiçoam o Código Penal, ajustando-o às exigências de uma política criminal moderna, impõe-se ao legislador uma vasta tarefa iniciada auspiciosamente com a lei nº 6.416 de 24/5/77.

2. O CP de 1940, grandemente inspirado no código italiano de 1930, incorpora uma filosofia repressiva que não está mais de acordo com a ciência e a experiência dos novos tempos, em matéria penal. Adotando o chamado sistema do duplo-binário, que, ao lado da pena (referida tecnicamente à culpabilidade) prevê medidas de segurança (referidas à periculosidade do agente), o código revela a confiança do legislador daqueles tempos na pena, seja para prevenir, pela ameaça da punição, os crimes, seja para neutralizar e recuperar o criminoso, através do sistema carcerário.

3. Todos os crimes de maior gravidade são punidos com a reclusão, que os tornava inafiançáveis e excluía, em princípio, a suspensão condicional. Penas elevadas são previstas, como mínimo, para diversos crimes de grande incidência, tornadas ainda mais graves pelo aumento obrigatório decorrente de formas qualificadas muito frequentes, como é o caso do roubo (punido com reclusão de 4 a 10 anos, além da multa, com o aumento de 1/3 se há emprego de arma, concurso de agentes e serviço de transporte de valores). Na execução da pena, adotou-se um regime progressivo, supondo-se que o condenado alcança a recuperação social através de favores graduativos e sucessiva liberalização. A reincidência, considerada expressão da insuficiência da pena anterior, era imprescritível, agravando necessariamente a pena imposta, elevando o prazo para concessão do livramento condicional, implicando em medida de segurança obrigatória (pela presunção de periculosidade), interrompendo a prescrição, excluindo a possibilidade de fiança, etc.

4. As legislações modernas sofrem o impacto da crise do sistema penitenciário e da descrença generalizada nos efeitos preventivos da ameaça penal. Positivamente, não se resolve o problema da criminalidade com o direito penal. O crime é complexo fenômeno sócio-político e, como se pode bem ver pela clientela do sistema, preponderam na criminalidade convencional os fatores ligados ao desenvolvimento sócio-econômico, destacando-se a marginalização de largas faixas da população e o crescente abandono e carência de crianças e jovens.

5. Já ninguém duvida de que a prisão não pode recuperar socialmente o condenado. Como instituição total, ela necessariamente deforma a personalidade e favorece a marginalização e o desenvolvimento da criminalidade. Isso se evidencia com os altos índices de reincidência, que se mantêm mesmo naqueles países que inverteram somas fabulosas em seu sistema prisional, procurando desenvolver programas de tratamento (1). Existe hoje, a respeito, ampla bibliografia, solidamente fundada na pesquisa. Nela se assinalam os efeitos nocivos da reunião de pessoas do mesmo sexo, em ambiente autoritário, a que se ajusta o preso, privando-se de sua individualidade e afastando-se dos padrões do mundo livre (prisonização). No ambiente de sexualidade pervertida, submetem-se os presos ao código opressivo dos delinquentes. Os efeitos psíquicos agravam-se com o processo de estigmatização, a separação angustiosa dos entes queridos, o parentesco interrompido, circunstâncias devastadoras para o espírito humano (2). A essa situação geral, acresce-se a ociosidade e a promiscuidade que acarretará, bem como a deficiência generalizada no pessoal encarregado da custódia, elementos adicionais de corrupção, comuns em nossas prisões, como demonstrou a CPI da Câmara dos Deputados. Em 1971, os Secretários de Justiça de vários Estados, na chamada "Moção de Nova Friburgo", afirmaram ser imperiosa uma nova filosofia penal, ante a falência do atual sistema penitenciário. Na reunião regional preparatória, recentemente realizada em San José (Costa Rica), para o 6º Congresso que a ONU realizará no próximo ano, em Sidney, afirmou-se "la necesidad urgente de reducir la aplicación de la pena privativa de la libertad".

6. Declara-se, assim, a falácia da noção de tratamento penitenciário (3), cujo abandono expressamente se propõe, juntamente com o regime progressivo. Nesse sentido pode-se citar o anteprojeto definitivo do novo CP francês, em cuja exposição de motivos está dito: "L'expérience a révélé le caractère utopique de cette conception abstraite et moralisatrice, de cet idéal jamais atteint qu'est l'amendement du condamné" (4). Em consequência, a

1. JESSICA MITFORD, *Kind und usual punishment: the prison business*, Nova York, Alfred A. Knopf, 1975, 37. A autora se refere ao Estado da Califórnia.
2. LESLIE T. WILKINS, *Evolution of Penal Measures*, Nova York, Random House, 1969, 78: "Parece demonstrado que o tipo de instituição, o tipo de programa terapêutico, o tipo de pessoal empregado e a duração da sentença não têm efeito sobre as taxas de reincidência".
3. Cf. entre muitos outros, LOUIS P. CARNEY, *Corrections and the community*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1977, 9. O autor acrescenta, incisivamente: "There is ample evidence to indicate that our prisons and juvenile institutions not only do not correct, but tragically contribute to the very antithesis of reformation. We are obliged in conscience to seek alternatives".
4. Cf. A nation without prisons. *Alternatives to incarceration*, CALVERT R. DODGE, (ed), Lexington, Toronto, Londres, Lexington Books, 1975, capítulo primeiro, redigido por conta da National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals.
5. *Avant-Projet définitif de Code Pénal*, livre 1, dispositions générales, Ministère de la Justice, La Documentation Française, Paris, 1978, 84. O regime progressivo foi eliminado pelo decreto de 23/5/75.

legislação penal moderna é dominada por duas idéias fundamentais: a redução do encarceramento ao mínimo possível e a busca de substitutivos para a pena de prisão, ampliando-se a flexibilidade do sistema na solução penal.

7. A prisão passa a ser a *ultima ratio* do sistema, reservada para os delinquentes perigosos e reincidentes para os quais não existe outra solução possível. Em 1973, professores de Direito Penal aprovaram a chamada "Moção de Goiânia", em que expressamente se recomendou a "limitação do uso da privação da liberdade aos casos de penas graves e aos condenados realmente perigosos. É esta também a proclamada e amplamente aceita filosofia do Projeto Alternativo de CP, feito para a Alemanha (5). No sentido de procurar reduzir sempre a privação da liberdade ao mínimo, pronunciou-se a prestigiosa comissão de reforma do direito do Canadá (6). Nos Estados Unidos, o projeto de CP federal (sec. 3011) dispõe: "O tribunal não pode impor a pena de prisão senão quando, tendo em conta a natureza das circunstâncias da infração, do passado e da personalidade do acusado, esteja convencido de que a prisão é o melhor meio para assegurar a proteção da sociedade". No sentido de reservar a prisão para os violentos e perigosos pronunciou-se também a conferência comemorativa do bi-centenário do livro "The State of Prisons", de John Howard, celebrada em Canterbury, em junho de 1977 (7).

8. A busca de alternativas para a prisão vai desde as medidas mais amplas, de descriminalização e desjudicialização, até a introdução de maior flexibilidade nas medidas já previstas pelo sistema, notadamente a suspensão condicional. Com o nome de *diversion*, nos Estados Unidos, a Comissão Presidencial, em 1967, recomendava o conjunto de esforços para tirar os delinquentes do atual sistema de justiça, ou o conjunto de alternativas que se oferecem à margem ou contra o sistema judicial, penal e penitenciário estabelecido. A primeira indicação para a *diversion* é a relativa juventude do transgressor (8). A ampliação do *sursis* é uma das recomendações mais constantes, sendo de mencionar-se, a respeito, as inovações do direito francês (9).

5. CLAUD ROXIN, *Nuevas corrientes de política criminal en la República Federal Alemana*, Nuevo Pensamiento Penal, nº 3, 392.
6. *Études sur l'emprisonnement*, Commission de réforme du droit du Canada. Ottawa, 1976.
7. Cf. *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1977, 928.
8. National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals, *Task Force Report*, Washington, U.S. Printing Office, 1973, 73. Sobre a experiência canadense, cf. JOSÉ M. RICO, *As Sanções Penais e a Política Criminal Contemporânea*, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1978, 167.
9. A lei de 17/7/70 ampliou o campo de aplicação do *sursis* avec mise à l'épreuve e a lei de 11/7/75 suprimiu toda condição restritiva de seu emprego, permitindo que o tribunal, em qualquer caso, declare que a nova condenação não implica em revogação do *sursis*. Cf. J. VERTIN, *La législation de défense sociale en France depuis 1970*, *Cahiers de Défense Sociale* 1978, 41. Cf. igualmente, PHILIPPE SALVAGE, *Le cumul du sursis*, *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1978, 13.

Extremamente significativas são as reduções de pena, introduzidas por conduta excepcional revelada pelo preso, em algumas legislações. O melhor exemplo é o da França. A partir de 1º de janeiro de 1976, duas novas categorias de redução de pena, instituídas pela lei de 11 de julho de 1975, vieram juntar-se às reduções de pena por boa conduta, que a legislação já previa desde 29 de dezembro de 1972. Trata-se da redução de pena prevista no artigo 721-1 do CPP e da redução suplementar prevista no art. 729-1. Esta última pode ser concedida aos condenados que revelam excepcional adaptação social, após 3 anos efetivos de prisão. Como informa o relatório geral apresentado em 10 de novembro de 1977 pelo diretor da administração Penitenciária, no ano de 1976, 38.232 reduções de pena foram concedidas aos condenados que apresentaram provas suficientes de boa conduta, ou seja, 95,99% dos casos examinados. 57,81% dos casos beneficiaram-se da redução máxima. (9-A).

9. O anteprojeto que agora se apresenta destina-se principalmente a liberalizar as regras demasiadamente rígidas de nosso direito, em matéria de livramento condicional. A lei 6.416 cuidou da suspensão condicional da pena, mas se esqueceu do livramento condicional, a respeito do qual muitas e vigorosas críticas têm sido apresentadas. O anteprojeto recolhe conclusão da CPI da Câmara dos Deputados, segundo a qual "a transferência para o regime de semi-liberdade e a outorga da liberdade condicional devem ser feitas não em função da quantidade da pena, mas do estado pessoal da periculosidade". No sentido de uso mais amplo e mais flexível do livramento condicional pronunciou-se a American Bar Association (10). Entre as conclusões e recomendações do simpósio sobre sistemas de tratamento e capacitação do pessoal penitenciário na América Latina, realizado em Costa Rica, de 18/22 de abril de 1977, inclui-se "a liberdade condicional com mais amplas possibilidades de concessão" (11).

10. O anteprojeto prevê duas espécies de livramento condicional: um que poderíamos chamar de ordinário, que corresponde ao que prevê a lei vigente; e, outro, especial, para o qual se exigem requisitos adicionais. A única inovação introduzida no livramento condicional ordinário é a que elimina a distinção entre primários e reincidentes, que repousa em ultrapassada concepção repressiva. Nada a pode justificar, pois os reincidentes já recebem uma pena maior. Desconhecem-na numerosos sistemas de direito, entre os quais os códigos da Alemanha, de Portugal, e dos Estados Unidos. É este também o sistema inglês e o previsto pelo Model Penal Code (sec. 305, 6) e pelo projeto alternativo alemão. O projeto francês (art. 155) elimina a distinção prevista no estatuto vigente, mostrando claramente os caminhos da renovação.

- 9.A. Conseil Supérieur de l'Administration Penitentiaire Les Conditions d'exécution des peines privatives de liberté. Le milieu ouvert, Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé, 1978 n° 4, 895.
10. Cf. M. CHERIF BASSIOUNI Substantive Criminal Law, Springfield, Charles C. Thomas, 1978, 105.
11. Cf. Sistemas de Tratamiento y capacitación penitenciarios, San José, 1978, 201.

11. A inovação importante reside no livramento condicional especial, que aparece no novo § 1º do art. 60 CP, introduzido pelo anteprojeto. Aqui se permite, reunidos os pressupostos do livramento condicional, que ele seja concedido também após o cumprimento de 1/3 da pena, desde que o condenado tenha estado preso por mais de 1 ano e, alternativamente: (a) seja maior de 18 e menor de 21 anos à época do fato, ou (b) haja prova, no processo a que se refere a condenação, de ser o réu primário e de bons antecedentes.

12. Como se percebe, o livramento condicional, em tal caso, beneficiaria apenas os menores e o primário de bons antecedentes, aos quais a lei concede, em outras passagens, favor especial. No direito federal americano, se o condenado tem menos de 22 anos, pode ser liberado condicionalmente a qualquer momento (12). Como se sabe, os jovens adultos delinquentes têm merecido especial atenção, sendo muitos os países que a eles estendem o regime especial dos menores (13).

13. Os primários e de bons antecedentes, que revelem ausência de periculosidade e tenham cumprido um terço da pena (no mínimo um ano), constituem o grupo mais adequado para a liberalização antecipada, que vários sistemas de direito hoje contemplam ("early release provisions") (14).

14. No direito federal americano qualquer preso (com exceção dos jovens adultos e delinquentes juvenis, que podem ser liberados a qualquer momento) poderá obter livramento condicional após o cumprimento de 1/3 da pena (U.S. Code, Title 18, § 4202). Esse sistema também prevalece, em regra, na Inglaterra (15). O que constitui, em outros países, regra geral, será, de acordo com o anteprojeto, caso especial de livramento condicional. Em verdade, decisivo deve ser o que se relaciona com o prognóstico de não reincidência. A execução da pena constitui ônus demasiado grave para o próprio Estado. Como diz HALL WILLIAMS, na obra que invocamos, "if parole is to be given at all is given at the earliest suitable moment". Não se trata de indulgência permissiva, mas de conveniência para o próprio Estado, sabido como é que os liberados condicionalmente reincidem muito menos que os demais condenados. Pesquisa realizada na França mostrou que, nos dez anos que se seguiram ao livramento, os liberados condicionalmente reincidiram duas vezes menos que os outros condenados (16). A experiência generalizada, em nosso país, de todos os que se ocupam com os presos é no sentido de que muitos são os que poderiam estar em liberdade. Referindo-se

12. Title 18, U.S. Code Crimes and Criminal Procedure § 5017 (a).
13. Vejam-se as conclusões do 3º Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do crime e tratamento de delinquente (Estocolmo, Agosto de 1965).
14. Cf. GALLIHER e McCARTNEY, *Criminology, Power, Crime and Criminal Law* Homewood, Dorsey Press, 1977, 475.
15. J.E. HALL WILLIAMS *Changing Prisons*, Londres, Peter Owen, 1975, 74: "The law does not allow prisoners to be paroled until one-third of their sentence or twelve months has passed whichever is the longer".
16. Cf. JEAN PRADEL, *L'Individualisation de la sanction: essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code pénal*, Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé, 1977, 752.

a pesquisas feitas nos Estados Unidos, DENTON e PETTIBONE afirmam que 50% dos condenados estão presos desnecessariamente (17).

15. Importante inovação, por igual, apresenta o anteprojeto, introduzindo um parágrafo único no art. 55 CP, que fixa os limites das penas. A pena privativa da liberdade não pode exceder de 30 anos. No caso de condenação a várias penas, que excedam de 30 anos, essa disposição é aplicada de modo a impedir o livramento condicional, unificando-se as penas tão somente para que seja observado o limite de 30 anos. Não há estímulo, portanto, para os que estão condenados a penas altas, que tendem, por isso mesmo, a transformar-se em graves problemas carcerários. Mesmo os países que admitem a pena de prisão perpétua concedem aos condenados de bom comportamento e ausência de periculosidade, o livramento condicional, após o cumprimento de 10 ou 15 anos de pena (18). Entre nós, os condenados a penas elevadas são presos sem esperanças, mortos-vivos que se transformam, no ambiente deletério da prisão, em cães-danados, acarretando graves problemas à administração penitenciária. O anteprojeto permite que os condenados a mais de trinta anos tenham suas penas unificadas, para observância daquele limite, para todos os efeitos legais. Eles poderão, assim, obter o livramento condicional, se cumprirem com os requisitos exigidos, após 15 anos de prisão.

16. O anteprojeto também atribui relevância à primariedade e aos bons antecedentes, para reduzir à metade o prazo para reabilitação, modificando o art. 119 § 2º CP e o art. 743 CPP. A justificação é evidente. Procura-se apagar o estigma da condenação relativamente àqueles que apresentam melhores perspectivas de readaptação social. Razões da mesma ordem inspiram o parágrafo único que o projeto manda acrescentar ao art. 748 CPP, dando cobertura legal à providência que alguns juizes de execuções vêm adotando: concessão de folha corrida sem referência a processo que se encerrou com a suspensão condicional da pena ou livramento condicional, para facilitar a obtenção de trabalho pelo ex-condenado. Não se trata de um direito, mas de faculdade, entregue ao poder discricionário do magistrado. Com referência à redução do prazo para reabilitação, convém lembrar que a vigente lei sobre drogas já reduziu esse prazo para 2 anos, relativamente aos condenados à pena de detenção (L. 6368, art. 32).

17. Completando, nos pontos a que se refere o trabalho de atualização de nosso CP, iniciado pela lei 6.416, esse projeto representará, se transformado em lei, medida de mais alta significação no campo da política criminal.

17. G. F. DENTON e J. M. PETTIBONE, *How to reduce needless incarceration?* Int. Journal of offender therapy and Comp. Crim., 1973, vol. 17 nº 2, 138.

18. No Chile, por exemplo os condenados à prisão perpétua podem pedir o livramento condicional após 10 anos (DL 321 e seu regulamento; D. Supremo 2442). Na Inglaterra a prisão perpétua dura, em média, 11 anos. Entre os anos de 1950 e 1960, cerca de 2/3 dos condenados a tal pena foram libertados após 8 ou 10 anos. Cf. NIGEL WALKER, *Crime and Punishment in Britain* Edinburgh, University Press, 1965, 151. Na Alemanha o prazo é mais longo, mas não costuma ultrapassar de 20 anos. Cf. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin. Duncker & Humblot, 1978 618.

SUMÁRIO

DOUTRINA

HELENO CLAUDIO FRAGOSO — Ciência e experiência do Direito Penal	7
JUAREZ CIRINO DOS SANTOS — Defesa social e desenvolvimento Comentários e atualidades	19
NILO BATISTA — Aspectos jurídico-penais da anistia	33
EVERARDO DA CUNHA LUNA — Teoria finalista da ação	43
ADELMO BORETTINI — Karl Binding	49
AUGUSTO F. G. THOMPSON — O trabalho da Funabem com menores infratores numa visão crítico-criminológica	63

DISCURSO

OSWALD BAUDOT — Arenga aos magistrados que estréiam	79
---	----

COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA

Crime de imprensa. Entrevista. Responsabilidade	81
Ação penal originária perante o S.T.F.	83
Corrupção ativa. Ato ilegal do funcionário. Atipicidade	84
Reincidência e primariedade	84
Ainda o perdão judicial	86
Estupro. Menor de 14 anos. Presunção de violência	89
Defesa preliminar do servidor no C.P.P.	90
Assalto com morte: homicídio ou latrocínio?	92
Prescrição retroativa na L. 4611/65	95

RESENHA BIBLIOGRÁFICA

LEIS E PROJETOS

L. 6.538, de 22.6.78 — Dispõe sobre os serviços postais	121
DL 1.632, de 4.3.78 — Dispõe sobre a proibição de greve nos servi- ços públicos e em atividades essenciais de interesse da se- gurança nacional	125
L. 6.577, 30.09.78 — Dispõe sobre o Conselho de Justificação da Po- lícia Militar e do Corpo de Bombeiros do Distrito Federal	126
Emenda Constitucional nº 11 de 13.10.78	131
L. 6.578, de 11.10.78 — Revoga o DL 1004	137
L. 6.620, de 17.12.78 — Define os crimes contra a segurança nacional	138
DL. 1.650, de 19.12.78 — Restringe a aplicação do art. 2º da L. 4.729 e do art. 18 par. único do DL 157	149
L. 6.621, de 22.12.78 — Altera dispositivos da lei de organização ju- diciária militar	150
D. 82.960, de 29.12.78 — Revoga os atos de banimento	151
Livramento condicional e reabilitação: uma proposta legislativa	155