

REVISTA DE DIREITO PENAL

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

Diretor: Prof. Heleno Claudio 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

(c) Copyright

Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro

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

Nº 132 /P

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.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Apresentamos aos estudiosos da Criminologia no Brasil a tradução de um dos últimos trabalhos do mestre Séverin-Carlos Versele, recentemente desaparecido. Trata-se de um texto antológico sobre a criminalidade de colarinho branco, de referência obrigatória para os que estudam a matéria. Publicamos também, em tradução, um outro trabalho excelente do professor Wolfgang Schöne, já conhecido de nossos leitores, no qual se retoma o estudo do conceito de ação e omissão, que teve sua época, e que permanece debatido. O professor Nilo Batista trata de um tema atual, que tem repercutido intensamente entre nós, na perspectiva de inadiável reforma legislativa: o aborto.

Na seção de Comentários e atualidades, aparece o relatório oficial elaborado pelo diretor da revista, para constituir pronunciamento oficial da OAB sobre o projeto governamental a respeito de crimes de trânsito. Esse projeto, com a respectiva exposição de motivos, está também incluído nesta edição. Publicamos também, em primorosa tradução, o estudo notável que fez o professor Giuliano Vassalli sobre o Código Rocco, ainda em vigor, bem como certas notas de Celso Delmanto, sobre a inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 1.650, que os tribunais afinal reconheceram. Nessa seção também aparece importante estudo do professor Genival Veloso da França, sobre a dor em seus aspectos médico-legais, um tema fascinante.

Divulgamos as conclusões do XII Congresso Internacional de Direito Penal, recentemente realizado em Hamburgo e noticiamos o VI Congresso da ONU, sobre prevenção do Crime e tratamento do delinquente, que se realizará em agosto de 1980, em Caracas.

A edição termina com nossas seções habituais, destacando-se cuidadoso estudo de jurisprudência, sobre gestão fraudulenta ou temerária de sociedade de crédito, financiamento e investimentos.

Heleno Claudio Fragoso

DOCTRINA

A CIFRA DOURADA DA DELINQUÊNCIA *

Séverin — Carlos Verselo

1. Nossos sistemas judiciais estão sujeitos a tensões “tais, que o sistema parece estar a ponto de fraturar-se.”¹ E, em matéria penal, a crise do sistema inquieta a todos os implicados, de qualquer nível, em todos os seus setores.

2. A segunda seção do Quinto Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente manifestou particular preocupação a este respeito, e recomendou em especial uma adaptação dos sistemas de política criminal “às necessidades sociais atuais”.²

3. No Conselho da Europa, o Comitê Europeu para Problemas Criminais organizou igualmente uma Conferência sobre Política Criminal, durante a qual se procedeu a uma análise crítica de nossas estruturas de contenção da delinquência.³

4. Na Bélgica, duas reuniões recentes estiveram dedicadas a este assunto. As Terceiras Jornadas Belgas de Criminologia (Liège, 24/26 de outubro de 1974) se ocuparam de problemas que apresentam atual-

* Resumo de exposição feita perante o Consórcio Europeu de Investigações Políticas em abril de 1976, em nome do Centro de Sociologia, Direito e Justiça, Instituto de Sociologia da Universidade Livre de Bruxelas. Tradução de Nilo Batista e Francisco de Assis Leite Campos.

1. DUPRAT, G.: apresentação do tema “Justiça e Política” perante o Congresso do Consórcio Europeu de Investigações Políticas.
2. Informação sobre o tema 6: Legislação Penal, processos judiciais e outras formas de controle social na prevenção do delito — A/CONF 56/L. 4/Rev. 1, de 7 de setembro de 1975.
3. As informações apresentadas a esta conferência por J. Leaute, M. Moriarty e H. Bryndensholt, assim como o relatório geral por J. Dupleel foram publicadas pelo Conselho da Europa, Estrasburgo, 1975.

mente as profissões, a prática e as políticas em matéria de luta contra a delinquência. ⁴ Em colaboração com a revista política de direito "Pro Justitia", o Centro de Sociologia, Direito e Justiça (Instituto de Sociologia da Universidade Livre de Bruxelas) convocou um Colóquio de Política Criminal (Bruxelas, 21/22 de fevereiro de 1976), durante o qual se examinaram os sistemas de prevenção e repressão da delinquência. ⁵

5. Nossa intenção é sublinhar um dos aspectos da crise atual do sistema penal, que pretendemos chamar de "cifras douradas" da criminalidade, para representar, com esta expressão, as numerosas e diversas atividades nocivas que parecem estar "imunizadas" pelo poder político e a força econômica, que, por seu turno, frequentemente se associam para estes efeitos.

I — A ORDEM ESTABELECIDADA

6. Os quadros jurídicos e o aparato judicial têm por missão proteger a "ordem estabelecida". Portanto, a justiça é necessariamente um instrumento político que, mesmo independente do poder político, serve para conformar as estruturas econômicas, culturais, sociais e políticas, para protegê-las contra toda tentativa de perturbação e mudança.

7. Esta ordem é um estado de coisas enquanto sanciona discriminações e privilégios historicamente explicáveis, mas não compatíveis com as aspirações e necessidades contemporâneas de nossas coletividades nacionais e de uma comunidade internacional que os fatos progressivamente impõem.

Temos podido dizer, em nossa época de profundas mudanças sociais, que o sistema jurídico-judicial está "condenado" a proteger as desigualdades, senão as injustiças, da ordem estabelecida. Estas se manifestam, por exemplo, na ampla e desproporcionada representação de cidadãos economicamente desprivilegiados nos tribunais e prisões, enquanto que este fenômeno não se produz na estratificação sócio-econômica da delinquência oculta.

8. Existe plena justificação para investigar os fatores, se não as causas, desta desviação no sistema penal. Trataremos de fazê-lo, sucessivamente com respeito à delinquência **reprimida**, à delinquência **negra** e à delinquência **dourada**.

4. O Sistema Penal Belga — Universidade de Liège, Escola de Criminologia, 1975 — D 1975/0447/2.

5. Os informes e debates deste colóquio haviam sido publicados em 1976, numa edição especial da revista *Pro Justitia*.

Nossa ambição se limita, não obstante, a sugerir indagações que poderiam ser objeto de investigação, assim como propor uma reorientação geral da política penal.

II. A DELINQUÊNCIA REPRIMIDA

9. As estatísticas judiciais não refletem o fenômeno global e social da delinquência; em primeiro lugar, porque não se referem mais que a uma delinquência "convencional", em segundo lugar, porque se submetem a filtros sucessivos que eliminam uma boa parte.

10. Os assuntos, que nossas cortes e tribunais têm o costume de examinar diariamente, se referem a **certos** atentados contra as pessoas, a moral pública e os bens, e a **certos** tipos de delinquência. Praticamente toda a atividade das jurisdições penais se limita a **formas convencionais** do comportamento anti-social. ⁶

11. No que toca à proteção das **pessoas**, os juizes são chamados a reprimir os atentados individuais contra a vida ou a integridade física (homicídios, lesões corporais, intencionais ou não). Mas geralmente não aparecem nos tribunais os casos de genocídio ou terrorismo de estado, atos de terrorismo ou sevícia policial, atos arbitrários ou de abuso de autoridade.

12. No que toca à **moral pública**, devido à concepção restritiva dos códigos penais, os **tribunais** não conhecem casos que não sejam de infração à moralidade sexual. Sustentamos, porém, que a moral pública é também a do comércio, finanças, do respeito à vida privada, etc.

13. No que toca aos atentados contra os **bens**, a atividade das jurisdições penais não compreende um grande número de condutas anti-sociais que lesionam gravemente os interesses da coletividade, sem ser jamais objeto de perseguição ou condenação.

14. Dentro de sua política de **arquivar**, os procuradores da equipe legal do estado podem estar subconscientemente determinados a considerar que um desenvolvimento judicial é inoportuno à luz de certas leis ou regulamentos particularmente técnicos que regem as atividades econômicas e financeiras.

Por outro lado, o sistema legal de muitos países permite a administração fugir ao tratamento judicial mediante uma transação com o autor do fato. Tal transação pode dar-se inclusive depois de uma con-

6. LOPEZ-REY, M.: O Crime, Uma Avaliação Analítica, Londres, Routledge and Kegan, 1970; id: Manifesto de Política Criminal, proposto em fevereiro de 1975 ao Colóquio de Bruxelas, op. cit. sub 4/.

denação, sendo numerosos os exemplos que se poderia citar em matéria fiscal.

15. Por último, também em casos de **juízos penais** podemos observar variações sintomáticas da proporção de absolvições, quando se trata de infrações econômicas ou sociais. Na Bélgica, o montante de absolvições em casos de falência fraudulenta chega a mais de 45%, enquanto que o total da delinquência é inferior a 10%. ⁷

De forma geral, a decisão tomada pelos juízes está influenciada por uma imagem que tenham da delinquência. E esta imagem “funciona geralmente em sentido inverso às características sócio-profissionais e familiares do delinquente”. ⁸ Sendo assim, tal como um preconceito subconsciente pode influir na decisão dos juízes, pode ele também influir na dos promotores no momento de decidir se convém, em certo caso, oferecer denúncia ou arquivar.

III. AS CIFRAS “NEGRAS” DA DELINQUÊNCIA

16. Um bom número de infrações, variável segundo sua natureza, não é conhecido “oficialmente” nem detectado e, portanto, tampouco perseguido. São as cifras negras da delinquência oculta, às quais alguns agregam de forma menos justificada os crimes ou delitos cujo autor não se consegue identificar.

Surgem diversas interrogações a respeito deste assunto, que vão muito além das insuficiências dos dispositivos policiais de investigação e controle, ou da ineficácia de certas técnicas criminalísticas.

17. Os sistemas de polícia apóiam certos subsistemas de controle social que constituem a justiça criminal. Tanto quanto esta, refletem os princípios dominantes da ordem “estabelecida”, e sua missão se limita a investigar os atentados contra os “valores” que esta ordem pretende proteger penalmente.

Assim, desde o princípio, a polícia confere maior atenção à delinquência convencional. Ademais, sua formação não a capacita para a detecção de formas astutas de delinquência econômica e social. E os serviços especializados nesta matéria apóiam mais frequentemente certos poderes administrativos cuja vigilância pode ser específica e “deixa passar” muitas coisas.

7. KELLENS, G.: Falência e Falidos, Bruxelas, Dessart, 1974, p. 49-74.

8. ROBERT, Ph., FAUGERON, C., KELLENS, G.: As Atitudes do Juiz a Propósito da Tomada de Decisões — Anais da Faculdade de Direito de Liège, n.º 1/2, p. 23-152-v. p. 139.

18. Diversas investigações, especialmente nos Estados Unidos da América e Escandinávia, têm estabelecido que o risco de ser “prego” aumenta na razão inversa do estado sócio-econômico. É pois, entre as classes sociais economicamente favorecidas, ou privilegiadas, que encontramos uma boa parte das cifras negras da delinquência.

19. Outro aspecto das cifras é o das vítimas de certos tipos de delitos ou crimes distintos dos delitos “privados”, nos quais a perseguição depende diretamente do desejo de proceder expressado pela vítima.

É principalmente em matéria de agressão sexual que a própria vítima teme as consequências da denúncia que deveria fazer oficialmente.

A tal ponto, que a Câmara dos Comuns, na Inglaterra, adotou recentemente um texto em que se deliberava proteger as vítimas de estupro com o anonimato, ante os tribunais. ⁹

20. Ocorre também que a própria organização judicial contenha discriminações geradoras de alguma cifra negra, mediante as quais os cidadãos economicamente fracos resultam figurar com inferioridade. O artigo 29 do código belga de instrução criminal impõe a todo funcionário a obrigação de denunciar ao estado todo crime ou delito de que tome conhecimento no exercício de suas funções.

Obrigação similar é imposta aos educadores do setor público, em que os estudantes pertencem bem mais a classes sócio-economicamente inferiores, mas não aos educadores do setor privado, cujos alunos pertencem a famílias com maiores recursos. ¹⁰

21. Finalmente, pode surgir outra categoria particular de cifra negra diretamente do estado econômico do cidadão. Existem certos delitos que as pessoas mais ricas cometem com menos risco que as pessoas pobres. O abortamento é coberto pelo sigilo médico e familiar, ou im-

9. A proposição havia sido feita por um deputado trabalhista Robin Corbett, para estimular as vítimas de estupro a se sobreporem à vergonha e ao sentimento de culpa que às vezes as impedem de declarar à polícia os fatos dos quais foram objeto. — cf. “Le Soir”, 18 de fevereiro de 1976.

10. Deve notar-se, não obstante, que a falta de cumprimento desta obrigação não está sujeita a qualquer pena, e que os educadores do setor público declaram abertamente que não desejam cumpri-la por razões pedagógicas — cf. as atas do colóquio de 1963 do Centro de Estudos sobre Delinquência Juvenil: “Rol van de school in de urdegtiljoige opsporing en behandelning van gedragsstoornissen” — Bruxelas, C.E.D.J., publ. n.º 12, 1964.

punemente praticado em países vizinhos à Bélgica, quando se trata de uma mulher de vastos recursos, enquanto que a mulher pobre deve submeter-se aos riscos do charlatão da localidade ou ao auto-aborto.

22. Poderíamos estimar — ainda que só a título de hipótese de trabalho — que as cifras negras da delinquência compreendem predominantemente atos cometidos por cidadãos sócio-culturalmente mais favorecidos.

IV. AS CIFRAS "DOURADAS" DA CRIMINALIDADE

23. Em nossa comunicação à segunda seção do Quinto Congresso das Nações Unidas,¹¹ consignamos que, "além da cifra negra de delinquentes que escapam a toda investigação oficial, existe uma cifra dourada de criminosos que têm o poder político e o exercem impunemente, abandonando aos cidadãos e a coletividade a exploração da oligarquia, ou que dispõem de um poder econômico que se desenvolve em detrimento do conjunto da sociedade".

Agradar-nos-ia poder insistir sobre essas atividades socialmente nocivas e perigosas que o poder político e a força econômica protegem de toda sanção. Em nosso relatório apresentado ao colóquio de política criminal¹² especificamos: "trata-se, essencialmente, de convivências político-econômicas, de combinações político-financeiras, de sutis peculatos, de concussões disfarçadas e abusos reais, favorecidos por lacunas da lei mais ou menos deliberadas, ou por complacências mais ou menos conscientes".

24. Alguns fatos e situações similares têm sido objeto, na maior parte do tempo, de omissão e os criminólogos geralmente não se dedicaram a sua análise. É certo que o assunto parece gerar um desafio ao qual o "sistema" tende a qualificar de subversão.

Existem trabalhos sobre o tema "Justiça e Política" que proporcionam uma oportunidade particularmente favorável para certas observações e sugestões a respeito do prejuízo ocasionado ao cidadão pelas oligarquias que protegem o poder político e o poder econômico, muito freqüentemente aliados em combinações estruturadas e disfarçadas com enorme habilidade.

25. Impõe-se uma observação prévia: as distinções entre a delinquência dourada de ordem nacional ou internacional, política ou econômica, financeira ou social ficam melhor justificadas à luz de uma visão segundo a qual, na realidade dos fatos, o político, o econômico e o social

estão sempre tão entrelaçados que se fazem indissociáveis; melhor dizendo, quase indissolúveis.

Para utilizar só um exemplo belga, fora do campo da delinquência dourada, podemos citar a compra, por parte do governo, de aviões-caça destinados a renovar seu equipamento militar. O fato de preferir um avião americano a um avião francês trouxe problemas políticos de ordem internacional e nacional. Gerou igualmente oposições econômicas e sociais devidas à localização das "compensações" industriais prometidas pelos vendedores e, portanto, das vantagens regionais para a ocupação.

A. O FENÔMENO GERAL

26. Antes de entrar no terreno dos fatos socialmente prejudiciais que não são incriminados pelo direito penal, é preciso insistir a respeito dos comportamentos teoricamente suscetíveis de penalização que não são geralmente perseguidos.

O relatório das Nações Unidas a respeito da situação social no mundo em 1974¹³ realça a importância dos prejuízos que ocasionam para os países os crimes cometidos por pessoas de negócios, políticos e funcionários governamentais, tanto nos países industrializados — onde os fatos têm um sentido político particular — como nos países em vias de desenvolvimento.¹⁴

Pode-se pensar em duas explicações para uma tal imunidade, só como exemplo: o tecnicismo e complexidade das leis e regulamentos que regem a economia e os assuntos fiscais; a tradição pretoriana que consiste em não percorrer o trajeto de responsabilidades em matéria de acidentes do trabalho.

27. Em matéria fiscal, a complexidade dos textos é objeto de astuta exploração por parte dos assessores particularmente especializados das empresas, até o ponto de que seus dirigentes logram contornar a aplicação da lei em proporções realmente surpreendentes. Na França, por exemplo, no ano de 1972, as fraudes chegam ao extraordinário montante de 25.351.350.000 francos dos quais só foram recuperados por via penal 6.028.000.000.¹⁵ Na Bélgica, o professor Max Frank (Universidade Livre de Bruxelas) previu, para o ano de 1976, fraudes fiscais de 120.000.000.000 de francos, ou seja, 17,9% dos ingressos taxáveis. As pessoas que pertencem a 10% dos contribuintes mais ricos serão

11. Op. cit. sub. 2, p. 7, n.º 28.

12. Rumo a uma Política Criminal Socializada, op. cit. sub. 5, n.º 17.

13. E/CN. 5/512/ Rev. 1.

14. Op. cit. sub. 13, p. 253 e 254.

15. Relatório sobre a administração da justiça penal durante o ano de 1972 — Ministério da Justiça, 1972, p. 50.

responsáveis por mais de 61% da fraude referente ao imposto sobre a renda. E 5% dos contribuintes mais ricos sonegarão um montante de 52.000.000.000 de francos sobre o imposto de renda. ¹⁶

Algo semelhante se passa em matéria de subvenções econômicas, especialmente no seio do Mercado Comum. Em 1975, os textos de regulamentos para as comunidades econômicas européias chegavam perto de 20.000. E a importância do problema pode medir-se levando em conta que, na Alemanha Federal o montante das subvenções indiretas chegou a 28.000.000.000 de marcos, e as subvenções diretas chegaram a 11.000.000.000. ¹⁷

Em matéria econômica e financeira, o predomínio absoluto da predisposição à ganância, a complexidade das leis e regulamentos, a cumplicidade mais ou menos admitida das autoridades e banqueiros, assim como a falta de controle por parte do estado, convergem para sustentar a delinquência dourada.

28. Uma tradição pretoriana e judiciária contribui para neutralizar certas responsabilidades em matéria de acidentes de trabalho. Contrariamente a sua política em matéria de acidentes de trânsito, os ministérios públicos e tribunais parecem admitir a "fatalidade" dos acidentes de trabalho e deter a responsabilidade ao nível de empregado "misto". O maquinista ferroviário, assim como o guarda-chaves eram sistematicamente presos e com frequência fortemente castigados pelos acidentes ferroviários. Os engenheiros e os diretores não eram objeto de um tal tratamento, salvo em muito raras ocasiões.

Quando um juiz de instrução francês ordenou recentemente a detenção do presidente executivo de uma importante empresa por violações da segurança no trabalho que, sustentava, eram de ordem pública e "social", o ministro da justiça chegou até a considerar esta decisão em público como "surpreendente", o que justificou uma apelação que, por seu turno, precipitou a modificação da medida, fazendo com que certos membros da imprensa falassem do perigo dos juízes "vermelhos" do sindicato da magistratura, que os executivos da empresa ocupassem o palácio da justiça, que os proprietários decidissem a paralisação da empresa, e que os engenheiros proclamassem que a segurança e a produtividade são necessariamente opostas. É também certo que o ministro da justiça, interpelado pouco depois na televisão, admitiu que a responsabilidade dos patrões se estendia igualmente à proteção dos trabalhadores.

16. "Le Soir", 29 de fevereiro/1.º de março de 1976.

17. TIEDEMANN. KL.: A Fraude no Domínio das Subvenções — Bruxelas, Revista de Direito Penal e Criminologia, 56/2, novembro de 1975, p. 129/140.

29. Parece que passou a época em que se perseguiram operários e contramestres, mas não diretores e presidentes. E alguns crêem que as forças da ordem poderiam algum dia proteger também os grevistas e não só os que "furam" greves; proteger a estes sindicalistas que são objeto de ameaças sistemáticas em certas fábricas. ¹⁸

B. A DELINQUÊNCIA "DOURADA" NACIONAL

30. As formas de delinquência imunizadas pelo poder político e pela força econômica em um mesmo país são tão diversas quanto sutis. E sendo assim, limitar-nos-emos a citar exemplos, sem a menor pretensão de fazê-lo exaustivamente.

31. O privilégio da imunidade diplomática se fundamenta num respeito às soberanias nacionais nas quais o abuso se faz cada vez menos prevenível em razão da solidariedade internacional e o número sempre crescente de pessoas que reivindicam abusivamente esta imunidade.

Entretanto, ainda que queiramos manter o privilégio dos diplomatas, não podemos continuar fazendo vista grossa ao tráfico de drogas, tabaco e álcool, ou armas, ou aliciamento de mercenários, ou espionagem industrial e comercial, assim como as muitas outras atividades que realmente não são próprias de um diplomata.

32. A utilização abusiva do privilégio dos senadores ou membros do parlamento — a imunidade parlamentar — contribui igualmente para aumentar as cifras douradas da delinquência.

Em muitos países a descoberta de graves peculatos não ocasiona mais que a destituição da personalidade envolvida, sem que seja esta objeto de processos judiciais, que, ademais, devem ser de caráter especial quando se trata de ministros ou membros do parlamento.

33. A criminalidade política escapa a toda sorte de repressão porque é "ato do príncipe" e este se adereçou com uma roupagem republicana aparentemente mais democrática. Não se conhecem mais que piedosas condenações morais, desde que ocorreram os crimes contra a humanidade que caracterizaram o nazismo.

Não obstante, mais de uma guerra do imperialismo político se desenrolou desde então: Indochina, Coréia, Vietnam. Desde que ocorreu o genocídio contra os judeus, têm ocorrido muitos outros, sob formas mais ou menos diretas e atroz. A isto podemos agregar os países nos quais alguns descontentes com o regime político "desaparecem" mis-

18. BOUVET, D.: A Fábrica do Medo — Paris — Stock, 1975, coleção "Testemunhos".

teriosamente e aqueles nos quais as garantias judiciais ficam neutralizadas por obra de algum "esquadrão da morte".

34. Há certas contribuições às cifras douradas por parte da polícia.

Em alguns países a polícia está realmente paralisada pelo poder político ou, pelo menos, tem estado assim durante décadas.¹⁹ Em outros países, o poder cria forças de polícia que escapam ao controle do poder judiciário, ou de toda deontologia policial, e recorrem diretamente e quase sistematicamente à provocação ou a sórdidas trapagens.²⁰

Maiores problemas oferecem as polícias políticas, cuja função não é de proteger a ordem e a paz pública, senão um poder político autoritário. Estas polícias utilizam quase de forma orgânica a tortura, a mentira e as ameaças. Suas atividades são denunciadas regularmente pela Anistia Internacional, assim como pelo Tribunal Russel, no entanto sem grande êxito.

E também se deseja, em alguns países democráticos, colocar em fichas e computadores os "suspeitos políticos", explorar a delinquência com fins políticos, interpretar as estatísticas de forma inexata e criar um clima de insegurança que permita desviar a atenção dos verdadeiros problemas sociais, e fazer com que a população aplauda um aumento do número de efetivos da polícia, assim como o endurecimento dos métodos policiais.²¹

35. Se a corrupção dos poderes por obra da força econômica é característica de certos países — e estes países são ainda desafortunadamente numerosos em algumas regiões do mundo — atos de coalisão político-econômica parecem ser assunto cotidiano na maioria dos países, sem que isto dê origem a processo judicial.

19. TARDIF, G.: *Polícia e Política em Quebec* — Montreal, Edições A Aurora, 1974.

20. A criação, na Bélgica, de uma "administração de informação criminal" foi severamente criticada. Seu diretor, ex-funcionário do Poder Judiciário, acaba de ser preso acusado de prevaricação e falsidade documental.

21. DALLE, H.: *Informação apresentada ao VIII Congresso do Sindicato da Magistratura* — Paris, Ministério da Justiça, 2.975, n.º 44, dezembro de 1975; LASCOUMES, P.: *A Dramatização da Criminalidade, Alguns Argumentos a Título de Resposta* — Paris, Atas, 1975, n.º 9. VAN OUTRIVE, L.: *Polícia e Subversão* — Informação ao colóquio de política criminal, Bruxelas, fevereiro de 1976 — para publicação na revista *Pro Justitia*, 1976.

36. O exemplo da promoção imobiliária parece ser realmente característico de fenômenos socialmente prejudiciais que são não apenas imunizados contra processamento judicial, senão às vezes até mantidos pelo poder.

O novo tipo de sistema urbano cria um universo totalitário que pretende controlar suas próprias contradições sem consegui-lo. Ainda que se trate de um assunto alienante e diretamente criminógeno, o estado apóia o desenvolvimento. E constatamos "o paradoxo da promoção privada (capitalismo liberal estritamente relacionado com a intervenção do estado) e sua transformação histórica marcada pela dominação do capital monopolista".²²

Depois de haver dito que a prisão havia sido feita por um louco para fazer mais loucos, haveremos algum dia de dizer que as cidades foram feitas para alienar a seus moradores? Tudo isto em benefício de um capital privilegiado e reservado para uns poucos ricos.

C. A DELINQUÊNCIA "DOURADA" INTERNACIONAL

37. Somente mencionaremos a criminalidade política internacional, que consiste em conformar blocos ideológicos, que intervêm pela força para evitar que um país conquiste sua independência ou decida livremente seu destino.

Se a intervenção havia sido diretamente militar por ocasião da chamada primavera de Praga, o foi mais indiretamente no assassinato da democracia chilena de Allende e o havia sido ainda mais sutilmente com respeito à independência de Angola, ainda que o chefe de estado zairense haja dado prova de uma extraordinária agilidade.

38. Para compensar, daremos maior atenção à criminalidade econômica internacional, que é um produto das sociedades "multinacionais".²³ De fato, instalou-se um novo imperialismo econômico, uma verdadeira colonização por parte do neocapitalismo, tanto em países industrializados, quanto nos que estão em vias de desenvolvimento.

22. TOPALOV, Ch.: *Os Promotores Imobiliários: Contribuição e Análise da Produção Capitalista da Morada na França*; CASTELLS, M. e GODARD, F.: *Monopoville: Análise das Relações entre o Estado e o Urbano a partir de uma informação sobre a Expansão Industrial e Urbana da Região de Dunquerque* — Paris, Publicações da Escola Prática de Estudos Superiores, VI Seção, Investigação Urbana, 1974, n.ºs 4 a 6.

23. BARNET, R.J. e MULLER, R.E.: *Alcance Global e Poder das Companhias Multinacionais* — Nova York, Simon and Schustern, 1974; — RAMOS, G.: *As Empresas Multinacionais — Delinquência do Colarinho Branco a Nível Supranacional* — Maracaibo, *Criminológico*, n.º 3, 1975, p. 131-137.

39. No que respeita aos países em vias de desenvolvimento, o maior testemunho é o que aporta Michel ROCARD perante o Tribunal RUSSEL durante sua segunda sessão:

“A coalisão de interesses entre a burguesia nacional e as companhias multinacionais tem por consequência inelutável a corrupção da classe política e a repressão social em seu interior.

É, em verdade, com o propósito de proteger os interesses das multinacionais que se massacra, se tortura, se oprime em Santiago como em São Domingos, no Haiti como em São Paulo. Não obstante, é excepcional que estas companhias estejam em contradição direta e aberta com a lei do país em que funcionam. Ainda que em 1970 a ITT tenha prometido à CIA um milhão de dólares para evitar que Allende assumisse a presidência chilena; ainda que o presidente executivo da companhia Bell Telefone da Bélgica, Frank Peperman, alardeie haver tomado parte na formação do governo belga, do ponto de vista penal não temos infrações realmente dignas de atenção...”

“Dentro de alguns anos, qualquer governo que deseje expressar as aspirações populares não poderá dispor dos meios materiais para levar à prática uma política distinta, nem para construir uma civilização distinta da que será imposta pelas companhias multinacionais”.²⁴

Sabemos como o jogo da CIA e os arranjos da ITT organizaram o boicote oficial e clandestino contra a economia chilena, e provocaram o drama de 11 de setembro de 1973.²⁵ Também sabemos como o presidente da Confederação Sindical Chilena fez uma firme acusação contra o Pentágono por haver preparado o golpe de estado.²⁶

Em sua segunda sessão dedicada às causas econômicas da repressão em quatro países latino-americanos, o Tribunal Russel indica, em uma frase fartamente motivada, que estas causas devem ser “imputadas a uma exploração sistemática dos recursos naturais... e a uma destruição desenfreada de seu ambiente, para benefício dos países industrializados e, em primeiro lugar, dos Estados Unidos da América. Ademais, as empresas multinacionais têm desenvolvido suas inversões nos países, nos quais algum regime militar destruidor das liberdades

24. DUGOIS, J.P. e RAMADIER, P.: As Multinacionais ou a Lógica da Dominação — Bruxelas, Revista Nova, número especial, abril de 1975.

25. GENCARELLI, F. e REATI, A.: A Intervenção Americana no Chile: A Economia substitui as Armas — Bruxelas, Revista Nova, número especial, abril de 1975.

26. Entrevista de FIGUEROA ao jornal “Le Monde”, de 26 de setembro de 1974; GARCES, J.E.: Democracia e Contra-Revolução: O Problema Chileno — Verviers, Marabout, 1975, coleção: “Mundo Moderno”.

políticas e sindicais essenciais tem privado os trabalhadores de toda possibilidade de defesa de seus direitos.”

O Tribunal Russel tem condenado “as intervenções do governo dos Estados Unidos da América e de seus agentes na vida política e econômica dos países da América latina, sendo o caso do Chile o mais notável, sem ser contudo isolado”.²⁷

40. Mais sutis e dissimuladas são as atividades das empresas multinacionais nos países industrializados, onde um complexo de subsidiárias freqüentemente disfarçadas de empresa nacional permite estender toda uma rede de pressões econômicas, políticas e sociais.

As dez principais companhias multinacionais compreendem 6 companhias americanas, 2 holandesas, 1 britânica e 1 alemã. São principalmente as empresas com sede nos Estados Unidos as que são objeto das críticas mais fortes, especialmente a ITT.

É de notar-se, de passagem, que a logística pecuniária de certos movimentos religiosos é singularmente semelhante à das companhias multinacionais, ainda que não pareçam recorrer às mesmas técnicas. O Vaticano jamais deu a conhecer o valor de suas propriedades e o montante de suas receitas; nem a Igreja da Unificação, de Sun Myung Moon, cujo orçamento anual é de 300 milhões de francos belgas.²⁸

41. As principais técnicas utilizadas pelas multinacionais, que não são suscetíveis de incriminação por parte da lei penal e que não são objetos de processos judiciais teoricamente possíveis, são geralmente denunciadas da forma que se segue:

- Participação na exploração dos recursos naturais de um país, seja monopolizando-os nos países deserdados, ou explorando-os ou esterilizando-os nos países do terceiro mundo.
- Monopolização dos meios de produção, por eliminação progressiva das indústrias pequenas e médias, realizada através da baixa de preços, pressões sobre os distribuidores, espionagens industriais, etc.
- Invasão progressiva dos circuitos de distribuição e das empresas de crédito e financiamento para se converterem em verdadeiras diretoras destes mercados.

27. Bruxelas, 18 de novembro de 1975: comunicado de François RIGAUX, vice-presidente do Tribunal RUSSEL, professor da Universidade de Louvain.

28. Daily News, 1, 2, 3, 4 de dezembro de 1975: Sunday News, 30 de novembro de 1975.

- Manipulação dos preços de compra e venda por meio da inundação do mercado com artigos a preços mais baixos que os da concorrência, compensando as perdas em alguns países com enormes lucros em outros.
- Exploração do desemprego para forçar os trabalhadores a firmar leoninos contratos coletivos, recorrendo com notoriedade à supressão de certas fontes de trabalho e da automatização brutal de certas técnicas de produção.

42. Estas manobras das empresas multinacionais implicam, frequentemente, uma participação de poderes que raia a cumplicidade:

- A corrupção de personagens políticas ou de altos funcionários não se realizam sempre em condições que permitam um processo judicial. Pode tratar-se simplesmente de “presentes”, acaso de grande valor, que não têm outro fim que o de “criar um ambiente favorável” para a negociação de contratos.
- A pressão sobre o poder político se exerce de formas muito sutis: pode tratar-se de um falaz apoio a uma economia nacional comprometida; também de colaboração aos fundos eleitorais de partidos políticos que poderiam ver as multinacionais com maior flexibilidade, senão em complacência; pode, inclusive, tratar-se de chantagem mediante ameaças de investir em países vizinhos que, de tal forma, se converteriam em competidores perigosos.
- A extorsão de contratos com os poderes está revestida às vezes das formas mais elegantes, por apresentar-se o interesse das multinacionais falsamente como o interesse do país ou de alguns de seus grupos industriais financeiros.

43. O sistema das multinacionais encontrou rapidamente em sua volta uma dupla incidência fiscal, no país sede e nos países onde se encontram as subsidiárias.²⁹ As multinacionais praticam, com efeito, uma abundante evasão fiscal mediante a manipulação de transferência de valores dentro da mesma companhia.

Por outro lado, certos estados concedem importantes vantagens fiscais às multinacionais, para conseguir que invistam neles sem cair no risco da dupla incidência.

Em definitivo, as companhias multinacionais cobrem um grande número de setores, por meio de subsidiárias disfarçadas de empresa

29. GARLATTI, E.: *A Empresa Internacional Frente ao Imposto* — Bruxelas, Larcier, 1974.

nacional, cujos regulamentos são tão habilmente elaborados que se permitem perceber os benefícios mais elevados contra o pagamento de um mínimo de impostos.

44. Depois do escândalo de Watergate, da renúncia forçada do presidente Nixon, do fracasso do Vietnam, da questão do Oriente Médio, da revelação das hipócritas atividades do FBI e da CIA, os Estados Unidos da América haviam decidido finalmente limpar seus quadros, manchando, de passagem, numerosos países.

45. Seja-nos permitido, primeiramente, dar um exemplo na Bélgica.

Acabam de tramitar processos paralelos perante jurisdições penais contra o diretor da Direção de Telefones e Telégrafos e contra o presidente executivo da Bell Telefone, subsidiária belga da ITT americana. Foram punidas hipóteses de corrupção, por remunerar-se o funcionário de diversas maneiras, por contratos importantes e de larga duração concedidos à pessoa jurídica.

46. Um exemplo de repercussão internacional nos vem do que sucedeu perante a comissão parlamentar dos Estados Unidos da América sobre os arranjos feitos entre companhias americanas que produziam e vendiam aviões.

- A companhia Northrop havia assegurado uma gratificação considerável a um general francês cujo papel era particularmente importante quanto aos assuntos da força aérea de seu país.
- A companhia Lockheed, segundo os testemunhos prestados sob juramento por seu presidente executivo, Carl Kotchian, havia proporcionado uma quantidade impressionante de dólares por vias visivelmente tortuosas a um príncipe consorte, inspetor da força aérea de seu país, ao chefe de um partido político alemão, a personalidades políticas próximas ao governo da Itália, do Japão e funcionários suecos e turcos, etc.

Estes arranjos não teriam outro fim que o de “criar um clima de boa vontade nas negociações referentes a compra de aviões”. É evidente que tais práticas são altamente prejudiciais para o conjunto dos cidadãos do país que paga o preço destas atenções especiais e altamente reprováveis no caso de personalidades que abusam do poder político para seu benefício pessoal.

V. CONCLUSÃO

47. Esperamos haver podido convencer quanto à necessidade de se aprofundar a investigação que se refere à delinquência não convencional de caráter sócio-político, por um lado, e de dedicar-se à elabora-

ção de programas aptos para a prevenção deste tipo de delinquência, por outro.

48. Aparentemente as investigações sociológicas de criminologia deveriam ter aprofundamento essencial quanto a:

- Estruturas econômicas e políticas que permitem, se não favorecem, a corrupção.
- Filigranas do sistema penal, legislativo e judicial que fazem escapar ao controle social um número tão excessivo de fatos gravemente prejudiciais para as coletividades nacionais e para a paz e justiça internacionais.

49. Os programas de política criminal devem tender, essencialmente, a:

- Reduzir as desigualdades e injustiças que culminam com a exploração, que o dinheiro faz, dos seres humanos, e os países privilegiados dos países menos favorecidos;
- Organizar um controle estatal eficaz sobre as empresas de produção e distribuição, assim como um controle popular sobre os contratos aprovados pelo estado e sobre as instruções distribuídas às “forças da ordem”;
- Limpar os circuitos judiciais de ardis que ocasionam desigualdades que não têm sido desejadas e freqüentemente nem sequer são conhecidas;
- Sensibilizar e mobilizar a opinião pública para a defesa dos interesses de cada cidadão e de seu conjunto, assim como para a realização de uma vida menos formalmente democrática.

50. A crise de nossos sistemas penais não poderá encontrar solução senão por uma reforma profunda das estruturas econômicas, políticas e sociais de nossos estados.³⁰

Devemos preferir, definitivamente, a evolução à revolução, sem esquecer que se a evolução é muito lenta a revolução explodirá inevitavelmente.

E devemos admitir que as flores de um humanismo social murcham em um campo contaminado por moedas, sabres, cassetetes e aspersórios de água benta.

30. Fazer uma Política Criminal Socializada, op. cit., sub. 5.

DOCTRINA

AÇÃO, OMISSÃO, CONDUTA *

WOLFGANG SCHÖNE

Há pouco mais de uma década estavam em seu ponto mais alto as controvérsias a respeito da teoria da ação final e suas repercussões no sistema penal. No período seguinte, os trabalhos na reforma do direito penal afastaram um pouco o interesse da ciência alemã deste âmbito temático e se dirigiram com maior intensidade às decisões atuais de política criminal, sobre os limites futuros do punível e da adequada configuração do sistema de reações (punições). Agora, depois que a reforma, pelo menos em muitos setores, atingiu a um final legislativo,¹ é provavelmente tempo de nos aplicarmos, novamente, de forma intensiva, aos conceitos fundamentais do sistema do direito penal. No trabalho que se segue isto é efetivado a respeito da tríade — ação, omissão e conduta — e certamente em razão do reduzido espaço, não há intenção de expor e discutir a posição das respectivas opiniões, mas sim de descrever um ponto de vista, que, provindo de um discípulo de Welzel e Armin Kaufmann, se poderia designar como o de um “finalista da terceira geração”.

A

A moderna discussão sobre a ação no direito penal na Alemanha está indissoluvelmente unida ao nome de Welzel e ao conceito de “finalidade”: “ação é acontecer final.” A finalidade se baseia em que o

* Tradução da Dra. MARGARIDA MARIA DE BARCELLOS NOGUEIRA

1. A chamada “grande reforma penal” em certo modo terminou com a lei de introdução ao Código Penal (EGStGB) de 2 de março de 1974 (BGB1. Ip. 469), mesmo que se esperem outras novelas, como por exemplo a reforma do direito penal econômico. A respeito da reforma do direito penal do ponto de vista da ciência na República Federal Alemã, através de Armin Kaufmann, e do ponto de vista da política, através de Müller-Emmert, em Madlehner — Papenfuss — Schöne: *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Colônia — Berlim — Bonn — Munique, 1974, p. 7 et seq., 21 et seq.

homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as conseqüências possíveis de sua atividade futura, posicionar-se, portanto, frente a diversos fins e dirigir sua atividade futura, conforme seu plano, para a consecução destes fins".² Segundo este conceito, a direção final de uma ação se obtém em dois níveis: na **concepção de um projeto de ação**, mediante a antecipação de um fim e a seleção (corrigida eventualmente pela consideração dos efeitos concomitantes) dos meios para a obtenção desse fim, ao que se segue a **realização do projeto de ação** no mundo exterior.³ Esta descrição da ação humana por Welzel, neste ínterim, pode ser atualmente denominada de "clássica", desde que um representante tão apaixonado do chamado conceito causal de ação, como Mezger, reconheceu a categoria ôntica da finalidade e sua significação para um conceito **prejurídico** de ação;⁴ a controvérsia não se refere mais à adequação da análise estrutural, mas sim, à significação do conceito de ação final para o sistema do direito penal.⁵

I — Como pontos nevrálgicos da descrição da ação se assinalam essencialmente meios de ação automáticos, movimentos reflexos e ações em estados emocionais. Não obstante sejam estes processos designados com tais vocábulos, se enquadram, também, no quadro da ação final: as emoções, em regra geral, afetam o âmbito da motivação em desenvolvimento e não da execução da ação;⁶ os reflexos são, em grande parte, re-ações, exclusivamente ações-respostas a estímulos, que ocor-

rem muito rapidamente,⁷ e, nos chamados automatismos, tratam-se os mesmos de ações finais praticadas, que com o crescente domínio passam de fim próprio para a categoria de meios para a execução de outras ações e, deste modo, ao âmbito da co-consciência.⁸

As restrições, de que esta posição permanece isolada, na maioria dos casos, se baseiam no seguinte: as objeções que surgem dentro deste contexto, se baseiam apenas no temor de que determinados fenômenos pudessem permanecer fora do âmbito da punibilidade.⁹ No entanto, da exata análise fenomenológica¹⁰ resulta que, ou bem existem ações finais, ou que, ali na consideração de um aspecto parcial do conjunto do acontecer não é permitido reconhecer uma ação final, e que outros aspectos parciais do sucesso constituem pontos de apoio para uma possível punição; os chamados "assunção de culpa" e "conduta prévia descuidada" do âmbito da culpa, que é a que aqui se refere, sobretudo,

2. Das Deutsche Strafrecht (Lehrbuch) 11.^a ed., Berlim, 1969, p. 33.

3. Welzel, Lehrbuch, p. 34.

4. Cf. p. ex. Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, Berlim, Munique, 1950, p. 125.

5. É interessante observar como no transcurso da história dogmática se trocam as vanguardas: quando se eliminou o conceito normativo, jurídico, de ação dos hegelianos, mediante o conceito causal da ação, isto sucedeu, em última análise, com o argumento de que o conceito de ação do direito penal devia ser um conceito **ontológico**. Mas quando, justamente com essa mesma pretensão se introduz o conceito final de ação, se defende o conceito causal (e social) de ação com a argumentação de que o conceito de ação do direito penal teria que ser um conceito normativo, **jurídico**.

6. Cf. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts (Lehrbuch), Allgemeiner Teil, 2.^a ed., Berlim, 1972, p. 167; Krümpelmann, Motivation und Handlung im Affekt, in Festschrift für — Hans Welzel zum 70. Geburtstag (Welzel Festschrift), Berlim, Nova York, 1974, p. 327 et seq.; Rudolphi, in Rudolphi — Horn Samson — Schreiber, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK), Band 1, Allgemeiner Teil, Frankfurt, 1975, n.º de margem 20 antes do § 1.º; Welzel, Von Bleibenden und Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft, Marburgo, 1964, p. 19.

7. Unicamente reflexos "puros" como vômitos, câibras, ficam excluídos, porque neles a reação do corpo é desencadeada diretamente por um estímulo que afeta o sistema nervoso. Cf. Rudolphi SK, n.º margem 21 antes do § 1.º — com mais argumentação; ademais Spiegel, Deutscher Autorecht (DAR), 1968, p. 283 et seq., 284.

8. Jescheck, Lehrbuch, p. 167; Rudolphi, SK, n.º margem 20 antes do § 1.º, com mais argumentos; Spiegel, DAR, 1968, p. 285 ss.; Welzel, Lehrbuch, p. 37, 151 s.

9. Típico, Arthur Kaufmann, Die ontologische Struktur der Handlung, in Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag, Berlim, 1966, p. 79, et. seq., 107: "São apenas pertinentes ao homem as conseqüências de sua conduta dominadas mediante seu conhecimento causal, como ... sua ação **imputável**?" Cf. também o delineamento no caso de faltas de possibilidade de castigo em Stratenwerth, Unbewusste Finalität? in Welzel Festschrift, p. 289 et. seq., 293.

10. Como exemplo metódico Krümpelmann, Welzel-Festschr., p. 327; Spiegel, DAR 1968, p. 284. Um exemplo para ele, de que a análise fenomenológica todavia pode ser melhorada é a afirmativa de Stratenwerth de que os processos de direção que são necessários para a exclusão de reações equivocadas provocadoras de acidentes, permitem sentir a ausência do efeito exigido para a ação no mundo exterior (Welzel Festschr., p. 292). A este respeito, já existe o exemplo da detenção de movimentos corporais iniciados, mediante inervação muscular, e só então a retirada do pé que "oscila" no freio, assinala que existe uma ação final com direção e realização no momento exterior; também o próprio corpo é parte do mundo exterior. A não-execução desta ação final pode fundamentar um delito de omissão. Com isso se diminui em forma puramente fática a necessidade vista por Stratenwerth de transformar o conceito de ação em razão de (supostos) vazios de punibilidade.

são provas suficientes.¹¹ E, finalmente: não deveria também rever-se o sentimento jurídico quando se reclama por uma lacuna na punibilidade, apesar de que uma análise precisa das circunstâncias não revela ação final alguma?¹²

II — As objeções mais importantes de natureza jurídico-penal sistemática são — em resumo — as seguintes: O conceito final de ação não se ajusta aos delitos culposos, não é adequado às omissões e é inapropriado para constituir o conceito superior do sistema do direito penal.¹³

a) Neste ponto da discussão, chama-se a atenção para o fato de que os delitos comissivos dolosos¹⁴ e sua construção não se encontram em discussão. Quase todos os dogmáticos alemães de importância, na atualidade, colocam o dolo no âmbito do injusto, mais precisamente: no tipo subjetivo.¹⁵ A fundamentação disto, de modo algum se deve, sempre, a um reconhecimento do conceito final de ação: mas sim, constantemente, a outras considerações decisivas, de caráter sistemático especialmente.¹⁶ Porém, com isso, se leva, em definitivo, em conta uma das exigências mais importantes do finalismo. E, partindo das palavras de Niese: “é finalista quem computa o dolo à ação injusta”,¹⁷ não se necessita, ademais, **nesta altura**, uma discussão com os opositores da teoria da ação final.

11. Em tal medida acertado Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt (Studien)*, Berlim, Nova York, 1972, p. 76 s.
12. É de se considerar o expressado por Spiegel (DAR 1968, p. 238), de que a comunidade jurídica (por exemplo, no caso de reação de graves conseqüências no tráfego) deve poder tolerar também uma absolvição (!). Coerente também Welzel, *Von Bleibenden*, p. 19, nota 45.
13. Em vez de muitos, cf. Jescheck, *Lehrbuch*, p. 167 et seq.
14. A respeito do terminológico deve-se anotar que “crime” deve ser entendido aqui, não no sentido formal, como contraposição a “simples delito” e “contravenção”, e sim no sentido material, dogmático; “crime” é como já para Binding, o **delito punível**, enquanto que por “delito” deve-se entender a contravenção à norma típica, antijurídica e reprovável.
15. Cf. por exemplo, Jescheck, *Lehrbuch*, p. 215; Roxin, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 80 (1968), p. 716; Wessels, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Karlsruhe, 1975, p. 42. Veja-se, também Schünemann, *Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?* in *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Göttingen, 1975, p. 159, nota 1.
16. Ponto de partida de tais considerações sistemáticas são, por exemplo, a existência dos elementos subjetivos do injusto, o papel da decisão na tentativa e o descobrimento de “palavras de atividade final” por v. Weber.
17. Niese, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit (Finalität)*, *Recht und Staat*, Heft 156/157, Tübingen 1951, p. 11.

b) No âmbito dos **delitos comissivos culposos** existe muito menos concordância sobre a utilidade do conceito de ação final. Neste ponto levou muito tempo até que se conseguisse esclarecer sobre a relação entre finalidade e culpa.

Originariamente, Welzel havia visto nos delitos culposos (comissivos) resultados finalmente evitáveis e, portanto, negado toda significação à finalidade atual.¹⁸ Seguiram-se tentativas de esclarecimentos que puseram a culpa em relação, ou bem com a omissão de uma direção cuidadosa da ação,¹⁹ ou com a execução de ações com finalidade juridicamente irrelevante.²⁰ Só a partir da “Exposição de Viena” de Armin Kaufmann se deixou claro que também nos delitos culposos (comissivos) a finalidade possui relevância jurídica em toda a sua amplitude.²¹

Isto parece, à primeira vista, surpreendente, porque ao produzir-se um **dano** de um bem jurídico a finalidade justamente não deve estender-se a esse resultado. Não obstante, a finalidade não necessita, de modo algum, ter como objeto a produção de um **dano** ao bem jurídico, para lograr relevância jurídica, o qual resulta do seguinte: a um bem jurídico não apenas ameaçam perigos provenientes de projetos de ação que levam a um dano. Mas são, também, perigosos aqueles projetos de ação que, ainda que não possuam tal objetivo, entretanto, no caso de sua execução — de certo modo automaticamente — prejudicariam o bem jurídico. Estes riscos não são reparáveis mediante uma proibição de **causar** prejuízos a bens jurídicos; pois, as proibições só atuam mediante a motivação e uma motivação de não ser causal é, em tal medida, impossível, enquanto falta a representação de chegar a ser causal.²² Tampouco ajuda um “mandamento geral de respeitar bens jurídicos alheios”.²³ Tal mandamento, ou bem se cumpre mediante a não realização de determinadas ações, com a qual concluiria, então, numa designação coletiva de proibições de ações que não têm caráter próprio de

18. *Das Deutsche Strafrecht in seinem Grundzügen*, Berlim, 1947, p. 82.
19. Niese, *Finalität*, p. 625. Cf. também Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I* (cit. *Strafrecht*), Colônia, Berlim, Bonn, Munique, 1971, n.º margem 1165 et. seq.
20. Cf. também por exemplo Fukuda, *Die Finale Handlungslehre Welzels und die japanische Strafrechtsdogmatik*, *Welzel Festschr.*, p. 251, 255 nota 12; mais claramente Ohno, *Über den gegenwertigen Stand der Strafrechtswissenschaft in Japan*, *Welzel Festschr.*, p. 261, 273.
21. *Das fahrlässige Delikt*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZfR)*, 1964, p. 41.
22. Cf. Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings — Normentheorie*, Göttingen, 1954, p. 102, em especial p. 106, et seq., 110 et seq.
23. Cf. Stratenwerth, *Strafrecht*, n.º margem 1.168.

uma norma; ²⁴ ou, novamente se cai no “dever de diligência”, cujo cumprimento fundamenta o dolo e cujo não cumprimento não possui, de modo algum, significação própria. ²⁵ A única maneira de conseguir o efeito desejado de evitar o dano a bens jurídicos consiste em considerar o objeto das proibições as **ações finais como tais**, ²⁶ que têm (ou podem ter) como consequência lesões de bens jurídicos. E, justamente esta idéia é a que está na base dos delitos culposos (comissivos):

Dado que o objeto da proibição invertidamente reaparece no tipo, este também nos delitos culposos está composto de tal modo, que é

24. Que assim é, assinala o próprio Stratenwerth (ob. cit.), pois concretiza este “mandado” de imediato com a **existência de proibições** de ações que tornariam possível o surgimento de lesões de bens jurídicos. Também é **inexata** a idéia de Stratenwerth (ob. cit., n.º margem 1.170 s.) de que haveria — por exemplo no tráfego — “em lugar da proibição de toda exposição a perigo ... o mandado de limitar o perigo àquele mínimo inevitável, sempre que se queira permitir a correspondente atividade”. Também este “mandado” conduz à proibição de tais ações, que são **demasiado perigosas** para o direito — **demasiado perigosas** enquanto também existem ações (menos) perigosas que não são proibidas porque o direito teria que pagar a exclusão destes perigos, com a desvantagem do dano de outros bens, por exemplo a vantagem de um tráfego fluente. Em consideração a isto é completamente errônea a designação “risco permitido”. Crítico também a respeito do risco permitido, Armin Kaufmann, ZfR, 1964, p. 50.
25. O não-cumprimento do dever de diligência não tem uma significação independente, porque no caso de execução não comprovada de uma ação “correta” não é punível a lesão do dever de comprovação e no caso de execução não comprovada de uma ação “falsa”, a punibilidade se apóia nela e não na falta de comprovação. Cf. também Armin Kaufmann, ZfR, 1964, p. 53.
26. Por isso também há equívoco em se falar de “execução — descuidada de uma ação final”, como não só o faz Jescheck (Lehrbuch, p. 167). Pois esta formulação sugere que se deve distinguir entre um objetivo de ação “correto” — por isso também a freqüente indicação a uma finalidade juridicamente irrelevante (!) — e (apenas) um meio de ação “falso”. Em realidade o que importa é o correspondente projeto de ação no conjunto de suas características, incluída a união entre objetivo da ação e meio da ação; assim, por exemplo, no sentido de um delito de homicídio culposo, a ação final de ultrapassar a um ciclista a uma distância de 40 cm é relevante, independentemente do fato de ser **melhor** fazê-lo a uma distância de 100 cm, ultrapassar de outra maneira ou de que ultrapassar fosse totalmente inadmissível. Finalizando: culposa não é “a execução descuidada de uma ação final”, mas sim “a execução de uma ação final que é (e porque é) descuidada”.

adequado às ações finais, isto é, não compreende apenas elementos objetivos — a execução externa da ação — como também elementos subjetivos — o saber e o querer desta execução da ação. ²⁷ O tipo dos delitos culposos coincide, portanto, **estruturalmente**, com o tipo dos dolosos; as diferenças entre ambos surgem exclusivamente dos conteúdos divergentes entre o da correspondente finalidade relevante e daquelas finalidades neles descritas. ²⁸ E o que vale para o tipo, vige **mutatis mutandis** também para os outros elementos do delito. ²⁹

27. Quando Stratenwerth (Strafrecht, n.º margem 1.154), apesar do reconhecimento de um aspecto exterior e um interior da ação culposa, desaconselha uma divisão das circunstâncias em objetivas e subjetivas, isto é consequência da circunstância de que os tipos dos delitos culposos não estão descritos legalmente e sempre têm que ser primeiro indagados (sobre isto anteriormente no texto). Tão logo se tenha resolvido esta tarefa, aparece claramente o fato de que o tipo no sentido dogmático está estruturado de tal modo que contém elementos objetivos e subjetivos.
28. Para dar um exemplo prático: A passa com seu automóvel pelo ciclista X a uma distância de 40cm. Em virtude de uma reação de medo, X cai e morre de uma fratura craniana. O resultado pode enquadrar-se primeiramente sobre o tipo de um delito de homicídio doloso, que descreve ação de homicídio final quando, por exemplo, A não só ultrapassa a uma distância de 40 cm, mas quer eliminar o seu contendor X sob aparência de um acidente de tráfego. Ao contrário de conduzir o veículo, não há uma ação de homicídio final; exclui-se a tipicidade, no sentido de um delito de homicídio doloso. Em vez disso entra em consideração um dos muitos tipos de um delito de homicídio culposo, ou seja, aquele que descreve a ultrapassagem de um ciclista a uma distância menor de 100 cm (e se verifica porque o direito não pode tolerar esta conduta em relação com a vida de outros participantes no tráfego, de igual maneira como ações que se dirijam à morte de outrem). Se A queria, pois, conduzir ao lado de X seu veículo a uma distância de 40cm, sua conduta configura o tipo delineado. Pelo contrário, se o veículo de A, de forma inesperada, derrapa e se aproxima demasiado de X, então falta a ultrapassagem final; a configuração do tipo assinalado tem que ser rechaçada por razões subjetivas (e eventualmente teria que suscitar a questão da existência de outros tipos culposos — por exemplo, conduzir com velocidade elevada em ruas com perigo decorrente da neve).
29. Para o plano da **antijuridicidade**, isto é evidente; como em geral unicamente há que se perguntar se a execução da ação típica está coberta pela introdução de uma causa de justificação. Esta relação totalmente normal de tipicidade e antijuridicidade até o momento havia permanecido pouco clara, porque sob o clichê de “risco permitido” e “adequa-

Com isto, ao mesmo tempo, fica claro que a problemática propriamente da culpa não reside no campo da teoria da ação ou da construção do delito, senão completamente em outro âmbito: enquanto que para a evitação de danos a bens jurídicos, que são objeto de ações finais, basta uma norma proibitiva única,³⁰ para a evitação de danos que não tenham sido desejados, necessita-se um número extraordinariamente grande de diferentes proibições, isto é, tantas quantas sejam as classes de projetos de ação intoleráveis para o direito. Este alto número de normas proibitivas e de leis penais exigidas para a proteção do bem jurídico ultrapassam os limites das possibilidades legislativas. Em razão disto, o direito positivo tampouco contém “leis completas” de descrição de ação e de cominação penal; em vez disso, aparecem conceitos gerais,

30. Assim, basta para a proteção da vida contra danos finalmente realizados uma só proibição: a proibição de matar, enquanto que antes de consumações não finais a vida estaria protegida só em um aspecto, mas de maneira geral, todavia, em forma muito insuficiente, mediante apenas uma só norma de cuidado, por exemplo, a proibição de que se ultrapasse a ciclistas a uma distância inferior a 100cm.

ção social” se acreditava tratar problemas de justificação, quando tais questões estão em relação com considerações a respeito de se uma determinada classe de ações finais estão proibidas de forma geral e devem ser incluídas na descrição de um tipo ou se os efeitos de uma tal decisão sobre outros bens jurídicos tornam aconselhável um distanciamento de tal determinação de norma.

A respeito da reprovabilidade determina-se como no fato doloso — a capacidade de compreender o não permitido da ação e de comportar-se conforme essa compreensão. Em todo caso, falta àquele que realiza um tipo culposos, em regra geral, a consciência de que sua ação está proibida; logo, se acha, como assinalou Armin Kaufmann (ZfR, 1964, p. 51) em um erro de proibição. Este erro de proibição só se pode ter como evitável quando o autor estava em situação de prever as consequências negativas de sua ação e desde então concluir que seu atuar é antijurídico. A opinião geral de que o delito culposos tem como pressuposto a previsibilidade subjetiva do resultado encontra assim sua fundamentação correta e própria.

Quando o direito positivo pressupõe a causação de dano a bens jurídicos cujo evitamento é a razão pela qual a ação final é proibida e típica, trata-se desde um ponto de vista dogmático de uma condição objetiva de punibilidade, embora na prática o resultado se refira, freqüentemente, antes à tipicidade do atuar final, porque a produção do resultado no caso de tipos não descritos é o ponto de partida para a averiguação. A respeito da admissibilidade desta prática cf. o artigo do autor sobre a posição do resultado nos delitos de omissão culposos (RDP n.º 19/20).

como, por exemplo, “mediante culpa”, que demonstram que a decisão sobre quais ações finais estão proibidas de forma geral e como podem ser vistos os correspondentes tipos legais, permaneceu aberta e que há-de-ser **procurada em lugar do legislador**. Com outras palavras: se no caso particular ocorre um delito culposos, não se pode contestar mediante a via habitual da subsunção de umas circunstâncias dadas segundo um tipo penal também dado. O que parece aplicação do direito é, em realidade, descobrimento do direito, no sentido que, partindo do atuar final (!) concreto³¹ hão de ampliar-se reflexões normativas, quase legisladores de uma conduta tal como foi realizada e não levar-se em consideração de forma geral,³² em razão da proteção de bens jurídicos: e, se isto se aceita, então não apenas ficou comprovada a violação ao cuidado na ação concreta, como também criou-se, sub-repticiamente, um novo tipo geral de culpa. Isto aparece, por exemplo, nas decisões dos tribunais superiores, em matéria de culpa, que não apenas resolvem um caso concreto, como também têm em seus anais — a forma de leis penais “completas” e, por isso, também, concorrem para o futuro rol de regras aptas para a subsunção.

31. Sem conhecimento do conteúdo da vontade não se pode ponderar de modo algum a respeito de que relação normativa pertence à conduta e que regras regem ou devem reger. Sobre isso: o direito tem a tarefa de **ordenar** a conduta humana. Esta tarefa só é possível cumprir-se — já antes da produção de um dano a bens jurídicos — se chega a uma motivação dos homens, e esta motivação não se pode conseguir em relação a uma representação causal (de modo algum existente), senão apenas em relação a um projeto de ação consciente — por definição. Quando para Jescheck (**Lehrbuch**, p. 168) o “conteúdo da vontade pode ser co-determinante para a medida da contravenção ao cuidado”, se aproxima da concepção aqui sustentada. Mas se este autor diz que “a contravenção ao cuidado não pode equiparar-se com a da ação final, pois o juízo sobre o defeituoso resulta, primeiramente, a respeito de um resultado evitável, que justamente está fora da conexão final” (**Lehrbuch**, p. 167), deve-se contestar: não se trata da equiparação de ação final e contravenção ao cuidado, já pelo fato de que é impossível que um enunciado sobre uma ação final seja igual à ação final. Na realidade trata-se da equiparação da “contravenção ao cuidado” e “tipicidade” de ações finais, no sentido de que o juízo sobre o defeito de ações com uma determinada finalidade conduz à implantação de um tipo, e tudo aquilo que no sentido desse tipo é típico também merece o predicado de “contrário ao cuidado”, sem que isto tenha, ainda, que ser provado e dito expressamente. A contravenção ao cuidado não é uma característica do tipo, mas sim o **fundamento**, o **motivo** para sua existência. Mas as considerações que concernem a este motivo e que fundamentam a não-suportabilidade de uma determinada classe de

Tudo isto não pode ser aqui aprofundado. No entanto, parece claro que o conceito final de ação não apenas não é incompatível com o delito comissivo culposo, mas também é justamente a única chave utilizada para abrir a porta a uma solução livre de atritos da problemática da culpa.

32. A concepção de Stratenwerth (*Strafrecht*, n.º margem 1.167) e Jakobs (*Studien*, p. 48 e *passim*) de que pertence à tipicidade a lesão não de um dever de cuidado geral, mas sim do que compete ao autor individual, em última análise só repercute na questão de saber quais ações finais são típicas; não significa, pois, uma objeção contra as teses aqui formuladas a respeito do conceito de ação. Por esta razão, só algumas breves observações, em relação à interpretação discrepante da contravenção ao cuidado. A exigência de que o autor culposo teria que ser capaz de comportar-se segundo o modo ordenado juridicamente, vem unida à representação de que o “dever de cuidado” surge de um mandado, cujo cumprimento pressupõe a capacidade de ação. Todavia, a menção aos delitos de omissão é equivocada. No âmbito da comissão a “lesão do dever de cuidado” é uma lesão de proibições. Mas as proibições se cumprem mediante a não-execução de ações, e omitir, cumprir a norma, pode todo aquele que atua — também o esclerótico ao volante, ao qual alude Stratenwerth em seus exemplos. Se a capacidade de comportar-se do modo determinado juridicamente, se refere à motivação relativa a uma conduta e não a ela mesma, igualmente se ultrapassa o marco dos delitos de omissão; pois então teria que ser esta capacidade critério não apenas de lesão do mandado, mas, também, da lesão da proibição. Esta consequência levaria dogmaticamente à eliminação da diferenciação de injusto e culpabilidade e desde um ponto de vista lógico-normativo à supressão da idéia de uma norma de determinação e isto apesar de que a evitabilidade da conduta justamente pressupõe um motivo que pode levar a cabo a evitação. O prego para a eliminação da diferenciação assinalada é muito alto. Isto aparece já na falta de disposição para pagá-lo em todas as classes de delitos. Mas também para os casos de culpa, nos quais, presumivelmente tem que ser pago, não se justifica. Por um lado, existem suficientes proibições de ação que se podem configurar a respeito de homens com poucas capacidades (e ao mesmo tempo que valham para todos os casos semelhantes), e por outro lado quando, por exemplo, o esclerótico já não pode reconhecer a proibição de conduzir, ocorreria a solução de Stratenwerth no sentido de que seria improcedente a possibilidade de ligar a uma medida de retirada da permissão para conduzir, porque não existiria um fato antijurídico.

ações finais não estão limitadas ao conteúdo da finalidade; basta a consideração das consequências e da reflexão de que o dano a bens jurídicos — que está fora da conexão final — seria evitado, de certo modo, automaticamente, se não se realizasse a ação final.

B

A Omissão — a respeito disto, há coincidência — está caracterizada pelo fato de que uma ação determinada não tenha sido executada. Isto parece que suprime à finalidade, que é a coluna vertebral da ação, toda significação para o conceito de omissão. Mas, a aparência engana. Com poucas exceções ³³ também existe pleno acordo de que a ação ausente tem que ser “possível” ao homem. Assim sendo, os pressupostos desta possibilidade só se podem deduzir a partir da estrutura final da ação: Antes de que seja executada a ação o homem tem que representar o objetivo da ação e desde então fazer o pensamento selecionar os meios para a consecução do fim. Por conseguinte, é um pressuposto mínimo para que se chegue a uma ação, a representação de um objetivo, desde o qual pode partir o processo de planejamento, a possibilidade de conhecer os meios da ação e a possibilidade de realização física do planejado. Em outras palavras: o que converte em omissão a não execução de uma determinada ação é a capacidade de ação concreta referente à ação ausente com os componentes físicos e psíquicos designados. Ou formulado, todavia, de outra maneira: a finalidade potencial pertence à omissão.

33. Assim Jescheck (*Lehrbuch*, p. 170) parte da capacidade “geral” de ação; para o “omisso” também o incapaz em concreto de ação (!), na medida que um homem médio hipotético (!!) haveria executado em seu lugar a ação. Baumann (*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.ª ed. Bielefeld, 1975, p. 203) certamente está disposto a concessões “pela prática jurídica” à opinião dominante, mas quer ver tratada a impossibilidade de atuar, teoricamente só na antijuridicidade.

O outro grupo de casos, que afirmaria a tese de Stratenwerth e Jakobs, se refere aos capazes de nível médio de reconhecer e evitar danos a bens jurídicos. A suposição de que sem ressaltar a lesão do cuidado individual se privilegiaria aos com capacidade de nível médio, não concerne ao âmbito das ações: por um lado, o corredor não pode conduzir no tráfego urbano, de forma diferente à do procedimento médio, em relação ao qual estão adaptadas as regras de cuidado, e por outro lado, as capacidades superiores trazem praticamente consigo o fato de que muito perigos que o procedimento médio não veria, se acham conscientes — e então atuam as proibições que têm como objeto danos dolosos de bens jurídicos. O que resta são os casos em que se poderia chegar a reprovar a falta de aplicação das melhores capacidades, mas então, se trata de modos de comportamento do âmbito da omissão e, novamente, então, facilmente daqueles de um delito culposo. Em geral, veja-se também, Schünemann, *Schaffstein-Festschr.*, p. 159 et. seq.

A este conceito de omissão que elaborou Armin Kaufmann ³⁴ opõem-se, essencialmente, duas posições: em uma, exige-se como característica (suplementar) uma expectativa jurídica, ou pelo menos social, de ação ausente; e na outra se determinam de modo diferente os pressupostos da capacidade de ação.

I — A admissão de uma esperança de ação ³⁵ transformaria um conceito ôntico de omissão em um normativo. Quando nos fatos se postula tal conceito e se fundamenta tal postulado como necessidade jurídica, a exigência chega, por si mesma, certamente, ao absurdo; pois juridicamente permanece a característica da ação esperada, também para os partidários do conceito normativo de omissão sem função própria.

Para a especificação do que como objeto da valoração pode entrar em consideração como injusto (e no caso da determinação da norma passa a fazer parte da descrição típica) não é necessário o recurso anterior a respeito do ponto de vista “da moral, dos usos, do costume, do direito”; ³⁶ ou seja, a respeito a um sistema de normas de outro tipo. ³⁷ Realmente, só o “valorado previamente” é acessível à valoração jurídica? — A **antijuridicidade** da não execução de ações possíveis se constitui certamente pela oposição ao ordenamento jurídico, mas justamente só por meio dele. Se nesta medida se quiser falar de desengano de uma expectativa do ordenamento jurídico, isto também teria que suceder a respeito do fazer; a expectativa não é outra coisa que uma metáfora para a pretensão de validade de toda norma jurídica e desengano desta expectativa, uma metáfora para a existência de uma oposição a respeito, isto é, para a própria antijuridicidade. ³⁸ Com isto, não se assinala um critério adicional. A **reprovabilidade** depende, conforme a teoria correta da culpabilidade e agora afirmada legalmente na República Federal Alemã, ³⁹ da capacidade para motivação conforme o ordenamento jurídico, sem que, para isto, importe alguma outra expectativa. A consciência de que a inatividade contraria as expectativas de moral ou dos usos, pode, de fato, dar a base à possibilidade — de evitar um erro sobre o mandamento, mas de forma geral não se necessita disto.

Junto à necessidade — suposta, como se assinalou, de um conceito “jurídico” de omissão, outro ponto de vista seria decisivo para a longe-

vidade da teoria da expectativa: o temor de que um conceito de omissão — sem a característica da expectativa seria muito pouco delimitado. Este temor seria certo de fato, se na definição: “omissão é a não realização de uma ação possível determinada” se entendesse a possibilidade de ação exclusivamente no sentido físico-real. ⁴⁰ Mas, se a possibilidade de ação, como aqui se entende no sentido da capacidade concreta de um homem para a execução de uma determinada ação final, o temor da falta de limite é totalmente infundado. Por uma parte, trata-se, exclusivamente, no caso dos elementos de capacidade de ação e no caso da falta de aplicação desta capacidade, de características ônticas delimitadas por si mesmas, ⁴¹ que são possíveis de comprovar como **“circunstâncias de fato”**, ⁴² sem que tenha que se recorrer a uma valoração — sempre de alguma maneira imprecisa.

Por outro lado, sempre se passa por alto no seguinte: o número, das representações de objetivos que um homem em um determinado momento pode desenvolver e realizar é fisicamente **nos fatos tão limitada**, que o conceito de omissão aqui sustentado é o mais restrito dos que se pode sustentar. ⁴³

II — A segunda posição opositora ao conceito de omissão aqui sustentado está relacionada com as concepções discrepantes sobre como irão se determinar os componentes psíquicos. A respeito, não se trata tanto das repercussões da doutrina do “dolo” de omissão, que aqui se traz à colação, para dar uma visão global, mas principalmente, da afirmação de que já é suficiente a possibilidade de reconhecer o objetivo da ação para que se configure uma omissão. Dado que ambas proposições recebem sua força motora do âmbito dos delitos de omissão, também se trata deles neste contexto.

34. *Dogmatik der Unterlassungsdelikte* (cit. *Unterlassungsdelikte*), Göttingen, 1959, p. 35, 59 et. seq.

35. Rudolphi, SK, n.º margem 4 antes do § 13, como informação.

36. Arthur Kaufmann, Mayer — *Festschr.*, p. 104, nota 81.

37. Vogt, ZStW 63 (1951), p. 381 s., 383.

38. Cf. também Armin Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, p. 50 et. seq.

39. § 17 C.P.

40. Isto não é possível sustentar porque a possibilidade de ação fisicamente real só pode ser provada num plano de fato, concreto; pois o método de supor uma decisão, e então averiguar as possibilidades de sua realização, conduz sempre a uma possibilidade de ação hipotética, fisicamente irreal.

41. Também a circunstância de que um homem determinado numa época determinada não tenha utilizado uma capacidade existente, é uma realidade, um dado ôntico.

42. Naturalmente, para a presença de uma omissão não interessa uma tal comprovação; pois os fatos existem independentemente de serem advertidos ou constatados. Em consonância com isto é equivocado negar realidade à omissão e atribuir-lhe caráter de um juízo, como ultimamente o faz Stree (Schönke — Schröder, *Strafgesetzbuch*, 18.ª ed., Munique, 1976, n.º de margem 139 antes dos §§ 13 e seg.), sem abordar novos argumentos.

43. Por isso, é também incorreto falar como Stree (ob. cit.) “do que em uma determinada situação se poderia fazer milhões de vezes”.

a) Da época em que os delitos de omissão eram, todavia, enteados da dogmática, provém a concepção de que o **conceito de dolo** dos delitos de comissão se podia transpassar inalterável aos delitos de omissão. Se isso fosse correto, só se poderia castigar por um delito de omissão “doloso”, quem se houvesse representado positivamente fora do objetivo da ação não efetuada, e dos meios não aplicados para sua execução, e, sobretudo, haja tido a vontade de não executar a ação representada.

A prática judicial vem a ser, como é sabido, diferente; a consciência dos meios de ação que permaneceram não utilizados, não representa papel algum no julgamento ou só uma representação verbal,⁴⁴ e a “vontade” de omissão carece precisamente de toda significação prática. Que também é correto, teoricamente, nos resultados o que já foi demonstrado de forma convincente por Armin Kaufmann,⁴⁵ como creio. Mas, isto deve ficar por aqui. O determinante é que esta tese do “dolo” de omissão não tenha tido nenhum efeito na formulação do **conceito** de omissão. De igual forma que o conceito causal de ação, também o correspondente conceito de omissão não devia exibir nenhum componente psíquico.

b) Mas, nos últimos tempos, se acrescentaram as opiniões que atribuem a Armin Kaufmann e Welzel de que é insustentável um conceito de omissão que se apóia, exclusivamente, numa ação determinada (unicamente) fisicamente possível.⁴⁶ Com este reconhecimento de ele-

44. Em regra geral as explicações a respeito do “aspecto interno do fato” se circunscrevem ao conhecimento da situação típica, e isto mesmo quando, segundo as circunstâncias da matéria, não há certeza de modo algum de que o inativo se fez representar na intervenção não produzida. É realmente assim que o autor de um assalto pensa em informar a um médico ao fugir do lugar do fato deixando sua vítima ferida? Cf. BGH. St. 16, p. 200 et. seq.

Uma das raras exceções constitui uma decisão do Tribunal Superior Estadual da Baviera do ano 1957 (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1957, p. 354). O Tribunal anulou uma sentença por omissão de prestação de socorro e devolveu o assunto porque não estava comprovado que o acusado, que havia recusado transportar o acidentado (correto desde um ponto de vista médico), havia entendido necessário informar a um médico, ou, em vista da presença de outros, o havia considerado desnecessário. A respeito da crítica da decisão, Armin Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, p. 113, nota 63.

45. *Unterlassungsdelikte*, p. 66, 110 et seq.; *Unterlassung und Vorsatz*, in *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, Bonn, 1963, p. 207, et. seq.

46. Cf. Gallas, *ZStW* 67 (1955), p. 1 ss., 41; ademais Rudolphi, SK, n.º margem 3 antes do § 13; Stratenwerth, *Strafrecht*, n.º margem 1098.

mentos de omissão psíquicos dá-se um passo fundamental na direção a um conceito de omissão orientado pela estrutura final.

Mas, às vezes, o reconhecimento de elementos de omissão psíquicos vão, de certo modo, demasiado longe. Em oposição a Armin Kaufmann e Welzel, conforme os quais o inativo tem que ter conhecido positivamente o objetivo de ação não produzida, para Rudolphi, por exemplo, basta que o objetivo fosse possível de conhecer: “O omitir como conduta imputável pessoalmente pressupõe... exclusivamente a possibilidade de reconhecer tanto o objetivo da ação como também os meios da ação. A questão de saber se o autor o reconheceu ou poderia tê-lo reconhecido só tem significação para ver se se trata de um omitir doloso ou culposo”.⁴⁷

Nesta argumentação se adverte que Rudolphi não passa a discutir de modo algum a questão de que se apenas a possibilidade de reconhecimento do objetivo da ação permite falar de capacidade de ação.⁴⁸ O conceito de omissão, de Rudolphi não se baseia, pois, na comprovação de que o resultado da análise da estrutura ontológica da omissão, feito por Armin Kaufmann e Welzel, é incorreto, mas no temor de que sua adoção sem variações tornaria impossível lograr apreender o omitir “culposo”. Porém, realmente os conhecimentos sobre o **delito** de omissão culposo obrigam a modificar o **conceito** de omissão?

O tratamento da problemática total da culpa no âmbito da omissão ultrapassaria os marcos desta contribuição. Mas, talvez, isto não seja necessário de modo algum, porque as divergências entre Armin Kaufmann e Rudolphi sobre a significação da possibilidade de reconhecer o objetivo da ação só dizem respeito a um determinado grupo de casos. Enquanto que Rudolphi também aceitaria um delito culposos quando o inativo não haja tomado de modo algum consciência do objetivo da ação — possível de reconhecer —, Armin Kaufmann pressupõe “nos delitos de omissão culposos que o obrigado a atuar tenha estado resolvido a cumprir o mandato, de lograr o fim que lhe havia imposto o ordenamento jurídico”.⁴⁹ Com outras palavras: para Armin Kaufmann a culpa na omissão é **exclusivamente** “mau cumprimento” de um mandato. E, naturalmente, de mau cumprimento só se pode falar quando em todo caso se dá a deliberação de cumprimento e com ela o conhecimento do objetivo da ação. Isto, por certo, não exclui que o mal cumprimento também possa produzir-se no âmbito do julgamento do objetivo da ação, isto é, quando a representação da possível existência do objetivo de uma ação

47. SK, n.º margem 3 antes do § 13.

48. A crítica de Armin Kaufmann (*Unterlassungsdelikte*, p. 41 et. seq.) à correspondente posição de Gallas (*ZStW* 67 — 1955, p. 41) permanece de acordo com isso, sem contestação.

49. *Unterlassungsdelikte*, p. 170.

abandone apressadamente, sem uma comprovação mais circunstanciada;⁵⁰ mas, quando o objetivo de ação possível de reconhecer não haja entrado de modo algum na consciência, então se exclui uma punição por delito culposos. O salva-vidas que, sem pensar na mínima possibilidade de um acidente, renuncia por comodidade a uma volta rotineira em redor da piscina, não pode ser acusado por delito de homicídio culposos, nem sequer quando o perigo à vida surgiu da própria volta, independente do que o salva-vidas observe com a vista.⁵¹

Pressupondo que este caso, em última análise, se tivesse como uma culpa punível na omissão, não teria, então, razão Rudolphi? Antes que isto se aceite haveria que comprovar, todavia, a fundamentação da concepção de Armin Kaufmann. Seu ponto de partida é aquele por ele chamado "princípio de inversão", e, certamente aplicado ao delito de comissão culposos. Está caracterizado, em todo caso, nos delitos, de causação pelo fato de que se causa um resultado que não está abrangido pela vontade de realização".⁵² Disto chega Armin Kaufmann, no esclarecimento da culpa na omissão, à não consecução da consequência, apesar da vontade correspondente — uma vontade, à qual pertence necessariamente o conhecimento do fim da ação.

Entretanto, o estado da dogmática da culpa, da qual partiu então Armin Kaufmann (1959) e com reservas,⁵³ foi superado. Como se delineou, anteriormente, na culpa comissiva não interessa a causação de um resultado, senão a execução de uma ação final, que certamente não está dirigida a esse resultado, mas é contrário ao cuidado em relação a ele (resultado). Se se aplica o princípio de inversão a esta concepção, no âmbito da omissão já não é decisiva a evitação omitida de um resultado,⁵⁴ senão a execução omitida de uma ação final, cuja execução é conforme o cuidado em relação à evitação do resultado e cuja não execução é, por isso, contrária ao cuidado. Assim como no âmbito da comissão, a ação final, que é proibida como contrária ao cuidado e cuja execução é típica, não necessita abranger o resultado como objetivo da ação (a lesão do bem jurídico), tampouco no âmbito da omissão a finali-

50. Unterlassungsdelikte, p. 173.

51. Os casos de "buscar com a vista" são, em geral, aqueles da representação da possibilidade de existência de uma situação típica, estes pertencem melhor ao âmbito dos delitos "dolosos".

52. Unterlassungsdelikte, p. 169.

53. Unterlassungsdelikte, p. 168.

54. Para evitar equívocos: pensa-se no âmbito dos delitos de omissão culposos, não dos crimes de omissão culposos (veja-se supra nota 14). Naturalmente o direito positivo — pode determinar que a omissão de uma ação cuidadosa em relação à evitação de um dano a bens jurídicos só deve ser castigada quando o dano ao bem jurídico se tenha produzido efetivamente.

dade da ação, que é ordenada conforme o cuidado e cuja não execução é típica, necessita compreender o resultado (a manutenção do bem jurídico). A possibilidade de reconhecer o resultado não perde por isso toda significação; pois é um pressuposto fático, de fato, de que o inativo pode tomar consciência da antijuridicidade de sua omissão e de que pode ser reprovada sua inatividade.⁵⁵

Isto significa a necessária adequação do conceito que Armin Kaufmann estabeleceu para a culpa na omissão, ao conceito que este autor desenvolveu para a culpa na comissão, faz desnecessária uma correção do conceito de omissão no sentido da tese de Rudolphi e ao mesmo tempo possibilita uma punibilidade nos casos em que Rudolphi poderia reclamar ter dado um tratamento correto. O problema que tem que ser resolvido por ambos os autores (e por todos demais) do mesmo modo se encontra num setor diferente: trata-se da determinação das normas de cuidado, cujo cumprimento também produziria a evitação do resultado.⁵⁶

C

Do que foi dito se depreende: O conceito final de ação está na base de todos os delitos de comissão, tanto dos dolosos como culposos, da mesma forma. E assim como existe apenas um conceito único de ação, assim também existe apenas — um conceito de omissão para todos os delitos de omissão — os dolosos e os culposos. O conceito de ação e o de omissão não coincidem, mas têm algo em comum: a capacidade (concreta) de ação.⁵⁷ Atuar é pôr em atividade a capacidade de ação; omitir, não pôr em atividade. Em consideração a isto, é possível um resumo

55. Cf. as explicações a respeito da reprovabilidade (nota supra 29), que *mutatis mutandi* também cabem aqui.

56. O problema referente às relações da punição da culpa com o princípio *nullum crimen sine lege* se deixa conscientemente aberto, pois se estabelece a respeito de todo conceito da ação ou de omissão. Só se fará menção a uma coisa apenas: no caso dos delitos de omissão culposos o problema de determinabilidade legal se propõe mais agudamente porque a punibilidade é dependente sobretudo de posições de garantidor não escritas. Uma cláusula geral sobre a punibilidade da omissão de evitações de resultado da Parte Geral do Código Penal não mudaria as coisas. Cf. Schöne, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, Colônia, Berlin — Bonn — Munique, 1974, p. 324 ss.; Stree, in Schönte — Schröder n.º margem 6, § 13.

57. Com razão assinala Stratenwerth (*Strafrecht*, n.º margem 1098) que no caso da capacidade de ação "não interessa a capacidade enquanto tal para atuar final coordenado, mas sim a capacidade para levar a cabo uma determinada ação".

conceitual da seguinte maneira: atuar e omitir são duas formas, e certamente únicas, da conduta humana; conduta é atuar **ou** omitir, atuação **ou** não atuação da capacidade de ação

A comprovação de que ação e omissão não se equiparam conceitualmente, porém se excluem, dá razão àqueles que dizem que o conceito de ação não pode constituir o conceito superior do sistema penal.⁵⁸ Mas esta não é uma objeção ao conceito final de ação. Pois este conceito, como assinala sua designação, é justamente um conceito da ação, nada mais. E, ademais, não existe nenhuma razão que obrigue a que justamente o conceito de ação tenha que ser o conceito superior do sistema jurídico penal. A circunstância de que o código penal reformado já não contempla a fórmula “ação cominada com pena” ou “punível” e utiliza a designação neutra de “fato”⁵⁹ assinala quão pouco pode convencer o recurso ao direito positivo, que até o momento, para alguns, era o argumento decisivo.⁶⁰

A proposição de Armin Kaufmann, apoiada na característica comum de capacidade de ação, de reunir ação e omissão no conceito de “conduta”,⁶¹ tem sido entendida e rechaçada por Jescheck como a tentativa de uma “união da ação e da omissão no conceito de capacidade de ação”, “porque a capacidade de ação é pressuposto da ação, mas não a própria ação”.⁶² Isto está correto — a capacidade de ação é apenas um pressuposto da ação e teria que se acrescentar também que é um pressuposto da omissão. Mas ao mesmo tempo a crítica se baseia num mal-entendido: a união não se busca “no conceito de “capacidade de ação”, mas sim no de **conduta**, que, ademais da capacidade de ação, contém a dicotomia “atuação ou não atuação”. Qualquer tentativa de tratar de fazer desaparecer conceitualmente esta dicotomia tenderá a conduzir a resultados equivocados.⁶³

58. Cf., por exemplo, Jescheck, *Lehrbuch*, p. 167.
59. Cf., por exemplo, Baumann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed. Bielefeld, 1968, p. 172.
60. Quando a diferença entre ação e omissão desempenha um papel, isto também se faz notar claramente com estes conceitos. Cf. por exemplo, §§ 8.º e 9.º StGB.
61. *Unterlassungsdelikte*, p. 81.
62. *Lehrbuch*, p. 167, nota 14.
63. Caso típico é o de Jescheck, que define seu conceito superior de “ação” como “conduta humana de relevância social” (*Lehrbuch*, p. 168), e se vê obrigado imediatamente a decifrar a conduta de modo que (juntamente à causação de consequências) inclui o exercício de atividade final e de inatividade. Também é inapropriado linguisticamente partir da ação, porque então o enunciado “ação é (também) inatividade humana relevante socialmente”, teria que ser novamente esclarecido mediante o agregado “ação em sentido amplo”.

Outro problema diferente é se é necessário um conceito superior comum de “conduta”. Prescindindo da satisfação de necessidades estéticas, um conceito superior tem a função de indicar todos os fenômenos que são objetos do direito penal e de incluir em sua configuração as categorias penais.

Esta tarefa se ajusta totalmente com o conceito superior proposto por Armin Kaufmann. O problema a respeito do objeto do direito penal se responde de forma clara e concludente com “atuação ou não atuação de poder final”, sem que seja necessário recorrer a critérios normativos como “relevância social”, etc.⁶⁴ Ao mesmo tempo se dá o ponto de referência para o sistema jurídico penal: por um lado se é possível uma expressão unitária do delito⁶⁵ como **conduta** (antinormativa) típica, antijurídica, reprovável e punível; por outro lado o conceito de conduta aclara, de imediato, e de forma inequívoca, o comum e divisor nas estruturas dos fenômenos envolvidos, que dentro do sistema jurídico penal se concretiza nas diferenças entre delitos de comissão e omissão, com seus próprios pressupostos correspondentes.

64. Tampouco é apropriado o conceito de “conduta imputável pessoalmente” (Rudolphi, SK, n.º margem 18 antes do § 1.º) para constituir o conceito superior do sistema. Como reconhece o próprio Rudolphi (ob. cit. n.º margem 23), se trata apenas de “um objetivo normativo geral”, a partir do qual se pode descrever os diferentes tipos de conduta. O erro na construção conceitual reside em que se quer incorporar ao conceito sua função de indicar o imputável, o objeto do direito penal, enquanto que o conceito, por sua própria função, deve indicar o que é imputável, objeto do direito penal.
65. Delito = “crime” no sentido material de Binding.

ABORTO: A RETÓRICA CONTRA A RAZÃO

Nilo Batista

Quem pretendesse inventariar os principais acontecimentos, para o direito penal e a criminologia, dos anos setenta, deveria reservar um lugar de expressão para as reformas legislativas que ampliaram as indicações legais da interrupção voluntária da gravidez.

Como de praxe, a discussão chega ao Brasil neste início dos anos oitenta, pelo menos em termos de mobilização da opinião pública. Os argumentos, porém, — e como de praxe — são os mesmos dos anos sessenta. O objetivo dessas linhas é retomar alguns dos argumentos brandidos pelos defensores da incriminação cabal e ampla do aborto, particularmente aquele que é o seu quartel-general: “o abortamento é um crime contra a vida, em tudo idêntico ao homicídio, e não devemos quebrar essa tradição”.

I

Aborto: crime contra a vida?

Quando os defensores da incriminação do aborto afirmam, sem hesitações, que a interrupção da gravidez é uma ofensa à vida — e o fazem sempre com grandiloquência, chegando alguns a equipará-lo ao homicídio —, estão ignorando, ou querendo ignorar, que o aborto é provavelmente o delito que maior debate ofereceu quanto à objetividade jurídica.

Um monografista nos apresenta as seguintes alternativas propostas pela doutrina para resolver o problema: a) ordem familiar e moralidade pública; b) interesse demográfico; c) integridade física da mãe; d) direito dos pais à prole; e) direito a normal desenvolvimento intra-uterino; f) vida; g) objetividade jurídica complexa (composta também da vida) (Schepeler Raveau, *El Delito de Aborto*, Santiago de Chile, 1967, pp. 8 ss.).

Não é aqui o lugar para lembrar os ilustres especialistas que optaram por soluções diversas da vida (como a preciosa construção de Asúa, no sentido do interesse demográfico), nem os importantes textos legislativos que igualmente adotaram solução diversa (como o código italiano, que situa o aborto entre os crimes contra a integridade e sanidade da estirpe). Trata-se apenas de conhecer uma discussão e, verificando que impasse semelhante nunca se deu com o crime de homicídio, concluir que a ofensa à vida no aborto não se oferece com a clareza teórica e a nítida significação jurídica da ofensa à vida no homicídio. O gênio de Carrara já havia percebido isto com nitidez, afirmando que o aborto não podia equiparar-se, em gravidade, com o homicídio, e esclarecendo que “*la vita che qui si spegne non poteva ancora dirsi definitivamente acquisita: più una speranza ella era che una certezza*” (Programma, § 1.251). Carrara é insuspeito para depor sobre o assunto, pois polemizou com Ambrosoli, que situava a “ordem das famílias”, e não a vida, na objetividade jurídica.

A opinião predominante efetivamente se inclina para a direção da objetividade jurídica complexa. Novoa Aldunate bem resume esta opinião predominante: “*la vida solo es el bien jurídico de mas relevancia en el tipo objetivo del aborto, coexistindo junto a el otros valores que asimismo deben ser objecto de protección jurídico penal*” (El Comienzo de la Existencia Humana y su Protección Jurídica, Santiago de Chile, 1969, p. 56).

Pois bem: se construções retóricas se alinhavam em torno do componente “vida” dessa objetividade jurídica complexa, o maior silêncio é devotado aos outros componentes. O exame daquilo que também se protege na incriminação do aborto, além dessa “vida”, pode ser esclarecedora a respeito do que foi historicamente escondido pela retórica.

II

Algo em comum entre assírios e a revolução industrial

Entre 1903 e 1914, escavadores da *Deutsche Orientgesellschaft* descobriram catorze tábuas contendo leis assírias, que foram posteriormente classificadas e nomeadas por letras do alfabeto. Um fragmento da tábua A prescrevia, para a mulher que praticasse aborto, o empalamento e a negação de sepultura, recomendando que tais penas fossem aplicadas, ainda quando ela falecesse na ocasião do abortamento. Por certo os assírios não eram campeões da defesa da vida. A explicação é fornecida por Guillaume Cardascia, que, analisando o difícil começo do povo assírio, cercado por inimigos numerosos e possantes, consigna: “*partant de cette idée, ou pourrait expliquer la rigueur du § 53 des lois assyriennes comme la réaction de défense d'un peuple menacé dans son existence même*” (Les Lois Assyriennes, Paris, 1969, p. 245). Ou seja: a vida

do produto da concepção em si não vinha em consideração na política criminal assíria, senão que se incriminava a baixa prematura de um soldado.

Como era comum na idade média, **at early common law the fetus was considered alive thirty to eighty days after conception** (Wayne La Fave & Austin Scott, *Handbook of Criminal Law*, St. Paul, 1972, p. 530).

Na Inglaterra, como nos Estados Unidos, foi a partir de 1800 que a incriminação do aborto se radicou legislativamente. Um trabalho americano assinala três motivos aos quais atribuir tal fato: 1.º: o interesse de impor um código moral estrito; 2.º: a vontade de acabar com os serviços médicos anti-higiênicos e cruéis, responsáveis por tormentos e mortes de muitas mulheres; 3.º: **"a desire to increase the birth rate at a time when manpower was needed"** (Jules Saltman & Stanley Zimering, *Abortion Today*, Springfield, 1973, p. 74). Ou seja: a vida do produto da concepção em si não vinha em consideração também nesta política criminal, senão que se incriminava a baixa prematura de um trabalhador.

As guerras assírias têm em comum com a revolução industrial que ambas necessitaram de mão-de-obra abundante e barata. A incriminação do aborto serviu a ambas.

III

Salvando a propriedade e a alma

É pacífico que o direito romano, até aproximadamente 195 d.C., não punia o aborto. É famosa a passagem de Papiniano, segundo a qual "não se pode com razão dizer que seja um homem" o produto da concepção que não veio à luz (D. 35, 2, 9, 1). Mommsen afirma que só após Septímio Severo é que o aborto foi punido com apoio na lei contra o **veneficium** (*Droit Pénal Romain*, Paris, 1907, v. II, p. 354). Marciano refere a punição, como crime **extra ordinem**, que Severo e Antonino aplicaram numa mulher que abortou (exílio temporário); o fundamento, contudo, estava na indignidade de impunemente fraudar o seu marido, no direito à prole: **"indignum enim videri potest, impune, eam maritum liberis fraudasse"** (D. 47, 11, 4). Como lembra Ferrini, a única razão da punição é a falta contra o marido, e sendo assim o consentimento do marido descrimina inteiramente o fato (**"il consenso reale o supposto del marito scrimina dunque totalmente il fatto"**, *Esposizione Storica e Dottrinale del Diritto Penale Romano*, in Enc. Pessina, Milão, 1905, v. I, p. 386). Vejam-se as irrefutáveis observações de Ferrini sobre D. 48, 8, 8 (op. cit., p. 387). A conduta de dar bebida para abortar ou para predispor ao amor (**"Qui abortifionis aut amatorium poculum dant"**), aparentada ao **veneficium**, passou a ser punida com trabalhos nas minas

ou relegação à ilha, mais perda de bens, consoante a classe social; sobrevivendo a morte daquele que usou a beerragem, a pena era a morte (D. 48, 19, 38, 4).

Se o feto enquanto organismo ou "vida" foi tão pouco protegido pelo direito romano, algo muito diferente se deu com o feto enquanto futuro titular de direitos patrimoniais.

Uma requintada urdidura de normas disciplinava a intervenção do nascituro quanto aos direitos patrimoniais que teria ao vir à luz. É bem representativa a máxima segundo a qual **"nasciturus conceptus pro iam nato habetur quotiens de eius commodis agitur"**. O nível da preocupação era tanto que permite distinguir o **nasciturus** e o **concepturus**, que ainda seria concebido (cf. Elias Rosa, *Noções Básicas e Preliminares do Ordenamento Jurídico do Direito Sucessório* (inédito). Os autores afirmam, de modo geral, que **"no terreno patrimonial, a ordem jurídica, embora não reconheça no nascituro um sujeito de direitos, leva em consideração o fato de que, futuramente, o será, e, por isso, protege, antecipadamente, direitos que ele virá a ter quando for pessoa física** (Moreira Alves, *Direito Romano*, Rio, 1978, v. I, p. 127). Vejam-se os textos citados por Reynaldo Porchat, *Da Pessoa Physica em Direito Romano*, São Paulo, 1975, p. 28.

O direito canônico é certamente aquele que historicamente se posicionou com mais coerência a respeito da incriminação do aborto. Há um aspecto, contudo, que merece atenção. Os doutores da Igreja incorporaram teorias de Aristóteles e Plínio, segundo as quais transcorria certo período de tempo antes que o sêmen introduzido no útero se convertesse num corpo, e pudesse receber a alma intelectual. Cf. Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, trad. revista por Daniel J. Sullivan, Chicago, 1952, v. I, p. 602 (*Treatise on the Divine Government*, questão CXVIII). Acreditava-se que a animação do feto se dava aos quarenta dias, sendo varão, e aos oitenta, sendo mulher; distinguia-se assim entre o **corpus formatum** e o **corpus informatum** (Domerico Schiappoli, *Diritto Penale Canonico*, in Enc. Pessina, v. I, Milão, 1905, p. 902). O abortamento de um feto animado era punido como homicídio, **mas o abortamento de um feto inanimado era punido mais brandamente**.

Essa é a concepção dos livros penitenciais, que foram objeto de um erudito estudo por Manzini. Transcreva-se o texto do *Poenitentiale Merseburgense*: **"Mulier si occiderit filium suum in utero ante XL dies, annum unum poeniteat: si post XL dies conceptionis, ut homicida III annos poeniteat"** (Manzini *I Libri Penitenziali e il Diritto Penale Medievale*, in *Scelta di Scritti Minori*, Turim, 1959, p. 173). Essa concepção diferenciadora do feto está nas Decretais, e foi mantida por inúmeras constituições pontificias, como as de Sisto V (1558) e Gregório XIV (1591) (Schiappoli, loc. cit.).

Não é desarrazoado concluir que se a punição da mulher que pratica aborto **ut homicida** depende de que o feto tenha mais de 40 dias, a proteção não está endereçada à vida biológica, senão à alma. Os práticos entendiam assim. Covarrubias dizia que "**el causante de un aborto de feto no animado, no es verdadero homicida**" (Julian Peredor, S.J., **Covarrubias Penalista**, Barcelona, 1959, p. 399).

Da mesma forma que o direito romano se ocupou do feto para, através de regras muito precisas que foram legadas ao direito moderno, proteger a transmissão da propriedade privada, o direito canônico, com incontestável coerência, tratou de proteger aquilo que de espiritual houvesse no feto.

IV

Quem é beneficiado pela incriminação do aborto?

Os livros de direito penal afirmam que sua função é de tutelar valores através da proteção a bens jurídicos. Se, historicamente, as leis se aproximaram do feto para proteger valores bem distintos do apreço incondicional à vida em si, como se comporta, aqui e agora, o código penal brasileiro? Quem é beneficiado por esta autêntica condenação ao parto da lei?

Segundo os Anuários de Estatística Criminal do Estado do Rio de Janeiro — que, por maiores imperfeições metodológicas que apresentem, são os únicos de que se dispõe — chegaram ao conhecimento da polícia, em todo o Estado, 64 abortos em 1978 e 76 em 1979. Sem qualquer sombra de dúvida, o aborto é a maior cifra oculta dessa estatística criminal, só comparável à do adultério.

Mesmo esses minguados números podem, todavia, ensinar-nos alguma coisa. Se nos ativermos às Delegacias que atendem o município do Rio de Janeiro, e efetuarmos uma divisão em dois grupos — 1.^a a 25.^a e 26.^a a 40.^a — teremos que o primeiro grupo se localiza em regiões habitadas em geral por pessoas de nível social mais elevado. O primeiro grupo compreende o Centro da cidade, toda a Zona Sul, Barra da Tijuca, São Cristóvão, Tijuca, etc.; o segundo grupo compreende bairros mais afastados, subúrbios e zona rural. Segundo as estatísticas da Secretaria de Segurança Pública, em 1978 temos, para o primeiro grupo, 8 casos, e para o segundo 19; em 1979, para o primeiro 10 e para o segundo 15. Quererá isso significar que as pessoas pobres praticam mais aborto que as ricas? Todos sabemos que não, e todos sabemos muito bem como interpretar essa realidade.

As mulheres pobres estão alijadas daquilo que Juarez Cirino dos Santos chamou de "exploração clandestina da indústria do aborto", que envolve não só o refinamento tecnológico da cirurgia (que reduz o

número de situações nas quais um acidente cirúrgico gera condições — por exemplo, pelo internamento em hospital público — de extravasamento) como também a corrupção de funcionários encarregados da repressão (**Aborto, a Política do Crime**, RDP 25, p. 21).

Esses números registrados no Anuário se referem, na quase totalidade, a mulheres muito pobres, que, sob revoltantes condições de higiene, submeteram seu desespero à intervenção inábil de curiosas, sofrendo seqüelas físicas consideráveis, algumas, e morrendo, outras.

Entretanto, mesmo quem não seja muito pobre, deve se submeter à indústria clandestina, na qual a lei da oferta e da procura determina um custo às vezes escorchantes, e o caráter ilícito do fato impede a existência de fiscalização sanitária, e de canais diretos com centros cirúrgicos de maiores recursos, para fazer face a acidentes eventuais.

Com o que até aqui se examinou, e abdicando de outras linhas de considerações, já se pode concluir que a lei brasileira atinge um certo grupo de pessoas e beneficia outro. São atingidas todas as mulheres que resolvem praticar e praticam o aborto, sendo que o efeito especificamente penal só recairá sobre as pobres. São beneficiados todos aqueles que se dedicam profissionalmente à prática do aborto. Beneficiados incondicionalmente: detêm o monopólio da atividade, sem concorrência dos hospitais públicos; não têm problemas com as autoridades sanitárias; não são perturbados pela polícia; não pagam imposto de renda pelo que recebem; etc.

É no mínimo estranho esse sistema de tutela da "vida".

V

Algumas soluções legislativas

Vale a pena examinar algumas das soluções que legislativamente foram elaboradas para o assunto.

1. INGLATERRA E ESTADOS UNIDOS

Na Inglaterra, o **Abortion Act** 1967 emendou as seções 58 e 59 do **Offences Against the Person Act** 1861. Justifica-se o aborto, sempre praticado por um médico oficial do **National Health Service** ou hospital privado autorizado (salvo casos de urgência necessária), quando dois médicos opinam de boa fé que o prosseguimento da gravidez poderia expor a perigo a vida da mulher, ou causar danos à saúde física ou mental da mulher ou das crianças de sua família (danos mais consideráveis do que se a gravidez fosse a termo), ou ainda quando houver risco de que o filho poderá nascer portador de qualquer anormalidade

física ou mental. Segundo o texto legal, nenhuma pessoa é obrigada a participar de operações abortivas, quando a elas oponha objeções de consciência, salvo as hipóteses de perigo para a vida ou graves e permanentes danos à saúde física ou mental da mulher (L.B. Curzon, *Criminal Law*, Londres, 1973, p. 97).

Nos Estados Unidos, embora visível em reformas de muitos Estados a tendência de ampliar as indicações permissivas (completa informação em Saltman & Zimring, op. cit., p. 77), foi a lei de 1.º/jul./70 de New York que mobilizou a opinião pública internacional, porque colocava a simples vontade da mulher, dentro das 24 semanas iniciais da gravidez, como critério suficiente para ter-se um justificável ato de aborto, exigindo-se unicamente que ela agisse sob o conselho de um médico autorizado (A. Gedey, RDP 1, 1971, p. 101). Tal critério foi logo seguido por Alaska, Hawai e Washington (neste último caso, por um plebiscito realizado em novembro de 1970). Deve ser mencionada a decisão da Corte Suprema em dois casos, um do Texas e outro da Georgia, prolatada em janeiro de 1973. A Corte Suprema declarou que as leis estaduais podem não intervir no direito da mulher de praticar aborto nos três primeiros meses da gestação. Completa informação em Heleno Fragoso, *Comentários ao Código Penal*. Colaboração Nelson Hungria, Rio, 1975, p. 550.

2. FRANÇA

A Lei n.º 75-17 de 17/jan./75, em seu art. 2.º, suspendeu por 5 anos a aplicação dos dispositivos penais sobre aborto, desde que a voluntária interrupção da gravidez se desse até a décima semana, e fosse feita por um médico, em estabelecimento público ou autorizado. O art. 4.º alterou o código de saúde pública, para determinar que, após consultado o médico pela mulher grávida, ela deve obrigatoriamente ter acesso a "un établissement d'information, de consultation ou de conseil familial, un centre de planification ou d'éducation familiale, un service social ou un autre organisme agréé qui devra lui délivrer une attestation de consultation". Só após a renovação do pedido de interrupção da gravidez, por escrito, após a visita a um estabelecimento daquele gênero, é que o médico pode praticar o aborto. A legislação francesa, acertadamente, preocupou-se muito com o problema médico-assistencial (por exemplo, o Decreto 75-750 de 7/ago./75). (Roujou de Boubée, *L'interruption volontaire de la grossesse*, Paris, separata do Recueil Dalloz-Siney.)

3. ITÁLIA

Consultorias familiares haviam sido criadas pela Lei n.º 405, de 29/jul./75. A Lei n.º 194, de 22/mai./78, permite a interrupção voluntária da gravidez, nos primeiros 90 dias, quando o parto ou a materni-

dade comportarem "un serio pericolo per la sua (da gestante) salute fisica o pschica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizionale economiche, o sociale o familiari, o alle circostanze in cui é avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o mal formazioni del concepito" (art. 4.º). A lei italiana, no art. 1.º, contém uma enfática declaração de princípio a respeito da inadequação do aborto para controlar a natalidade. As consultorias familiares instruem as mulheres grávidas também a respeito de seus direitos trabalhistas. O art. 5.º prevê um procedimento semelhante ao do sistema francês, inclusive com o prazo de 7 dias, que pode ceder diante de urgência. O aborto ilegal é punido com reclusão até 3 anos para quem o pratica, e multa até 100.000 liras para a mulher (art. 19), havendo ainda modalidades agravadas pelo resultado. (Carlo Casini & Francesco Cieri, *La Nuova Disciplina dell'aborto*, Pádua, 1978; G. Galli et al., *L'Interruzione Volontaria della Gravidanza*, Milão, 1978.)

4. ALEMANHA (BDR)

Após breve retrocesso, por causa de uma decisão da Corte Constitucional, que declarara a inconstitucionalidade do texto anterior, lei de 18/mai./76 disciplinou o assunto, que figura hoje no § 218, a. StGB. Ao lado das tradicionais indicações médica (que inclui o perigo para a saúde psíquica da mulher grávida) e ética ou sentimental (gravidez resultante de crime sexual), existem a indicação genética (*embryopathische Indikation*) e — o que é importante — a indicação de necessidade ou social (*Notlage oder soziale Indikation*). Talvez em função da decisão da Corte Constitucional, o legislador penal refugiou-se, no que concerne à indicação de necessidade ou social, em fórmulas um pouco abstratas, tendo por epicentro a inexigibilidade, porém com aptidão para questionar de diversas perspectivas a oportunidade de interrupção da gravidez. Para a indicação médica não há limite de tempo; para as indicações ética (ou sentimental) e de necessidade (ou social) o abortamento deve ser feito até 12 semanas; para a indicação genética, até 22 semanas. (*Strafgesetzbuch*, Ed. C.H. Beck, 46.ª ed., Munique, 1977; Johannes Wessels, *Strafrecht*, B.T., Karlsruhe, 1976, v. 1, p. 22.)

5. JAPÃO

No Japão, o abortamento é incriminado (art. 212-216, CP), porém o espectro das indicações permissivas é muito amplo. Autoriza-se o aborto se: 1.º) a gestante ou o pai sofrem de loucura, ou debilidade mental, ou qualquer doença mental, ou ainda possuem deformidades ou defeitos físicos hereditários; 2.º) qualquer dos pais tiver uma história clínica semelhante entre os parentes até o quarto grau; 3.º) qualquer dos pais for leproso; 4.º) houver receio de que o prosseguimento da gravidez ou o parto possam expor a perigo a segurança da mãe devido a razões

físicas ou econômicas; ou 5.º) se a gravidez resulta de estupro (art. 14 CP). A Lei de Proteção Eugênica permite também o aborto quando a mulher der à luz a muitas crianças, e existem indícios de que sua saúde está piorando por causa dos partos. A operação é realizada por médicos oficiais, e exige-se normalmente o consentimento de ambos os pais (Gerope M. Koshi, *The Japanese Legal Advisor*, Tóquio, 1970, p. 132).

VI

Em conclusão

A tendência a uma reformulação da posição puramente repressiva da lei penal a respeito do aborto é universal, e chegará ao Brasil. Nenhum dos partidários dessa tendência concebe o abortamento como algo socialmente desejável, mas como autêntico mal menor dentro de certos contextos individualizáveis, e do caótico resultado de um sistema repressivo.

Historicamente, a incriminação do aborto serviu aos mais variados desígnios, e até mesmo à proteção da vida. Situar neste último estrato a essência das leis que incriminaram o aborto, no entanto, é pura atitude retórica, que só pode enganar os ingênuos.

Nunca é demais lembrar que Hitler e Mengele perderam algum tempo para descobrir um processo de produzir gêmeos. Amavam a vida, esses dois?

COMENTÁRIOS E ATUALIDADES

CRIMES DE TRÂNSITO

(Notas sobre o anteprojeto oficial)

Helene Claudio Frago

1. O anteprojeto de lei sobre delitos de trânsito, elaborado por Comissão Especial designada pelo Ministério da Justiça, constitui uma nova etapa de um trabalho de elaboração legislativa demasiadamente lento e ineficaz. Esse anteprojeto teve por base o que foi apresentado pelo Conselho Federal da OAB, acolhido com entusiasmo no Simpósio Nacional de Trânsito, realizado pela Câmara dos Deputados, e logo apresentado como projeto de lei, ao Senado Federal. Nenhum progresso importante foi feito, no entanto, subsistindo o quadro lamentável, hoje agravado, de nossa legislação penal nesta matéria.

2. As infrações penais do trânsito dominam amplamente as estatísticas criminais, contribuindo poderosamente para congestionar o sistema policial judiciário, prejudicando a repressão à criminalidade grave. Impõe-se a busca de soluções processuais inovadoras, que criem mecanismos próprios de atuação, desafogando o sistema. Teremos efeito oposto, se se introduzem novas

figuras de delito e se se transformam contravenções em crimes, mantendo-se basicamente o sistema de processo penal vigente, cujos graves defeitos são bem conhecidos. A situação poderia então piorar.

3. Deve, pois, o legislador ter as idéias claras nessa matéria, para que possa adotar as orientações de uma política criminal eficiente, tendo presente a realidade brasileira. As questões principais são as que se referem ao processo. Novas incriminações devem ser introduzidas com parcimônia. Não se imagine que através do direito penal seja possível impedir ou controlar os acidentes de trânsito. A lei penal desempenha um papel modesto na prevenção dos delitos em geral, e, em especial, nos crimes culposos.

4. O anteprojeto ministerial está dividido em três capítulos: o primeiro se refere aos crimes e às penas; o segundo, ao processo, e, o terceiro, às disposições gerais. Parece-nos que as disposições gerais, com normas de direito penal substantivo,

devem anteceder à definição de crimes, embora haja, entre nós, vários exemplos de péssimas leis que adotam o sistema do anteprojeto. A lei de segurança nacional, que é um bom exemplo de teratologia legislativa, contém uma pequena parte geral, antes da definição de crimes, voltando, sem solução de continuidade, a disposições gerais, depois dela. A lógica manda que os princípios gerais de aplicação da lei antecedam à definição dos ilícitos penais.

5. Começando pela previsão de crimes e penas, o anteprojeto ministerial põe à testa do elenco os crimes de homicídio e lesão corporal dolosos, que são corpos estranhos numa lei deste tipo. Ela se refere às infrações penais praticadas na circulação de veículos, ou seja, aquelas que resultam do uso regular da máquina como meio de transporte de pessoas e coisas. A utilização do automóvel para a prática de homicídio ou lesão corporal dolosos constitui fato raríssimo e não requer qualquer consideração especial. A pena acessória de interdição para conduzir veículo pode ser imposta, nesses casos, se se adotam as normas previstas nos arts. 3.º e 4.º, § 2.º, do anteprojeto da OAB. O art. 1.º do anteprojeto ministerial deveria ser integralmente suprimido.

6. O homicídio culposos, previsto no art. 2.º do anteprojeto ministerial, vem punido com penas alternativas: detenção, ou multa ou interdição. É este o crime mais grave praticado na condução de veículos, devendo as penas serem cumulativas (cf. art. 13 do anteprojeto OAB). O mesmo critério foi adotado na lesão

corporal culposa. Preferível parece-nos o critério do nosso projeto: as penas são cumulativas. Se a lesão for leve, pode ser aplicada somente a pena patrimonial. Se for grave, a pena privativa da liberdade será aumentada de um terço até à metade, sendo obrigatória a pena de interdição. Apesar da cominação alternativa das penas, o anteprojeto contém disposição geral que permite a aplicação cumulativa, defeituosamente (art. 34).

7. A omissão de socorro está prevista no anteprojeto ministerial no art. 4.º, inexplicavelmente limitada ao autor do homicídio ou lesão corporal. Nosso projeto pune a omissão de socorro também para o que causa acidente sem culpa, fato que, na falta de previsão expressa, implicaria na aplicação autônoma do art. 135 CP, como hoje se faz. Essa hipótese deve ficar no âmbito especial da disciplina jurídica das infrações penais do trânsito (cf. art. 15 do anteprojeto da OAB).

8. Inexplicavelmente, por igual, o anteprojeto não prevê o crime de fuga de local de acidente, que nada tem a ver com a omissão de socorro. Trata-se de crime que atinge o interesse da administração da justiça, previsto em todas as leis desse tipo (cf. art. 15, parágrafo único, do anteprojeto da OAB).

9. O anteprojeto ministerial introduz, no art. 5.º, uma nova infração penal: exercício de violência ou grave ameaça contra o condutor de veículo que procure socorrer vítima de acidente por ele provocado. Trata-se das tentativas de linchamento,

mais aparentes que reais quando há efetivamente socorro. O fato já está previsto na lei penal comum. Não há inconveniente em que conste desta lei.

10. No art. 6.º eleva-se à categoria de crime a fabricação ou adaptação de veículo motorizado, com infração das regras de segurança estabelecidas em lei ou regulamento. A mesma pena é aplicável a quem "coloca no comércio" veículo em tais condições. O exagero é evidente. O anteprojeto ministerial contradiz aqui a leniência com que favoreceu os crimes de homicídio e lesão corporal. Baste pensar na exigência do cinto de segurança. Trata-se de perigo remoto é presumido, que teria, na pior das hipóteses, natureza contravençional.

11. A disposição sobre jornada excessiva de trabalho aperfeiçoa a que constava de nosso anteprojeto. Boa também nos parece a introdução, no art. 8.º, da violência praticada no interior do veículo, provocando manobra perigosa (art. 8.º). Seria indispensável prever condição de maior punibilidade, em caso de sobrevir acidente ou dano. O crime de perigo previsto no art. 9.º também poderia ser mantido, embora de difícil aplicação.

12. No art. 10 está a regra genérica de perigo concreto, em redação superior à de nosso anteprojeto. Como tivemos oportunidade de lembrar, na justificação de nosso anteprojeto, são de pouca eficiência as incriminações que exigem o perigo concreto, fora das situações em que o dano também é previsto (como, por

exemplo, no incêndio). O art. 132 CP raramente é aplicado. Manifestamente excessiva é a previsão da forma culposa. Nosso anteprojeto presumiu o perigo de certas situações, dando maior eficiência à lei penal, e deveria ser mantido naquela passagem (art. 18, parágrafo único).

13. Na incriminação da embriaguez ao volante, o anteprojeto ministerial acrescentou à influência do álcool ou substância de efeitos análogos, o efeito de "substância entorpecente ou que determina dependência física ou psíquica". Essa fórmula nos parece profundamente infeliz. Ou a droga produz efeitos análogos ao do álcool, ou não entra em linha de conta. O tabaco produz dependência psíquica. Certos medicamentos produzem dependência física sem efeitos psico-ativos. A pena prevista para o fato de recusar-se ao exame, sendo suspeito, não deve ser a mesma, em princípio.

14. Não nos parece acertada a idéia de suprimir as contravenções penais do trânsito, elevando-as todas à categoria de crimes. Numa época em que, por toda a parte, se ouve falar em descriminalização e depenalização, marchar em sentido contrário, sem qualquer motivação razoável, não nos parece adequado. O anteprojeto ministerial não teve a coragem de romper com o sistema tradicional de processo, de modo que a incriminação de contravenções terá o efeito de trazer para as Varas que julgam crimes o trabalho que pertencia às Varas de contravenções, onde os processos são julgados com mais rapidez. Crime deve ser apenas o fato que constitui dano ou perigo a

bens jurídicos importantes para a ordenada vida em comum. Configurar crimes em situações de perigo remoto (perigo de perigo), é excessivo e injusto. Fatos como o de confiar a direção a pessoa não habilitada ou inabilitada (art. 12), condução de veículo sem ter habilitação (art. 19), ou veículo sem licença ou com placas falsas (art. 14), ou veículo desprovido de dispositivos de segurança (art. 17), bem como o de danificar sinalização, devem ser apenas contravenções penais. A condução de veículo em que tenham sido alterados equipamentos ou características que afetem a segurança, deve ser apenas circunstância agravante do crime que resultar de tal ação. O mesmo se diga da condução de veículos sem placa ou com placa falsa ou adulterada (art. 8.º, letras "e" e "f", do anteprojeto da OAB).

15. Quanto ao sistema de agravantes e atenuantes: não se compreende porque o **quantum** da agravação é maior do que o da atenuação. O sistema de elevar ou diminuir a pena em escala determinada contraria a tendência atual de ampliar o poder discricionário do juiz na aplicação da pena, e deve ser evitado. Não se percebe porque o intuito de lucro deve aumentar a pena nesta espécie de crimes.

16. O anteprojeto da OAB deu solução incomparavelmente superior àquela prevista pelo anteprojeto ministerial no que se refere ao processo. Procuramos dar um salto de qualidade, instituindo juízo monitorio para a decisão sumária, inclusive da parte civil. Este sistema pode, sem a

menor dúvida, ser adotado nos grandes centros urbanos, onde o problema é mais agudo. O anteprojeto ministerial limita-se a adotar as regras especiais previstas para o processo das infrações penais relativas a drogas, abreviando ou suprimindo certos prazos. Não será difícil verificar que os prazos previstos na lei de drogas não estão sendo cumpridos, absorvidos pela monumental força de inércia do sistema. Nosso processo penal é muito ruim e nele residem substancialmente os males de nossa justiça nesse setor. Precisamos com urgência de novo Código de Processo Penal. A não adotar-se um sistema mais ambicioso para os crimes praticados na circulação de veículos, pouco progresso teremos no sistema policial-judiciário, continuando o terrível congestionamento que hoje se observa. O anteprojeto ministerial talvez possa ser adotado como solução provisória, enquanto não temos um novo Código de Processo Penal. Ele recolhe de nossa proposta as boas soluções de reparação do dano no juízo criminal, e no conjunto procura acelerar o processo. Com o funcionamento de Varas especializadas há de melhorar o deplorável estado de coisas a que estamos habituados.

17. Quanto às disposições gerais, temos algumas observações a fazer. Sobre a pena de multa: o montante mínimo do dia-multa tem de ser o salário mínimo diário da região. Nenhum limite máximo deve ser fixado. Limite máximo aqui é apenas uma forma de proteger os ricos, já suficientemente privilegiados pelo sistema, como se sabe. A dis-

posição do art. 33, § 2.º, deve ser eliminada. O montante do dia-multa corresponde ao que ganha o agente, e não carece de reajustamento algum. Sugerimos a eliminação do art. 46, inteiramente injustificável nas situações de concurso aparente de

normas. O art. 34, **caput**, também nos parece inadmissível. A própria norma **incriminadora** deve estabelecer a pena aplicável, indicando, se for mais de uma, que podem as penas previstas ser aplicadas alternativa ou cumulativamente.

O CÓDIGO ROCCO *

Giuliano Vassalli

Na análise a ser feita ao Código de 1930 (Código Rocco, assim denominado em honra ao ministro Alfredo Rocco, professor de direito comercial, e não de seu irmão, Arturo Rocco, professor de direito penal, que foi, todavia, um dos principais autores do projeto preliminar), deve-se precipuamente levar em conta o elemento político. Durante muitos anos, não foram apenas os defensores deste código que tenderam a dissociar os aspectos mais tipicamente políticos (sistema dos delitos contra a personalidade do Estado, dos delitos de greve e outras normas principalmente as da parte especial) daqueles **propriamente técnicos** e jurídicos, a fim de enfatizar o caráter ocasional e a fácil e progressiva eliminação dos primeiros, em parte já desaparecidos com as modificações legislativas ocorridas depois de 1944, ou pela manifesta incompatibilidade com os ordenamentos constitucional e social surgidos em decorrência da Resistência e do fim do Fascismo. O problema se apresenta, porém, muito mais complexo, pois, na realidade, o elemento político do código vigente se faz presente em institutos e disposições muito mais nume-

rosas de quantas as que foram ou podem ser eliminadas com um simples traço de pena: e isto não somente na sua parte especial (onde o elemento político existe quando se trata de estabelecer uma espécie de hierarquia entre os bens jurídicos tidos como merecedores da tutela penal e de estabelecer-lhes as respectivas penas), como também na parte geral.

Para entender o significado e a estrutura do Código Rocco é preciso, de um lado, **partir das declarações** oficiais que presidiram o seu nascimento e, de outro, ver como as intenções enunciadas encontraram correspondência naquelas que são os pontos nodais de cada sistema penal.

Nas suas mensagens à Câmara dos Deputados e ao Senado do Reino dirigidas a fim de obter do Parlamento os poderes para a elaboração de um novo Código Penal, o Ministro de Justiça Alfredo Rocco fazia, sobretudo, referência ao “sensível aumento da criminalidade nos últimos anos, especialmente no período do pós-guerra, devido a causas... difíceis de analisar em sua complexi-

dade, mas que todas retornam às profundas reestruturações produzidas na psicologia e na moral dos indivíduos e das coletividades, nas condições de vida econômica e social em decorrência da grande guerra” e à conseqüente “necessidade de fornecer ao Estado meios legais mais adequados de luta contra o crime”.

Entre as deficiências da legislação penal até então vigente distinguia-se “a absoluta ineficácia das penas para combater os graves e preocupantes fenômenos da delinquência habitual, da delinquência juvenil e da delinquência dos doentes mentais perigosos”, ressaltando necessidade de se dispor no Código Penal, ao lado das ordinárias e tradicionais medidas de repressão, novas e mais acurados meios de prevenção da criminalidade” e, em particular, na adoção de institutos complementares destinados a substituir as penas tradicionais: aparentemente de acordo, neste ponto, com os seguidores da Escola Positiva e outras modernas correntes criminológicas.

A inspiração do Código Rocco foi dupla: de um lado, uma maior severidade contra a delinquência em nome da defesa do Estado e dos interesses individuais e coletivos considerados a expressão de perspectivas mais modernas na prevenção do delito, como a medida de segurança e outras complementares, como as do tipo do perdão judicial para os menores. Além disso, era postulado um maior entrosamento entre o sistema penal com o penitenciário, além de se tender a uma crescente “racionalização” do juízo penal com a con-

temporânea eliminação dos júris populares e dos vereditos imotivados.

Esta dupla inspiração foi tornada unívoca no sentido da severidade do tratamento penal com a justaposição, ao lado de um sistema de penas muito mais rígido do que o precedente, de um sistema de medidas de segurança que, para os delinquentes imputáveis, é sempre integrador das penas, sendo ainda muito mais duro do que a aplicação da pena propriamente dita. A única exceção, ainda que, infelizmente, em muitos casos teórica, é o direito penal dos menores para o qual o Código Rocco considerou a capacidade jurídica penal (isto é, a possibilidade de aplicar a pena, no caso de reconhecida maturidade) dos nove aos quatorze anos, sancionando expressamente a exigência de que a pena detentiva tendesse à reeducação moral do menor (art. 142) e introduzindo a possibilidade do perdão judicial para os menores primários de dezoito anos, nos casos em que a pena detentiva a ser imposta não superasse, em concreto, um ano. ¹

Em síntese, a maior severidade do Código Rocco em face do Código Zanardelli e a dureza dos resultados do novo sistema penal no seu complexo se explicam, fundamentalmente, em três diretivas:

a) o aumento do mínimo e máximo da pena prevista para cada tipo penal, o aumento do número das circunstâncias agravantes, seja na parte geral, seja na especial do Código e,

¹ Com a Lei nº 1.404, de 20 de julho de 1934, a concessão do perdão judicial foi estendida aos casos em que o tribunal aplica pena detentiva não superior a dois anos.

* Tradução da Dra. Paolina Hrlынiewicz.

sobretudo, o agravamento do sistema de aplicação da pena com relação aos autores de uma pluralidade de infrações da lei penal;

b) a extensão do conceito de responsabilidade penal objetiva;

c) a aplicação da medida de segurança após o cumprimento da pena para os delinquentes imputáveis ou semi-imputáveis, sem possibilidade de não aplicação de uma sem a outra.

a) Acerca da primeira, as características de rigor se observam, pode-se dizer, em quase todo o Código. As penas foram aumentadas, seja no mínimo, seja no máximo, tanto para os delitos contra o Estado, a administração pública, a religião, a ordem pública, a incolumidade e fé públicas, quanto para os delitos sexuais, o aborto e para os contra a pessoa e contra o patrimônio. Apenas os delitos de homicídio ou de lesões corporais "por motivo de honra (isto é, cometidos pelo cônjuge, pai ou irmão contra mulher que é colhida em flagrante em "relação carnal ilegítima" e no estado de ira determinado pela ofensa à própria honra ou a da família": art. 587) mantém uma pena relativamente baixa (de três a sete anos em caso de homicídio, de dois a cinco anos em caso de lesões corporais): isto em consequência, talvez, mais de uma certa imposição moralística que da tendência em reconhecer validade aos fatores determinantes do delito.

As circunstâncias agravantes aumentam, como foi dito, em número e grau, seja genericamente (art. 61, que disciplina as circunstâncias agravantes comuns a todos os delitos),

seja para os delitos-tipo ou grupos de delitos. Significativo é o caso do crime de furto, no qual as circunstâncias agravantes específicas (art. 625) são tão numerosas que tornam praticamente impossível conceber, na realidade quotidiana, um "furto simples" (isto é, não acompanhado de uma ou mais agravantes) e fazem com que a pena cominada para tal delito nunca possa, na sua aplicação, ser de menos de um ano de reclusão, pouco importando o valor da coisa furtada. Por outro lado, o Código de 1930 aboliu as circunstâncias atenuantes genéricas previstas no Código de 1889: circunstâncias essas que, em 1944, foram reintroduzidas no Código, hoje figuram no art. 62, bis.

Severo nas suas consequências foi o tratamento reservado ao autor de vários delitos. Seja no caso de concurso material (pluralidade de ações ou de omissões), seja no de concurso formal (unicidade de ação ou de omissão, porém, com violação de várias normas penais), o Código Rocco repudia todo conceito de "absorção" do delito menos grave pelo mais grave e introduz o sistema da acumulação material das penas, ao invés do "jurídico" adotado pelo Código Zanardelli (aumento progressivo da pena-base em relação ao número dos outros delitos). ²

Os únicos abrandamentos a este rigor são: 1) o critério dos limites máximos para a acumulação material; 2) o instituto do crime continuado. Com relação ao primeiro, a acumulação de várias penas de re-

² Também em relação às modificações introduzidas pelo Decreto-Lei de 11 de abril de 1974 (Lei 7 de julho de 1974).

clusão nunca pode conduzir a uma pena superior a trinta anos (art. 78; e, para os aumentos devidos à pluralidade de circunstâncias agravantes, o art. 66); porém, havendo várias penas de reclusão por um período não inferior a vinte e quatro anos, cada uma delas conduz à prisão perpétua, (art. 73); do mesmo modo, como as várias penas de prisão perpétua, antes da abolição da pena de morte, levavam a esta última (art. 72). Em consequência deste sistema, as prisões italianas permaneceram lotadas durante vários decênios com pessoas que cumpriam penas altíssimas, por terem cometido uma pluralidade de ações delituosas de média ou menor gravidade. O outro abrandamento, concernente ao crime continuado, isto é, no caso de quem comete uma pluralidade de ações que constituem "crime" na execução de um mesmo "desígnio criminoso" (art. 81, c. p. r.), encontra, por sua vez, um limite de grande relevância, o qual paralisa, não raro, os possíveis efeitos mitigantes: isto é, o requisito de que todas as violações se refiram à "mesma disposição da lei". Assim, pode-se ter continuação entre furto e furto, fraude e fraude, roubo e roubo, mas nunca entre furto e roubo, fraude e falsidade em escritura privada, mesmo se os fatos respectivos foram cometidos em execução de um mesmo plano delituoso. ³

A propósito do agravamento do tratamento penal para o autor de vários delitos, que caracteriza o Código Rocco, é preciso ressaltar o sistema adotado em matéria de reincidência (art. 99 e segs.). Contra aquele que venha a ser considerado responsável por um delito depois de já ter sido

condenado por sentença definitiva por outro, aplica-se-lhe sempre um aumento na nova pena, aumento esse, notadamente, muito sensível; para a reincidência específica (isto é, verificando-se um delito da mesma índole do precedente), para a reincidência ocorrida dentro de cinco anos da condenação anterior, e para a reincidência verificada durante o período em que o réu se encontra foragido, o aumento pode chegar até a metade da pena aplicada para o novo delito; no caso em que se tenha uma nova condenação contra pessoa já declarada reincidente (assim chamada reincidência reiterada), o aumento da pena pode atingir até dois terços. A única exceção à obrigatoriedade do aumento da pena para a reincidência caracteriza-se pelo fato de que essa ocorra entre delitos e contravenções, entre contravenções ou entre delitos dolosos e culposos (art. 100). ⁴

Nesta situação pode-se compreender, de um lado, como o juiz italiano, sobretudo após a queda do regime fascista, tenha sempre recorrido, nas suas sentenças, aos mínimos estabelecidos por lei para os delitos-tipo; e como, por outro lado, o poder executivo anteriormente (1931-1947) e o poder legislativo, de 1948 até hoje, foram benevolentes na concessão periódica de anistia e perdão. Porém, estas últimas medidas, pelo seu caráter geral, muito mal se prestam a uma conduta racional na luta contra o crime, a qual demanda pro-

³ V. as modificações introduzidas pelo Decreto-Lei de 11 de abril de 1974 (Lei 7 de julho de 1974).

⁴ V. as modificações introduzidas pelo Decreto-Lei de 11 de abril de 1974 (Lei 7 de julho de 1974).

vidências, sejam as de punição ou de clemência, fortemente individualizadas.

b) Quanto aos casos de responsabilidade objetiva, isto é, não se levando em consideração a culpabilidade do agente em relação ao evento, ou mesmo prescindindo de sua efetiva imputabilidade no momento do fato, o sistema do Código Rocco por várias vezes mostra a sua severidade, severidade essa dirigida a uma finalidade eminentemente intimidativa.

Ressalte-se, sobretudo, o tratamento reservado aos delitos cometidos em estado de embriaguez completa (ou de intoxicação por substâncias estupefacientes) e, portanto, de sujeitos que, no momento do fato, não eram capazes de entender as próprias ações ou de dominar os seus impulsos. Somente em dois casos extremos, e da embriaguez proveniente de caso fortuito ou de força maior, de um lado, e da ação do dependente crônico, de outro, são reconhecidas a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade do agente. Em todos os outros casos (que formam a esmagadora maioria, porque não ocorre sequer a voluntariedade da embriaguez, bastando que seja essa devida a simples culpa), o agente é tratado como se, no momento do fato, fosse plenamente capaz de entender e de querer (art. 92). Os esforços feitos por uma parte da doutrina, durante os primeiros anos de vigência do Código Rocco, a fim de tentar demonstrar que a responsabilidade nestes casos, ou em sua maioria, não poderia ser senão a título de culpa, contrastam com a

constante oposição da jurisprudência em face da clara expressão literal da lei e da intenção manifesta do legislador que quis com a severidade do sistema pôr um último obstáculo ao ameaçador fenômeno do alcoolismo.

Outros casos de responsabilidade objetiva aparecem no art. 116, que se refere à matéria de concurso de agentes no delito. Por força desta disposição (única nos códigos conhecidos mas que, todavia, encontra apoio em muitas aplicações do princípio "*qui versatur in re illicita respondet etiam pro casu*" de algumas legislações anglo-saxônicas), aqueles que decidiram cometer determinado delito respondem também pelo delito involuntário cometido por um dos concorrentes a fim de que este delito possa ser considerado "consequência de sua ação ou omissão". Assim, para a existência de tal nexo de causalidade, basta, segundo os princípios gerais (arts. 41 e 110), que a ação posta em prática pelo concorrente seja uma "concausa", sendo bem raros os casos em que esta responsabilidade pelo fato não querido não encontre aplicação. A jurisprudência, sobretudo nos últimos decênios, tentou restringir a esfera de ação desta drástica disposição, exigindo uma previsão do fato não desejado, tendo, porém, caído em outros desvios e excessos, sob diversos perfis. Também aqui, o sistema adotado pelo Código Rocco justifica-se pela exigência em criar uma larga faixa de temor contra aqueles que se unem para cometerem um delito, uma barreira intimidativa contra a delinquência associada, indubitavelmente mais perigosa que a individual.

A responsabilidade objetiva manifesta-se ainda na imputação objetiva estabelecida na parte geral pelas circunstâncias agravantes do delito (art. 59) e na previsão de toda uma série de circunstâncias agravantes consistentes em um evento ulterior querido e que não seja, necessariamente, atribuível a título de culpa, mas tão-somente que seja causado pela ação delitosa do agente; são os chamados delitos agravados pelo evento que são considerados especialmente em algumas hipóteses, delitos preterintencionais ou preterdolosos (art. 549, 571, 572, 588, 591, 592, 593 e outros).

Enfim, um caso de responsabilidade por fato alheio é o da responsabilidade dos diretores de periódicos por artigos nesses publicados (art. 57); porém, considerado que tal tipo de responsabilidade, por não exigir nenhuma ação ou omissão por parte do agente, poderia contrastar com o princípio constitucional da responsabilidade pessoal, a Lei n.º 127, de 4 de março de 1958, modificou o art. 57 e criou contra o diretor um verdadeiro e próprio crime de omissão culposa por ausência de controle necessário para impedir que, através da publicação por ele dirigida, sejam cometidos esses delitos.

c) Para compreender o sentido do Código Rocco, o mais impressionante é, entre todos, o sistema instaurado nas relações entre pena (sempre determinada) e medida de segurança (sempre indeterminada no máximo) com referência àqueles sujeitos considerados semi ou plenamente imputáveis, aos quais, pela sua periculosidade, aplica-se após a

pena uma medida de segurança definitiva (casa de custódia e tratamento para os semi-enfermos, de mente e outros semi-imputáveis; reformatório judiciário para os menores de dezoito anos e maiores de catorze, capazes de entender e de querer; instituto de trabalho ou colônia agrícola para os delinquentes habituais, profissionais ou por tendência).

Sem dúvida, é preciso reconhecer no Código Rocco o mérito de ter criado o sistema orgânico e autônomo das medidas de segurança, indicando com clareza os pressupostos gerais para a aplicação das mesmas, isto é: I) comissão por parte do agente (imputável ou semi-imputável) de fato previsto em lei como crime; II) periculosidade social do mesmo, indicada pela probabilidade de que ele venha a cometer novos fatos previstos em lei como crime (art. 199 e segs.). Todavia, este sistema do "duplo binário" (pena para punir o crime cometido pelo agente imputável ou semi-imputável e medida de segurança para prevenir a periculosidade eventualmente revelada pelo mesmo através do crime cometido), mesmo para quem queira aceitar os pressupostos ideológicos e político-criminais, foi levado a consequências aberrantes. De fato, enquanto que, aos agentes imputáveis, porém, não perigosos, se aplica tão-somente a penal, e aos perigosos inimputáveis (doentes mentais graves, menores de catorze anos ou menores de dezoito anos se tidos como incapazes de querer e de entender) apenas a medida de segurança (manicômio e reformatório judiciário), para os agentes imputáveis e semi-

-imputáveis a medida de segurança segue a execução da pena sem nenhuma possibilidade de recíproca substituição.

Isto leva não só ao absurdo (arts. 220 e 225) de que menores e semi-enfermos de mente, após o cumprimento de pena, sejam internados em reformatórios ou em casas de custódia e tratamento onde, em teoria, deveriam ser reeducados ou curados, mas também a reconhecer que, para as mais importantes categorias de delinquentes perigosos imputáveis (por exemplo, para os delinquentes habituais), o Código Rocco terminou por introduzir o sistema da pena detentiva indeterminada. De fato, se, após a execução de uma pena detentiva, o apenado é transferido para um estabelecimento denominado "instituto de trabalho" ou "colônia agrícola" (arts. 116 e 218) do qual não pode ser poupado senão em casos de reconhecida cessação da periculosidade (art. 208), isto significa prorrogar indefinidamente a pena, mudando somente a denominação, tanto mais que, na prática, aos novos institutos criados pela lei, não se seguiram estabelecimentos novos e operantes: com a consequência de que a medida de segurança a ser cumprida em instituto de trabalho é descontada, na maioria das vezes nos mesmos estabelecimentos penais, nos quais é cumprida a pena.⁵

Felizmente, de há doze anos, a rigidez deste sistema tem sido atenuada através da reforma operada em matéria de livramento condicional. Com a Lei n.º 1.634, de 25 de novembro de 1962, a qual modificou

profundamente os arts. 176 e 177 do Código Penal, o livramento condicional pode ser também concedido ao detento que, declarado delinquente habitual ou profissional, ou por outro motivo, deva ser posteriormente submetido à medida de segurança detentiva; e se a experiência do livramento condicional é bem-sucedida, a medida de segurança é também revogada.⁶

Contudo, para aqueles que cumpriam a totalidade da pena ou para os que não tiveram a oportunidade de serem favorecidos pelo livramento condicional, o problema da pena substancialmente indeterminada permanece em toda a sua dureza.

⁵ Na Ordenança, através da qual em 24 de janeiro de 1972, o juiz das Execuções de Pisa, Accattatis, remeteu à Corte Constitucional várias questões relativas à legitimidade constitucional da medida de segurança de internamento em instituto de trabalho ou em colônia agrícola (*Gazzette Uff.*, ed. especial, n.º 97, de 12 de abril de 1972; *Giur. Cost.*, 1972, p. 572), lê-se, entre outras, que em Pisa a medida acima descrita é cumprida em estabelecimento penal comum e que em tal estabelecimento não há possibilidade de trabalho, a não ser nos serviços de rotina, e isto só para um reduzido número de internos. E que tal situação não ocorre apenas naquela circunscrição. A Corte Constitucional, ao julgar tal Ordenança, através da sentença n.º 110, de 23 de abril de 1974, não acolheu as exceções de inconstitucionalidade argüidas contra a medida de segurança de internamento em instituto de trabalho enquanto atuada da mesma forma que a pena detentiva, assim como não acolheu outras exceções relativas; porém, concordou em declarar a inconstitucionalidade do art. 207, inciso 3º, do Código, na parte em que atribui ao Ministro da Justiça, e não ao Juiz das Execuções, o poder de revogar as medidas de segurança antes que tenha decorrido o término legal mínimo de duração.

⁶ Com relação a tal inovação, verdadeiramente revolucionária no que diz respeito à teoria do "duplo binário", cf., G. Vassalli, *Funzione rieducativa della pena e liberazione condizionale*, em *Studies in Penology dedicated to the memory of sir Lionel Fox*, Haia, 1964, p. 220 e ss., e em *Scuola Positiva*, 1964, p. 403 e ss.

É preciso acrescentar que a matéria que trata das medidas de segurança é particularmente considerada em relação aos inúmeros casos de "periculosidade presumida pela lei" (art. 204). Estas presunções (as mais importantes dizem respeito aos criminosos habituais, aos menores imputáveis e aos doentes mentais autores de crime) repousam, no caso dos delinquentes habituais, sobre o elevado número (quatro) de condenações relacionadas com um certo número de anos por delitos de determinada gravidade, e nos outros dois casos, sobre a gravidade do delito cometido pelo menor ou pelo doente mental. Nestas disposições é revelado, ainda uma vez, o apriorístico rigor do legislador de 1930 em relação a quem reincide e o medo de ser iludido por uma simulação de enfermidade mental ou pela benevolência dos juizes: assegurando ao doente mental, absolvido pela imputabilidade de um grave delito, uma permanência em manicômio judiciário por um mínimo de dez anos (art. 222), pensa-se em diminuir o perigo das simulações, mas não se tem em conta o absurdo de manter em manicômio uma pessoa não mais doente nem perigosa.⁷ A Corte Constitucional, por diversas vezes, convocada para decidir sobre esses problemas, terminou por declarar inconstitucional apenas a presunção concernente aos menores de quatorze anos; e o próprio projeto de reforma de 1968, ao qual mais adiante nos referiremos não se manifestou no sentido de abandonar integralmente o princípio da periculosidade presumida com relação aos doentes mentais.

Os autores do Código Rocco declaradamente expressaram terem ado-

tado uma posição eclética, tomando de "cada escola somente aquilo que de bom e verdadeiro havia, pouco se preocupando em criar um sistema legislativo logicamente estruturado até as extremas consequências de um princípio teórico unilateral, mas pelo contrário, buscando forjar um sistema em que todas as escolas compusessem uma unidade orgânica capaz de satisfazer às reais necessidades e às efetivas exigências de vida da sociedade e do Estado".⁸ E, de fato, este declarado ecletismo transparece em muitas disposições fundamentais do Código. Todavia, é um ecletismo bem singular, porque consiste quase sempre em tentar pôr lado a lado postulados de uma ou de outra escola, visando à finalidade da pena intimidativa e da luta com todos os meios e sem quartel contra o crime ou o perigo do mesmo.

Particularmente interessante aparece, a propósito de tal "ecletismo" em face das escolas penais, o uso que os autores do Código Rocco fizeram dos postulados da Escola Positiva. Esta havia defendido uma mais intensa e decisiva luta contra a crimi-

⁷ Ressalte-se que o poder de revogar as medidas de segurança pessoais antes de decorrer o mínimo estabelecido por lei foi conferido ao Ministro da Justiça (art. 207). Com a sentença n.º 110, de 1974, a Corte Constitucional considerou ilegítima esta norma, estabelecendo que o poder de revogação das medidas de segurança compete, em qualquer caso, ao Juiz das Execuções e, correlativamente, abolindo qualquer valor totalmente vinculado ao término mínimo estabelecido pela lei. Resulta, para usar as palavras da sentença em sua proposição final, que "compete ao juiz o poder de revogação das medidas de segurança — sempre que confirmada a cessação de periculosidade (art. 207, inciso 1º, CP) mesmo antes de decorrido o tempo correspondente à duração mínima estabelecida pela lei".

⁸ Relatório do Ministro Rocco ao Rei, § I, em *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Roma, 1930, v. VII, n.º 13.

nalidade, levando em conta os sujeitos perigosos e o delito como sintoma de periculosidade; mas ao mesmo tempo, queria tratamento individualizado, que substituísse, pouco a pouco, mesmo com conseqüências mais rigorosas e com a indeterminação da duração da "sanção penal", a pena tradicional. O Código Rocco, ao contrário, acrescentou a prevenção especial da periculosidade através da aplicação da medida de segurança após o cumprimento da pena retributiva sem, como vimos, possibilidade alguma de comunicação entre ambas. O extremo do absurdo a que pode levar a falta de qualquer transformação entre execução da pena e da medida de segurança é representado pelo art. 148, segundo o qual se, depois da condenação ou no curso da execução, a um condenado (imputável no momento do crime) sobrevém doença mental e deve, conseqüentemente, ser transferido para o manicômio judiciário, uma vez recuperado, recomençará a cumprir a pena detentiva a partir do momento em que interrompera, sem nenhuma possibilidade de aproveitar (salvo através da graça) o tempo de privação de liberdade em que esteve no manicômio; um retrocesso de muitos anos como em vários casos aconteceu.

Ainda: a Escola Positiva sempre recomendara maior atenção para com a periculosidade do agente, a sua intenção criminosa. E o Código Rocco alargava a esfera das atividades puníveis, fazendo-as retroceder no tempo, até a mera preparação, com a punição das conspirações políticas mediante um simples acordo não seguido de nenhuma atividade concreta (art. 304) e estendendo o âmbi-

to da tentativa punível (art. 56); porém, prescindia de todo o valor sintomático da ação e aplicava a este novo território os ordinários e tradicionais critérios de penalidade.

A Escola Positiva aditara o princípio da "responsabilidade social" ou "legal" para sublinhar a inaceitabilidade de critérios de luta contra o crime, fundados sobre a distinção entre imputáveis e imputáveis e alertar o legislador e o juiz sobre fatos criminosos de sujeitos inimputáveis com vistas a estabelecer um tratamento bem individualizado. O Código Rocco via motivo para reprimir, com os ordinários critérios da pena, também fatos cometidos por sujeitos não imputáveis, como os cometidos por aqueles que, no momento do crime, se encontram em estado de embriaguez plena.

A Escola Positiva chamara a atenção, senão sobre os verdadeiros e próprios "delinquentes natos", sobre os delinquentes por tendência, asseverando também a exigência de um tratamento unitário e bem individualizado. O Código Rocco criava (limitadamente para delitos de sangue) a estranha figura de delinquentes por tendência plenamente imputável e submetido, primeiramente, à pena e, em seguida, à medida de segurança em instituto de trabalho ou em colônia agrícola (arts. 108 e 216).

Finalmente, a Escola Positiva aditara a necessidade de continuar a observar o sujeito após a execução da sanção penal, enquanto que o Código Rocco não encontrava motivo para usar de modo completo o instrumento da liberdade vigiada para os libera-

dos depois do cumprimento de longas penas detentivas (art. 230, n.º 1) ou por cominar altas penas aos reincidentes ou por submeter, como foi visto, os delinquentes habituais a penas praticamente indeterminadas.

As críticas que acenamos não diminuem os méritos do Código Rocco; são méritos dignos de citação os que dizem respeito ao princípio de legalidade na previsão das penas e dos delitos,⁹ à sensibilidade para os problemas da colaboração internacional em matéria penal, à clareza da maior parte das disposições respeitantes ao crime em geral e aos delitos-tipo da parte especial, ao sábio uso da técnica jurídica, à perfeita coordenação interna e externa, à modernidade da linguagem, à conscientização dogmática. Todavia, isto demonstra que o ponto fraco do Código Rocco reside no sistema dos meios de luta contra

o crime e de um adequado tratamento de seus autores. Daí surge a dificuldade de uma autêntica reforma do próprio Código, à qual deveria preceder uma visão ainda mais orgânica e ideologicamente mais coerente do que aquela que precedeu a sua elaboração, e, para qual deveriam servir de base aquelas novas instituições em busca de um tratamento mais adequado para os delinquentes, que o próprio Rocco previa ao criticar os defeitos do sistema vigente no Código Zanardelli e, que, infelizmente, na Itália, depois de vinte anos de fascismo e trinta de democracia, estão ainda longe de serem colocadas em prática.

⁹ Foi também com relação a esta impostação (julgada "liberal" por alguns penalistas alemães da época nazista) que, em 1945, juristas ilustres se pronunciaram a favor da manutenção do Código Rocco.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO-LEI N.º 1.650/78

Celso Delmanto

1. Em 19 de dezembro de 1978, foi editado o Decreto-Lei n.º 1.650, que restringiu a aplicação da extinção da punibilidade penal pelo pagamento do tributo, na hipótese de crime de contrabando ou descaminho.

Determina o seu art. 1.º: "O disposto no art. 2.º da Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965, e no art. 18, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 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 §§ 1.º e 2.º do art. 334 do Código Penal."

Como consigna a própria ementa do Decreto-Lei n.º 1.650/78, visou-se a restringir o alcance dos dois diplomas anteriores referidos, de modo a impedir que a causa extintiva de punibilidade por eles prevista incidisse no crime de contrabando ou descaminho.

2. A extinção da punibilidade pelo pagamento ou depósito do tributo surgiu no Direito Penal brasileiro por força das disposições contidas

nos arts. 2.º e 5.º da Lei n.º 4.729/65 e no art. 18, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 157/67.

A Lei n.º 4.729/65, que instituiu o crime de sonegação fiscal, preceitua, em caso de recolhimento do tributo, a extinção da punibilidade dos crimes nela previstos. E, além de tratar do delito de sonegação, dá nova definição ao crime de contrabando ou descaminho, substituindo os §§ 1.º e 2.º do art. 334 do Código Penal.

Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 157/67 determina a extinção da punibilidade de **imputação penal diversa** da Lei n.º 4.729/65, decorrente "de ter o agente elidido o pagamento de tributos", desde que estes sejam pagos ou depositados antes do início da ação penal.

A respeito dos dois diplomas, o Supremo Tribunal Federal, inicialmente, apenas em tese admitiu a aplicação ao crime de contrabando ou descaminho (HC 44.704, RTJ 46/304; RHC 46.940, RTJ 54/664, HC 45.440, RTJ 58/517).

Depois, seguiu-se a fase em que a mais alta Corte negava aquela incidência (RE 48.271, RTJ 55/371; HC 48.374, RTJ 56/490; RE 72.102, RTJ 59/903; RE 74.676, RTJ 66/529).

Evoluiu, porém, a jurisprudência da Suprema Corte, passando a reconhecer a extinção da punibilidade do crime do art. 334 do Código Penal, pelo pagamento ou depósito do tributo (RE 76.071, RTJ 70/187; RE 78.467, DJU 7.5.74; RE 78.611, DJU 21.5.74; RC 53.534, DJU 17.6.75; HC 52.818, RTJ 79/775).

Finalmente, a orientação foi inscrita na Súmula 560 da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, com o seguinte enunciado: "A extinção da punibilidade, pelo pagamento do tributo devido, estende-se ao crime de contrabando ou descaminho por força do art. 18, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 157/67."

3. Agora, porém, surgiu o Decreto-Lei n.º 1.650/78, restringindo a aplicação dos dois anteriores diplomas e suscitando, pelo menos, duas questões relevantes.

A primeira diz respeito à sua eficácia temporal, especialmente ao problema da irretroatividade. A segunda é relativa à própria constitucionalidade do novo decreto-lei, que merece mais atento exame.

4. Quanto ao problema da **irretroatividade**, deve-se assinalar que o Decreto-Lei n.º 1.650/78 é restritivo e não simplesmente interpretativo.

A própria ementa do novo diploma consigna que ele "restringe a

aplicação" dos dispositivos legais anteriores a que se refere. Não se pode, pois, vislumbrá-lo como simples interpretação da Lei n.º 4.729/65 e do Decreto-Lei n.º 157/67.

Ainda, porém, que se pretendesse entendê-lo como norma interpretativa, não poderia retroagir à data da vigência dos diplomas que menciona. A opinião, em contrário, de ASÚA (*Tratado*, Buenos Aires, 1964, II/425-426) não se aplica ao Direito Penal nacional.

Como ressalta PONTES DE MIRANDA, dentro do sistema jurídico brasileiro é absurdo pensar-se em retroatividade das leis interpretativas, pois estas obrigam somente da sua promulgação em diante, regendo o futuro e não o passado (*Tratado de Direito Privado*, S. Paulo, 1977, I/66). Na esfera penal, principalmente, tal preceito tem valor absoluto.

A Constituição Federal, nos §§ 3.º e 16 do art. 153, firma os princípios de que "a lei não prejudicará o direito adquirido" e que deve ser "observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu". O último enunciado é decorrência da regra de que não há crime sem lei anterior que o defina e constitui o principal orientador na solução dos conflitos temporais entre leis penais.

Ao tratar das leis interpretativas ou corretivas, adverte NÉLSON HUNGRIA: "Nem mesmo as leis destinadas a explicar ponto duvidoso de outras leis, ou a corrigir equívoco de que estas se ressintam, podem retroagir em desfavor do réu. Se o pró-

prio legislador achou que a lei anterior (interpretada ou emendada) era de difícil entendimento ou continha erro no seu texto, não se pode exigir do réu que a tivesse compreendido segundo o pensamento que deixou de ser expresso com clareza ou exatidão" (**Comentários ao Código Penal**, Rio, 1977, I-I/138).

Cuidando, especialmente, da lei nova que vem excluir causas de extinção da punibilidade, doutrina **DAMÁSIO DE JESUS** que ela não retroage, por ser mais severa (**Direito Penal**, S. Paulo, 1978, I/76).

Conclui-se, portanto, que o novo Decreto-Lei n.º 1.650/78 não retroage a contar das datas dos diplomas anteriores que restringe, mas, tão-só, a partir da sua própria vigência. Nesse sentido, há precedente da Suprema Corte (RE 89.040, DJU 10.8.79).

5. A outra questão é a referente à **constitucionalidade** do Decreto-Lei n.º 1.650/78.

Como reza o seu texto, foi ele editado com fundamento no item II do art. 55 da Constituição Federal. Ou seja, como se a **matéria** tratada fosse de "finanças públicas, inclusive normas tributárias".

Ao discutir o anterior Decreto-Lei n.º 157/67 (cujo alcance o novo decreto-lei agora restringe), o Supremo Tribunal Federal questionou-lhe a constitucionalidade por tratar-se de matéria penal.

Sustentou, então, o eminente Min. **ANTÔNIO NÉDER**, em funda-

mentado voto vencido, que o Ato Institucional n.º 4, com base no qual se editara o Decreto-Lei n.º 157/67, "não outorgava poderes ao Presidente da República para legislar sobre **Direito Penal**, mas, isto sim, a respeito de assunto administrativo ou financeiro" (RTJ 79/779). Todavia, o eminente Min. **XAVIER DE ALBUQUERQUE** afastou a discutida inconstitucionalidade, com o argumento de que o "Decreto-Lei n.º 157 foi editado com base no AI n.º 4, mas foi revalidado pelo art. 177, inciso III, da Constituição de 1967", estando "amparado pela revalidação, de acordo com a Súmula 496" (RTJ 79/781).

Agora, o novo Decreto-Lei n.º 1.650/78 faz surgir problema semelhante, com a agravante de que inexistente preceito constitucional que o possa legitimar novamente.

Muito embora o pretexto invocado para editá-lo tenha sido o de tratar de matéria de "finanças públicas, inclusive normas tributárias", o diploma cuida, na verdade, de **matéria penal**. Exclusivamente, estreita a causa de extinção da punibilidade penal pelo pagamento do tributo, determinando que ela "não se aplica ao crime de contrabando ou descaminho".

Mais do que o discutido Decreto-Lei n.º 157/67, o novo Decreto-Lei n.º 1.650/78 tem conteúdo unicamente **jurídico-penal** e não financeiro ou tributário.

Seria ineficaz o novo diploma, em razão da ora apontada inconstitucionalidade?

Para **PONTES DE MIRANDA**, "se a matéria não é de segurança nacional, ou de finanças públicas, nula é a aprovação, como nulo foi o decreto-lei", pois "não ficam afastadas as arguições de inconstitucionalidade" em razão da aprovação por votação ou decurso de prazo (**Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969**, São Paulo, 1973, III/161).

Também **MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO** assinala que "não se deve olvidar que a segurança nacional ou as finanças públicas têm de ser a "matéria do decreto-lei", pois "não basta que a intenção, o objetivo de suas normas, seja relativo à segurança nacional ou à salvaguarda das finanças públicas". E acrescenta que "a aprovação pelo Congresso não sana o vício do ato", que se torna nulo por inconstitucionalidade (**Curso de Direito Constitucional**, São Paulo, 1979, p. 211).

As palavras de **GERALDO ATALIBA**, embora escritas antes da Emenda n.º 1, de 1969, são plenamente válidas: "É nulo o decreto-lei que, por motivos de segurança ou finanças — tomadas como pressupostos — regule outras matéria. Esta inversão não é tolerada pelo texto constitucional" (**O Decreto-Lei na Constituição de 1967**, São Paulo, 1967, p. 72).

Parece-nos, assim, que o Decreto-Lei n.º 1.650/78 é ineficaz, pois carrega o vício da inconstitucionalidade em razão da matéria.

Apesar do suporte invocado para editá-lo, a substância nele tratada é penal e só o Congresso Nacional poderia legislar a propósito dela.

Resta aguardar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade do novo diploma.

ASPECTOS MÉDICO-LEGAIS DOS PACIENTES COM SÍNDROMES DOLOROSAS *

Genival Veloso de França

A dor é a mais íntima experiência humana. Mesmo assim, todos conhecendo algo sobre sua própria dor, como mal-estar e sofrimento, para os outros ela se constitui, tão-só, num sintoma de doença ou lesão.

O sofrimento da dor aguda, breve, fugaz, ainda que desagradável, passa. Pode-se até dizer que a dor, na saúde, é vantajosa e protetora. Todavia, na doença, ela começa a preocupar mais seriamente.

Já a dor crônica, persistente ou intermitente, de longa duração, sempre foi um problema difícil para o médico e uma inquietante e ameaçadora situação para o paciente. Isso dada a sua incidência destrutiva na esfera psicossomática. Agasta-lhe o ânimo, fere-lhe o espírito e destrói-lhe o seu bem-estar. Porém, a depressão e a descrença desses doentes são, o mais das vezes, uma decorrência não da dor em si, mas da consciência de sua incurabilidade.

A capacidade de diagnosticar e medir a dor sempre foi um desafio à Medicina Legal. O velho Código Pe-

nal republicano, no Capítulo das **Lesões Corporais**, referia-se ao fenômeno dor. Já o Código atual, em boa hora, omitiu tal evento, pelo seu teor eminentemente subjetivo. Vale notar que persiste ainda, nas questões de **Infortunística**, sobretudo, a dor alegada por simulação e metassimulação, ou, na sua omissão, por dissimulação.

Avaliar a intensidade da dor é importante para medir o grau de sofrimento, para melhor compreender o comportamento do paciente e para melhor possibilitar uma adequada escolha dos analgésicos.

Os antigos legistas, diante da alegação da dor sem vestígio de trauma, voltavam-se para a mímica do sofrimento, para os batimentos cardíacos, para o pulso e para a pressão arterial como elementos capazes de sofrerem modificações frente a uma sensação dolorosa. A Algesimetria por meios objetivos sempre foi o sonho da Legisperícia.

* Tema oficial apresentado ao XXVI Congresso Brasileiro de Anestesiologia, Rio de Janeiro, de 25 a 30 de novembro de 1979.

Ainda hoje, usam-se os chamados sinais da dor: **Sinal de Mankof** — contagem prévia do pulso radial, compressão do ponto doloroso alegado e nova contagem do pulso. O aumento dos batimentos seria traduzido como existência da dor; **Sinal de Levi** — percebido através das contrações e dilatações rítmicas da pupila, quando se comprime o ponto doloroso; **Sinal de Müller** — com um compasso apropriado, marca-se uma zona circular tátil de uma certa região onde a dor se localiza. Delimitado o ponto doloroso dentro desse círculo tátil, sem que o paciente olhe, comprime-se com o dedo um local que não seja doloroso dentro do mesmo círculo e, imediatamente, passa-se a comprimir o ponto doloroso. Quando existe simulação, o doente não se apercebe da mudança; **Sinal de Imbert** — quando a região dolorosa é um braço ou uma perna, coloca-se o paciente em repouso, contam-se as pulsações radiais e, em seguida, manda-se que ele se apoie na perna dolorosa ou segure um peso com o braço ofendido. O aumento do número de pulsações leva a concluir pela existência da dor.

Os mais modernos meios de mensuração da dor são utilizados através de estímulos térmicos, elétricos e químicos. Esse estudo é sempre baseado em relato do próprio paciente, comparando-se subjetivamente uma dor experimental com uma suposta dor patológica. As alterações das constantes vitais modificadas pela dor têm um sentido discutível pelas variáveis que se podem obter em face das alterações emocionais e patológicas de cada caso.

Outro fato interessante: há de se distinguir a dor em Clínica e Cirurgia, da dor em Psiquiatria. Enquanto, nas duas primeiras, pode-se falar realmente em "controle da dor", onde o médico estaria obrigado pela ética a tratar, na última, fala-se em controle da dor imaginária, quando o psiquiatra teria algumas opções: não aceitar o paciente; aceitá-lo e tentar sua cura, mesmo que ele insista em conservar sua identidade dolorosa; ou, então, quando o paciente decide mudar, e, neste caso, a dor passaria a ser uma linguagem e não uma doença.

Qualquer que seja a tomada de posição do médico, assumindo essa ou aquela conduta, é fundamental para quem cura e também para quem é tratado, a identificação do tipo de queixa dolorosa. Há certos procedimentos que não ajudam nem os pacientes nem os médicos na dor de longa duração, como esperar que ela chegue a ocupar toda a atenção do paciente. Daí em diante o quadro assemelha-se a certas doenças mentais graves.

INTERAÇÃO PSICOLÓGICA DA DOR

Os efeitos psicológicos da dor variam de acordo com a personalidade do doente, com as circunstâncias e com os aspectos intrínsecos da própria dor. Malgrado ela vir tomando as inclinações mais diversas, inconscientemente sempre representou, numa ou noutra ocasião, uma possibilidade de morte.

Não obstante o mecanismo da dor esteja teoricamente em fase de definição, as repercussões que ela

traz sobre a personalidade humana permanecem num terreno nebuloso de hipótese e teorias.

Todos sabem que a dor não depende exclusivamente de estímulos periféricos, e que sua sensação não é diretamente proporcional ao estímulo recebido. A observação mostra que grandes ferimentos, às vezes, são quase indolores, e que pequenas lesões apresentam-se como que insuportáveis. Soldados que ignoravam grandes ferimentos numa batalha, ou atletas que reagiam indiferentemente a grandes traumatismos, portavam-se de forma negativa a uma simples picada de injeção. Outro exemplo bem expressivo, neste mesmo raciocínio, é o uso de placebo, das sugestões e da hipnose onde se supõe que o bloqueio se realiza ao nível do componente reacional.

Assim, há certos fatores, independentemente da intensidade, qualidade, sede, início, evolução e duração, que podem contribuir de maneira bem decisiva sobre o psiquismo da dor aguda, a saber: a ameaça que representa ou a que o paciente julga representar, a ansiedade e a motivação.

A suposta ameaça que representa a dor, como sintoma grave nas mais diversas patologias, nos parece ser a mais significativa razão em termos de maximização da sensação dolorosa, notadamente pelo enfraquecimento do ego. Somada ao estímulo doloroso está a preocupação do paciente consigo próprio como um todo.

Outro elemento preponderante na redução da tolerância à dor é a ansiedade; mormente quando o pa-

ciente conta com experiências anteriores.

Finalmente, a motivação é outro fator psicodinâmico muito poderoso no comportamento e na modificação da tolerância dolorosa. Há certas motivações tão fortes que chegam quase a anular a dor, pois se admite que, nesta condição, um mecanismo psicofisiológico inibiria a transmissão dos impulsos ao sistema nervoso, ou seriam capazes de alterar o comportamento doloroso exacerbado.

Destarte, ninguém pode negar que esses mais variados fatores afetivos, motivacionais ou emocionais, cheguem a estimular certos segmentos da atividade cerebral, os quais, através de impulsos corticais eferentes, têm a capacidade de alterar a transmissão de impulsos nocivos ao corno dorsal e a diferentes níveis do neuroeixo. Pelo menos esse é o pensamento de Bonica.

Já a dor crônica apresenta respostas psicológicas afetivas e comportamentais bem diferentes daquelas apresentadas pela dor aguda. A ansiedade aqui é substituída pela depressão reativa e pela hipocondriase — dois componentes basilares da dor prolongada. O paciente se acha desamparado, esquecido e descrente, e começa a passar de um médico para outro, na tentativa desesperada de cura e alívio. A dor passa a ser, ao contrário das síndromes dolorosas agudas, o centro de toda a atenção do enfermo.

O comportamento se modifica, principalmente, pela medicação contínua e de doses elevadas, fazendo

com que todo o ambiente em que ele vive seja condicionado em favor dos seus próprios caprichos.

Portanto, é sentindo os efeitos psicológicos da dor aguda ou crônica que o médico estabelece uma estratégia relativa a cada caso, o que lhe ajuda não apenas na conduta puramente médica, mas, também, no seu itinerário ético-legal.

O HOMEM DOLOROSO

É do conhecimento médico dos dias atuais que nem todos os estados dolorosos tenham em si, essencialmente, a dor como entidade definida.

Surge uma personagem que se pode chamar de "homem doloroso" (*homines cruciantes*). Não são pessoas anormais ou paranormais, monomaníacas, interessadas apenas em ocupar o espaço de sua atenção com a dor chamada psicogênica. São indivíduos que estão intimamente ligados aos valores humanos e que se colocam em permanente estado de sofrimento. Esta dor não se localiza. Ela envolve toda a personalidade dessa pessoa.

Aquele, que é portador de dor real, o médico o trata; o outro, que é portador de dor psicogênica, o médico finge acreditar, partindo da premissa de que chamar essa dor de imaginária iria ferir fundamentalmente o paciente, tornando o relacionamento difícil e hostil.

A história do homem doloroso é a mesma de todas as histórias humanas, onde não faltam mártires e

heróis. O Cristianismo deu amostras notáveis. Desta forma, a Virgem Maria é chamada de "**Mater Dolorosa**": mãe dos sofredores — aquela que sofre as dores do Mundo.

O homem doloroso desponha e se alimenta de um meio social de valores desequilibrados, de onde ele atrai sofrimento para si próprio. Parece que o peso do "orbe" está sobre seus ombros. Desse modo, nem todos que se queixam de um estado doloroso são doentes orgânicos ou mentais e para tanto obrigados aos tratamentos padronizados, de efeitos duvidosos e custo alto, impostos e rotulados pelo Estado Terapêutico.

A tendência de muitos profissionais da Medicina é caracterizar todo indivíduo que se queixa de algo como doente. Primeiro engano: negar que o sofrimento possa ter uma trilha de significações; depois, admitir que essas pessoas que se recusam a assumir o papel de doentes simplesmente negam sua própria doença. Isso nada mais representa do que um arbítrio no controle da relação médico-paciente.

A visão humanista do médico deve enxergar esses indivíduos como uma unidade distinta, autônoma, dentro de uma realidade própria, compreendendo suas ansias e seus sonhos, segundo suas convicções e não de acordo com as regras convencionais da técnica e da ciência.

ALIENAÇÃO DA DOR

A civilização hodierna começa a modificar a experiência da dor, esvaziando do indivíduo suas reações pes-

soais e transformando essa dor num problema de ordem técnica. A super-medicalização da dor tende a retirar do homem sua participação e sua responsabilidade, criando um novo estilo de saúde.

Ninguém pode negar que o limiar de tolerância da dor venha sofrendo profundas alterações e que a Medicina moderna se torna cúmplice de uma assustadora dependência farmacológica e de uma industrialização da dor pela empresa farmacêutica. A medicina industrial, para atuar mais prontamente, retira da dor qualquer contexto subjetivo. O sentido da palavra **dor** foi modificado pela linguagem profissional.

A única fórmula que o modelo médico atual encontrou de vencer a dor foi torná-la cada vez mais objetiva. Tão objetiva quanto a linguagem impessoal entre médicos e enfermeiros. Essa maneira de atuar junto à dor desloca o homem para um novo espaço ético e político.

Nada mais fácil para entender tais aspectos que através da história da medicalização da dor. Antes, não era ela tratada, haja vista nada mais representar senão um instrumento a serviço do diagnóstico, dando ao médico a oportunidade de descobrir qual a harmonia perdida. Durante o tratamento, a dor poderia até desaparecer, mas de fato esse não era o interesse imediato da atividade médica, para quem a dor significava um certo benefício em favor da conservação do próprio homem. Quando a dor perdeu seu sentido cósmico e mítico, emancipada de qualquer referencial

metafísico, o seu controle deu ao indivíduo o entendimento de que a sensação dolorosa é um ponto clínico objetivo e que pode ser debelado por uma terapia simples e padronizada.

Michel Foucault afirma que atualmente a dor foi transformada em problema de economia política, onde o homem se coloca como "consumidor de anestesia" à procura de tratamento que o faz artificialmente insensível, abúlico e apático.

Ivan Illich observa que esse indivíduo não vê mais, na dor, uma necessidade natural; mas que ela se representa desde logo como resultado de uma tecnologia faltosa, de uma legislação injusta ou de uma defasagem social e econômica.

A dor como objeto de diagnóstico e de tratamento, classificada como real ou imaginária, foi, sob o ponto de vista sócio-econômico, vítima do confisco técnico do sofrimento, através de uma cultura supermedicalizada.

Na realidade, o que se tem feito não é outra coisa senão medicalizar o sofrimento. A palavra dor começa a perder seu sentido na linguagem comum e a se fortalecer como termo técnico. Desde o momento em que a dor se tornou coisa manipulável, passando a ser matéria de superproteção, onde o médico é capaz de diagnosticar, medir e provocar esse fenômeno, a sociedade aceitou tal procedimento e rendeu-se a ele, numa forma de solução aos seus fracassos. Entretanto, simplesmente, medicalizar a dor é correr o risco de perder sua face essencial.

A inclinação da Medicina em favor da analgesia se insere num contexto ideológico e sua eliminação institucional seria capaz de refletir na angústia dos dias de hoje. O próprio progresso social passou a ser sinônimo de ausência de sofrimento onde a comunidade-empresa teria como alvo não o sentido de alcançar a felicidade, mas o de minimizar o sofrimento. A tendência será essa Empresa fabricar um remédio para cada mal: para o tédio, para a tristeza e para a insatisfação, assim como criou para a dor.

Não se pode condenar a sociedade atual de estar dominada pela analgesia, mesmo que ela comece a perder sua fantasia, sua liberdade e sua consciência. Mas é dessa maneira que ela foge da angústia e da solidão — dois monstros que ameaçam a existência humana. E, chegará um dia em que os choques, os barulhos, as catástrofes, a violência e o horror serão os únicos estímulos capazes de chamar a atenção do homem para si mesmo e ter a certeza de que ainda está vivo.

ASPECTOS ÉTICO-LEGAIS

Não há nenhum dispositivo da lei penal brasileira que se reporte claramente à dor. A responsabilidade do seu tratamento não está explicitada pela Norma Jurídica, ficando, na maioria das vezes, à mercê de cada profissional.

Sob o prisma objetivo, os peritos só podem falar em sensação dolorosa quando o exposto pela vítima for comprovado através da existência de uma lesão real ou de uma perturbação da saúde que justifique a dor.

O comportamento moral do médico frente à dor consta nos arts. 6.º e 38 do Código de Ética Médica respeitante à prescrição de entorpecentes, hipnóticos e analgésicos. E os aspectos legais do receituário pelas Portarias 19 e 20 da Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos, Produtos Dietéticos e Correlatos (DIMED), da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde.

A conduta ético-legal do médico deve ser vista desde o alívio da dor aguda até o tratamento cirúrgico da dor crônica "intratável".

Assim como na dor aguda, deve-se distinguir entre a dor suportável e a insuportável, é sensato estabelecer a diferença entre a dor crônica de doença letal remota e da doença de morte mais ou menos iminente. O mesmo se diga da dor psicogênica e da dor orgânica.

No tratamento clínico da dor em pacientes com expectativa normal da vida, há de se levar em conta o aspecto da dependência que algumas drogas podem levar, optando-se sempre por uma terapêutica mais simples. Nas doenças malignas, de prognóstico limitado, o fator dependência se torna irrelevante, embora seja aconselhável a utilização do esquema de rodízio, que consiste em ministrar droga diferente a cada 24 ou 48 horas.

O tratamento cirúrgico da dor não pode ser considerado um recurso de primeira instância, pelo seu caráter grave e irreversível. Mesmo as-

sim, alguns desses métodos não devem ser de todo afastados.

A **neurotomia periférica**, de técnica simples, tem suas indicações precisas e não traz nenhuma implicação ético-jurídica.

A **rizotomia**, utilizada de preferência na dor de cabeça e do pescoço, através da secção das fibras sensitivas em níveis preganglionares, também não oferece, a grosso modo, nenhuma contestação.

A **simpaticectomia**, embora de efeito relativo ainda não se mostra como alvo de críticas.

A **tratotomia espinotalâmica** seria a intervenção ideal nos processos malignos das extremidades inferiores e da pélvis.

Uma conduta que vem à tona, pelo menos dentro de suas indicações, como forma aproximada de um critério aceitável sob todos os ângulos, seria o tratamento da dor pelo **bloqueio anestésico**, devido à sua técnica simples, a uma exigência mínima de internações, à baixa mortalidade em relação aos métodos neurocirúrgicos e à permissível reintegração do doente no meio familiar. Ninguém pode obscurecer a existência de algumas complicações no emprego de agentes neurolíticos. Todavia, ao compará-lo com outros processos, constata-se que, mesmo não sendo um método perfeito, é o que atinge o ciclo vicioso da dor.

A **parapsicologia** e a **reflexologia** como recursos no tratamento da dor, por não serem consideradas especia-

lidades médicas nem método diagnóstico, têm sido apontadas como antiéticas e ilegais.

Também a **acupuntura**. Pois, sendo especialidade ou filosofia de tratamento ainda não admitida pelo ensino médico e sem a sanção das Sociedades Médicas, ferem a Resolução n.º 467/72, do Conselho Federal de Medicina, cujos critérios estão fundamentados na letra f do art. 5.º e na letra e do art. 32 do Código de Ética Médica, assim como no item V, do art. 1.º da Lei n.º 4.113, de 14 de fevereiro de 1942, ainda em vigor. No entanto, uma Portaria mais recente do CFM permite a **acupuntura**, desde que feita ou acompanhada pelo médico.

Já a **hipnose**, tanto para fins terapêuticos ou de diagnóstico, com o consentimento tácito e explícito do paciente ou de seus representantes legais, quando houver rigorosa indicação médica e que não venha alterar a personalidade do doente, e finalmente, sempre que possível praticada pelo médico especializado, é um meio que se incorpora a outras conquistas terapêuticas, sendo sua licitude estabelecida pelos arts. 62, 63 e 64 do Código de Ética Médica.

O **tratamento eutanásico**, por seu turno, é tão condenável que não merece maiores considerações. Mesmo com a aquiescência expressa e formal do paciente, não alicerçaria uma justificativa, nem tampouco a impunibilidade do autor. A prudência manda reprimir, com a mais profunda veemência, a prática da eutanásia, e a lógica nos leva a pensar que o médico deverá defender sempre os so-

fridos e necessitados, e jamais voltar-se contra eles, numa forma de falsa piedade. A versão qualificada de "homicídio piedoso" não deve trazer razões de juridicidade. Praticar eutanásia é o mesmo que cometer homicídio. Portanto, suprimir a vida, alegando misericórdia, não passa de um eufemismo.

Será correto intervir sobre a dor quando essa intervenção traz um provável encurtamento da vida? Se entre a ação analgésica e a abreviação da vida não existe nenhuma ligação causal direta, pela vontade do médico ou do paciente; se a amenização da dor não se pode obter de outra forma e se a administração de tal recurso trouxesse inevitavelmente os dois resultados — alívio da dor e um teórico encurtamento da vida, conclui-se pela liceidade da ação.

Por fim, a **leucotomia pré-frontal**, ainda que considerada pela Neurocirurgia como um recurso extremo no tratamento da dor rebelde, reveste-se de uma modalidade terapêutica discutível, uma vez que atua modificando a personalidade do paciente. Não retira a dor, apenas suprime, do doente, a consciência da sensação dolorosa, transformando a percepção da dor num determinado incômodo físico, para o qual a ciência não encontrou uma denominação.

É necessário que se entenda ser a consciência a razão precípua do ser humano. Deixar alguém em estado crepuscular é atentar contra a sua dignidade. Os meios não justificam os fins. A dignidade do ser humano imprime respeito. Impõe-se-lhe, inclusive, a necessidade da preservação

de certos valores que o bom senso consagrou como úteis e fundamentais, cabendo à nossa consciência moral saber aplicar esses valores no mundo dos deveres e das obrigações. O que "é" e o que "deve ser" são, portanto, os padrões éticos e jurídicos da civilização a que pertencemos, a fim de que a natureza humana jamais chegue a desvirtuar-se.

Privar um homem de ser consciente de si mesmo é mais que um insulto, porque o reduz a um nível subumano. Se tivermos de errar, melhor será que erremos em favor da dignidade humana.

Numa situação desse jaez, onde não existe o risco iminente de vida, tal conduta interessa mais ao doente que ao médico. Alguns poderiam até dramaticamente inclinar-se pela morte. Porém, com certeza, nenhum paciente iria permitir sua oligofrenização de forma irreversível. Evidentemente, praticá-la contra sua vontade seria ilícito e imoral.

É preciso não esquecer que muitos pacientes são mantidos em relativo conforto e consciência através da utilização judiciosa de medicamentos, sem a necessidade de serem praticados certos atos cirúrgicos que lhes redundem na modificação do entendimento e da razão.

É difícil conceber-se a validade do consentimento de um paciente psicologicamente atingido ou de familiares mais apressados. Há ocasiões em que, embora exista um consentimento tácito ou expresso, não se justifica a intervenção, nem tal permissão tem eficácia, visto que a norma jurídica

pode resistir a essa vontade e a sua autorização não outorgaria determinadas condutas. A licitude de um ato médico reside na sua incontroversa necessidade e não no entendimento de outrem. Os interesses protegidos pela lei são essenciais a todos os indivíduos. Possuem um valor moral e social, superando os próprios interesses ou interpretações pessoais.

A leucotomia pré-frontal, não apenas como tratamento da dor de longa duração, mas também como solução a doentes mentais considerados irrecuperáveis, é uma terapêutica desesperada, extrema, um método usado por profissionais impacientes e ansiosos, e uma maneira aparentemente simplista para resolver um problema de tamanha profundidade.

Se essa estranha terapêutica é desaconselhada para doentes mentais rebeldes, rotulados como incorrigíveis e anti-sociais, para os quais se diz não existir outra modalidade de tratamento, quanto mais para o paciente de dor crônica, para quem a Medicina moderna oferece outras soluções.

Outro fato que nos causa espécie é saber que muitas dessas indicações de lobotomias ocorreram em portadores de dor imaginária. Não há quem possa entender a razão de alguém considerar uma doença imaginária como uma doença real, a ponto de intervir estruturalmente. Dizer que o médico pode ter como opção concordar com um tipo de doente simplesmente para ganhar sua simpatia, não é a mesma coisa que chegar às últimas conseqüências. Um médico que

trata de uma doença imaginária por meio cirúrgico nada mais faz do que tornar real o que originariamente era falso. Inclusive, essa conduta pode ensejar em alguém a idéia de que os médicos procedem dessa maneira em favor dos seus próprios interesses.

A síndrome pós-leucotômica influi decididamente em toda problemática ético-legal. A personalidade do lobotomizado, tendente ao infantilismo e ao desinteresse, vazio de emoções, com distúrbios da vida sexual, muitos deles incompatíveis com o decoro é, antes de mais nada, de natureza anticientífica e desumana.

Outro fato: De quem a decisão? Do psiquiatra, do clínico ou do neurocirurgião? De quem a permissão? Do paciente perturbado ou da família ingenuamente apressada?

Para o médico, poderiam ser argüídos os crimes de **Exercício Ilegal da Medicina**, de **Lesões Corporais** e de **Periclitacão da Vida e da Saúde**. Alude-se, em tais situações, à ausência do dolo, pois o ato médico em si não tem nada a ver com a ação antijurídica. No entanto, o dolo não estaria no ato nem no resultado de suprimir a dor, mas na existência de outro resultado que traria seqüelas nocivas e comprometedoras ao paciente, quando poderia ser mantido em razoável conforto com outros procedimentos menos radicais. Sabendo o cirurgião de que se trata de operação condenável, avessa aos princípios éticos da Medicina e aos padrões da Sociedade, é dolo. A prática consciente de um ato lesivo, desnecessário e ilegal é crime. Não é intervenção cirúrgica. É mutilação.

Para o paciente, a perda da sua capacidade civil ressentir-se do direito de dirigir a sua pessoa e bens, registrando-se, por conseguinte, a interdição e a instituição da curatela. Perda do pátrio poder, do direito de doar, de testemunhar e de testar.

Conquanto a Lei Civil use a expressão "louco de todo o gênero", como condição para a incapacidade absoluta de exercer pessoalmente os atos da vida civil, o termo foi usado num sentido muito amplo, podendo ser traduzido por qualquer perturbação mental grave capaz de privar

ou reduzir de forma acentuada a capacidade de entender.

E, se tomarmos a lei ao pé da letra, permitir-se-á o divórcio quando um dos cônjuges for portador de alienação mental, após cinco anos de doença. Em tese, é assim que se manifesta o parágrafo 2.º, do art. 5.º, da Lei do Divórcio, instituída pela Emenda n.º 9, de 28 de junho de 1977.

Acreditamos, finalmente, serem estes os aspectos ético-legais que poderiam ser apresentados nos pacientes com síndromes dolorosas, objeto do tema agora relatado.

BIBLIOGRAFIA

- 1 — Albuquerque, Manoel A. — **Efeitos psicológicos da dor**, Rev. Bras. de Anest., v. 13, p. 107.
- 2 — Bonica, J. J. — **A natureza da dor**, Rev. Bras. de Anest., v. 18, p. 127.
- 3 — Bonica, J. J. — **Mecanismo da dor**, Rev. Bras. de Anest., v. 26, p. 4.
- 4 — Foucault, Michel — **O nascimento da clínica**, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1977.
- 5 — França, Genival V. — **Direito Médico**, Fundo Editorial Byk — Proclenx, 2.ª ed., São Paulo, 1977.
- 6 — Hart, F. Dudley — **Tratamento da dor crônica**, Editora Manole, São Paulo, 1977.
- 7 — Illich, Ivan — **A expropriação da saúde**, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1975.
- 8 — Laborit, H. — **Reaction organique à l'agression et choc**, Masson & Cia., Paris, 1955.
- 9 — Pio XII — **O homem perante a dor**, Rev. Bras. de Anest., v. 7, p. 73.
- 10 — Russo, Reynaldo & cols. — **Nossa experiência do tratamento da dor**, Rev. Bras. de Anest., v. 12, p. 324.
- 11 — Russo, Reynaldo & Almeida, P. — **Tratamento da dor do paciente canceroso pelos bloqueios nervosos**, Rev. Bras. de Anest., v. 14, p. 62.
- 12 — Silveira, Paulo M. — **Psicologia da dor**, Rev. Bras. de Anest., v. 24, n.º 5, suplemento 3.

XII CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL

Publicamos, a seguir, as conclusões aprovadas no Congresso, realizado em Hamburgo, no período de 16 a 22 de setembro de 1979.*

SEÇÃO I

CRIMES CAUSADOS POR NEGLIGÊNCIA. SUA PREVENÇÃO E REPRESSÃO

O XII Congresso Internacional de Direito Penal, tendo em vista os objetivos do direito penal nas condições do progresso científico e técnico, assim como as mudanças sociais no mundo contemporâneo, e o perigo crescente das infrações de imprudência para com os bens sociais e individuais mais importantes,

Constatando que as formas e métodos aperfeiçoados de prevenção à criminalidade de imprudência são elemento necessário do sistema de medidas de proteção dos valores e bens pré-citados.

Considerando a luta contra as infrações de imprudência como parte integrante da ação social contra a criminalidade em geral.

Adotou as seguintes recomendações:

1. Uma atenção sempre maior deveria ser dispensada às causas e às condições que favorecem a perpetração das infrações de imprudência no mundo atual.

Uma particular importância cabe ao estudo da criminalidade de imprudência e suas condições no terreno da exploração dos meios de transporte, em particular do tráfego rodoviário, assim como em outros setores da vida social onde os atos imprudentes apresentam elevado perigo para os

* Traduzido do texto original em francês por Catherine Chauveau.

valores sociais e individuais essenciais, como também na segurança do trabalho, o emprego de novos tipos de energia e matérias, e a proteção do meio ambiente.

2. Como estratégia determinante de luta contra a criminalidade de imprudência, seria conveniente prever uma ação complexa exercida sobre os fatores criminógenos que favorecem a perpetração das infrações penais de imprudência, bem como a educação do público no espírito do senso de dever e do cumprimento das normas de segurança nesses setores.

3.a) No que diz respeito à criminalização e à descriminalização dos atos imprudentes, a solução deveria levar em consideração todos os aspectos da ação exercida pelos fatores econômicos, sociais e outros, nas condições concretas da evolução social.

b) Deveriam ser previstos como infrações à lei penal os casos de comportamentos imprudentes mais graves do ponto de vista social, acarretando uma lesão aos valores e bens sociais e individuais pré-citados.

c) Seria conveniente utilizar amplamente, no que diz respeito à prevenção e à redução dos casos de comportamento imprudente menos graves, as sanções civis e administrativas assim como as medidas de ação social e de educação.

4.a) A responsabilidade penal para os atos de imprudência deveria ser sempre conforme ao princípio da culpabilidade, na qualidade de elemento subjetivo previsto pela lei e fundado sobre o comportamento que viola as normas de segurança e prudência, levando em conta a gravidade da lesão causada, prevista ou previsível, assim como, nos casos previstos pela lei, do grau de perigo de tal comportamento.

b) Ninguém deve ser punido em razão das consequências não-intencionais de seu ato, mesmo que este constitua infração penal, senão na medida em que elas tenham sido previstas ou pudessem ter sido previstas.

5. A determinação das consequências penais de infração de imprudência deve ser fundada sobre os princípios da diferenciação e da individualização da sanção.

Para tanto, devem ser aplicadas penas não privativas de liberdade, a semidetenção ou medidas análogas. Deveria ser possível recorrer a isenções de penas, associadas ou não a medidas de ação social e de educação.

6. As pesquisas científicas no campo das infrações de imprudência devem ser realizadas em base multidisciplinar, dando-se particular atenção ao estudo de suas causas e condições, da tipologia e da classificação de medidas adequadas múltiplas e complexas, visando a sua prevenção. A gênese do comportamento do delinquente de imprudência precisa ser estudada aplicando-se as experiências da sociologia, da criminologia, da psicologia e outras ciências do homem.

Seria conveniente desenvolver ulteriormente a colaboração internacional e a coordenação dos esforços dos peritos e dos pesquisadores de diversos países no terreno da prevenção e da redução das infrações de imprudência.

SEÇÃO II

A PROTEÇÃO PENAL DO MEIO AMBIENTE

Preâmbulo

1. A questão da proteção do meio ambiente se torna premente no mundo contemporâneo. A humanidade, que se orgulha de suas realizações científicas e técnicas, se encontra diante da ameaça de autodestruição.

2. Assim sendo, é necessário tomar medidas enérgicas para proteger a vida e sua qualidade contra o que as ameaça. Essa meta implica em que sejam resolvidos os conflitos que possam surgir entre o desenvolvimento econômico e a proteção do meio natural. Ela exige igualmente uma cooperação e coordenação em escala nacional e internacional.

Recomendações no plano nacional

3. Num terreno onde convém antes de mais nada preservar o meio natural, as disciplinas não penais têm papel essencial. Porém, o direito penal deve primeiro intervir para assegurar a eficiência das regras não penais, principalmente de direito administrativo ou de direito civil. Neste domínio, o direito penal preenche portanto uma função auxiliar. É necessário igualmente que o direito penal intervenha de maneira independente no caso de atentado grave ao meio natural.

4. Para uma proteção eficaz do meio ambiente é indispensável, além da proteção da vida ou da saúde humana, a proteção de bens, tais como a água, o ar ou o solo, que constituem no momento atual, o mínimo a proteger penalmente. Além do mais, é necessário aperfeiçoar o quanto antes a proteção de outros bens, notadamente a flora e a fauna, e lutar contra as vibrações ou barulho excessivos.

5. O direito penal não se deve limitar às disposições tradicionais, mas também instituir ou desenvolver disposições específicas ao meio natural. Essas disposições deverão prever a aplicação de sanções penais, seja nas violações das regras administrativas ou judiciais, seja em qualquer outra forma de expor ao perigo o meio natural.

6. Uma vez que os atentados ao meio ambiente são mais frequentemente cometidos por pessoas jurídicas e empresas privadas, públicas ou estatais, é necessário admitir-se a responsabilidade penal das mesmas ou impor-lhes o respeito ao meio natural sob ameaça de sanções civis ou administrativas.

7. Quanto às pessoas físicas, é necessário adotar-se a responsabilidade penal em relação àquelas que cometeram materialmente o ato delituoso e dos dirigentes e agentes públicos que deram ordem ou permissão para cometer a infração, ou deixaram que a cometessem.

8. Preocupando-nos com a eficácia, não podemos limitar as sanções pecuniárias, mas prever, na medida em que o sistema jurídico o permita, uma gama de sanções notadamente a interdição temporária de produção, o fechamento da empresa, a interdição profissional, a publicidade da condenação e, nos casos mais graves, a privação da liberdade.

9. Para tornar efetivo o direito penal do meio ambiente, deve-se facilitar a prevenção, a descoberta e perseguição das infrações por uma gama de meios apropriados, dentre os quais o incentivo a uma tomada de consciência por parte da opinião pública da importância deste tipo de infrações.

Recomendações no plano internacional

10. Não basta proteger o meio natural em nível nacional. Com efeito, sua natureza é de tal monta que qualquer prejuízo devido à poluição, à exploração abusiva dos recursos ou a qualquer outra forma de atentado, pode atingir o meio natural em territórios não-nacionais, em alto mar ou no espaço cósmico.

11. A proteção é da mesma forma necessária quando atos nocivos são cometidos ou tolerados por um país contra o meio natural de outro país, ou por entidade estrangeira (pessoa física ou jurídica, navio, etc.), ou ainda que um atentado ao meio natural, por qualquer negligência, se faça de um território internacional ou nacional para outro país vizinho.

12. Deve-se então elaborar a definição internacional de futuros princípios, normas e limites de tolerância mínima cuja aplicação será primeiro realizada graças a um entendimento comum das jurisdições nacionais.

13. As agressões graves e deliberadas contra o meio natural devem ser qualificadas de crimes internacionais e punidas de maneira apropriada.

14. Os instrumentos principais consistem na elaboração ou aplicação de convenções regionais ou universais, e de códigos sobre o tema, que servirão de modelos às leis nacionais. Essas convenções obrigarão os países contratantes a sancionar penalmente os atos perigosos contra o meio natural e de prever nestes casos, a cooperação internacional em matéria penal, aí incluída a extradição.

Na falta de tais instrumentos, a aplicação extraterritorial da lei nacional pode oferecer uma solução.

15. É, por outro lado, necessário o intercâmbio de informações com respeito aos atentados contra o meio natural que afetam a comunidade internacional; da mesma forma, os órgãos existentes devem ser incentivados a acrescentar os atentados contra o meio natural, às suas atividades.

16. Urge também estabelecer os princípios de solução dos conflitos das leis, para reduzir as tensões que resultam da aplicação unilateral de leis nacionais.

17. Enfim, parece altamente desejável desenvolver a colaboração entre os países na perspectiva de jurisdições regionais, e em seguida de uma jurisdição internacional.

Conclusão geral

18. As recomendações citadas acima constituem as condições mínimas a serem cumpridas por cada país em vista de uma proteção uniforme do meio natural do interesse comum dos países em desenvolvimento e de países industrializados.

19. O conflito entre interesses econômicos a curto prazo e interesses ecológicos a longo prazo deve ser resolvido em favor desses últimos.

SEÇÃO III

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO PROCESSO PENAL

Preâmbulo

A A.I.D.P. reunida por ocasião do XII Congresso Internacional de Direito Penal, em Hamburgo, entre 16 e 22 de setembro de 1979,

Considerando a importância fundamental de salvaguardar, no processo penal, a dignidade de cada ser humano,

Considerando as convenções e os pactos internacionais e regionais com respeito aos direitos humanos e suas interpretações pelas instâncias competentes internacionais,

Consciente do fato que os princípios de direito humanitário expressos nos textos de lei nem sempre se traduzem por uma aplicação vigorosa na aplicação da justiça penal, com vista a promover, em certos terrenos específicos dos direitos humanos, um fortalecimento contínuo destes últimos através da formulação precisa de exigências mínimas,

Na esperança de que os princípios gerais teóricos elaborados serão aplicados no mundo inteiro, independentemente das fronteiras políticas, ideológicas ou religiosas, sem nenhuma discriminação,

Adota as seguintes resoluções:

1. A presunção de inocência

A presunção de inocência é um princípio fundamental da justiça penal. Ela implica notadamente que:

- a) ninguém pode ser condenado ou formalmente declarado culpado sem ter sido julgado de acordo com a lei, através de um processo judiciário;
- b) nenhuma sanção penal ou sanção equivalente pode ser aplicada a uma pessoa enquanto sua culpabilidade não ficar estabelecida nas formas previstas pela lei;
- c) ninguém terá de provar sua inocência;
- d) a dúvida deve sempre finalmente beneficiar o acusado.

2. Direitos processuais (a chamada "igualdade das armas")

A defesa tem direito a uma real igualdade no processo e disporá dos meios necessários para contestar as provas produzidas pela acusação ou produzir suas próprias provas. O acusado deverá ser informado de seus direitos em todas as etapas do processo. Toda pessoa reconhecida culpada de um crime terá direito de pedir que sua culpabilidade e sua condenação sejam revistas por tribunal superior nas formas previstas pela lei.

3. Duração do processo (speedy trial)

O processo penal deve ser encaminhado rapidamente, sem perturbar a defesa em seu direito de preparar o processo.

Para tanto:

- a) estruturas adequadas, instituições, recursos e pessoal devem ser postos à disposição em vista do funcionamento eficaz da justiça penal;
- b) prazos devem ser fixados para cada etapa do processo;
- c) deve ser possível separar processos complexos implicando vários acusados por várias acusações; esta possibilidade deve ser utilizada toda vez que parecer razoável;
- d) os esforços para despenalização devem ser empreendidos;
- e) processos penais diversos devem ser adotados para casos de gravidade diferente;
- f) a cooperação judiciária em matéria penal deve ser ainda mais facilitada;
- g) medidas administrativas ou disciplinares devem ser tomadas contra as autoridades judiciais que, intencionalmente ou por negligência, provoquem atrasos injustificados em qualquer etapa do processo;
- h) as vítimas dos atrasos da justiça devem ter direito a indenizações;
- i) pesquisas práticas e estudos devem ser feitos visando a melhorar a economia da justiça e a eficiência do funcionamento da justiça penal.

4. Questões relativas à prova

Devem ser baseados na lei todos os processos e métodos para obtenção de prova em casos criminais que interferem com direitos individuais.

A admissão de provas no processo penal deve ser decidida levando-se em conta a integridade do sistema jurídico, os direitos da defesa, os interesses da vítima e da sociedade.

- a) As provas obtidas diretamente ou indiretamente por meios que constituem violação dos direitos humanos, tais como a tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, serão inadmissíveis;
- b) ninguém pode ser condenado unicamente na base de confissões não corroboradas por outras provas.

5. O direito de permanecer calado

Qualquer pessoa acusada de ter cometido uma infração à lei penal tem o direito de se calar e deve ser informada deste direito.

6. Direito à defesa

Toda pessoa suspeita de ter cometido uma infração penal tem o direito de se defender sozinho ou de escolher um defensor em qualquer etapa do processo, e de ser informada de seus direitos.

- a) Um defensor público será designado, se, por razões pessoais, o acusado não estiver em condições de assumir sua defesa ou de providenciar nesse sentido, e nos casos graves ou complexos em que, no interesse da justiça e da defesa, tal designação for julgada necessária pela autoridade judiciária competente;
- b) o defensor designado receberá honorários razoáveis a cargo da coletividade, se o acusado não tiver meios para pagá-lo;
- c) o defensor estará autorizado a estar presente e a assistir seu cliente em todos os momentos decisivos do processo;
- d) o defensor designado terá acesso a todas as provas em poder da acusação e a todas as provas da defesa logo que possível, no mais tardar ao término do inquérito;
- e) toda pessoa detida terá o direito de ver seu defensor e poderá se comunicar em particular com o mesmo, oralmente ou por escrito; limitações deste direito só poderão ser ordenadas por um magistrado, como medida razoável de segurança;
- f) ninguém se verá prejudicado pelo fato de haver lutado, por meios legais, pela proteção dos direitos humanos no processo penal.

7. A prisão e a detenção

Ninguém será preso ou detido arbitrariamente. Ninguém será privado da sua liberdade, salvo nas condições e de acordo com o processo previsto por lei.

- a) Ninguém será preso ou detido sem que haja razões plausíveis de suspeita de que ele tenha cometido uma infração penal;
- b) a prisão e a detenção só serão efetuadas nos casos de necessidade, e serão reduzidas ao máximo no tocante à sua frequência e à sua duração. O risco de uma atividade delituosa contínua só poderá justificar a detenção preventiva quando se tratar de crimes ou delitos graves;

c) a detenção não será obrigatória, mas sujeita à apreciação das instâncias judiciais competentes;

d) medidas substitutivas serão utilizadas, quando possível, dentre as quais:

- a caução,
- os compromissos assumidos por indivíduos ou grupos de confiança,
- imposições de outras restrições,
- restrição à liberdade de movimento;

e) qualquer pessoa presa ou detida será conduzida rapidamente perante um Juiz ou autoridade judiciária autorizados pela lei a exercer suas funções e será informado de qualquer acusação a ele atribuída; após este comparecimento perante uma autoridade judiciária, ela não será entregue à autoridade que o deteve, mas ficará sob a custódia das casas de detenção ordinárias;

f) possibilidades de atividades construtivas serão oferecidas às pessoas em detenção preventiva compatíveis com a presunção de inocência;

g) a detenção preventiva administrativa não será nunca admitida no âmbito do processo penal;

h) qualquer período de detenção sofrido antes do julgamento será deduzido da execução da pena;

i) qualquer pessoa vítima de detenção ilegal, ou injustificada, fará jus à indenização.

8. Direitos e interesses da vítima

Os direitos e interesses da vítima serão protegidos:

- a) através da possibilidade de participar do processo penal, e
- b) através do direito de proteger efetivamente seus interesses civis.

9. Proteção internacional

Os governos são convidados a ratificar os pactos e convenções internacionais para a salvaguarda dos direitos humanos, a incorporar suas disposições pertinentes no direito nacional e a aceitar todas as medidas de aplicação, incluindo o direito ao recurso individual às instâncias competentes internacionais.

Resolução especial

O congresso insiste em que a Assembléia Geral das Nações Unidas adote:

- a) o projeto de convenção para a prevenção e abolição da tortura;
- b) o projeto de código das infrações contra a paz e a segurança da humanidade;
- c) o projeto de união dos princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a alguma forma de detenção ou de prisão.

SEÇÃO IV

IMUNIDADE EXTRATERRITORIAL E DIREITO DE ASILO EM DIREITO PENAL INTERNACIONAL

I. Imunidade

1. A imunidade no sentido do direito penal internacional é uma instituição do direito internacional público, que, todavia, tem repercussões consideráveis sobre a política criminal dos países. Do ponto de vista do direito penal, a imunidade pode ser considerada como isenção do direito penal material ou do direito processual.

2. Por motivos de segurança do direito, uma definição tão precisa quanto possível das condições, do alcance e dos efeitos da imunidade, por meio de convenções internacionais, é de se desejar.

3. Por considerações de política criminal, uma imunidade gradativa seria preferível. Neste âmbito, certas categorias de infrações poderiam ser excluídas da imunidade, a menos que se trate de um beneficiário de imunidade geral.

4. Só com certas reservas, a imunidade deveria ser concedida à diplomacia de conferência. As pessoas beneficiárias da imunidade e a amplitude da mesma deveriam depender do tema da conferência, da categoria dos participantes e das funções que eles desempenham no transcurso da conferência. Por motivos de segurança do direito, seria importante fixar de antemão, para cada conferência, as categorias de participantes beneficiários da imunidade e sua amplitude.

5. No setor coberto pela imunidade, esta excluiria qualquer medida de perseguição penal contra a pessoa beneficiária. Todavia serão admitidas as primeiras medidas de investigação contanto que elas não impliquem na participação da pessoa beneficiária, a menos que o país de origem o autorize de maneira expressa.

A pessoa beneficiária terá no entanto o direito de estar presente por ocasião destas medidas.

6. No interesse de uma cooperação estreita dos países do ponto de vista do direito penal, atos de assistência judiciária internacional são admissíveis, até mesmo quando vão de encontro a pessoas beneficiárias da imunidade, na medida em que não lhe sejam aplicadas coações das quais, normalmente, elas são desobrigadas.

7. A imunidade não exclui o exercício da legítima defesa, mesmo contra beneficiários, nos limites em que a legítima defesa é admitida pelo Estado que recebe.

8. O país de origem tem por obrigação processar, a partir de seu próprio direito, as infrações cometidas por pessoas beneficiárias da imuni-

dade no país que as hospeda. Aquele país deveria também resolver, no plano interno, as dificuldades jurídicas capazes de impedir a aplicação do direito penal nacional aos delitos cometidos no Exterior (ex.: repressão ao tráfico de entorpecentes cometido por pessoa beneficiária de imunidade no país que a acolheu).

9. No caso em que a imunidade tenha terminado, o país de acolhida tem o direito de processar as infrações cometidas durante a imunidade, por pessoas beneficiárias, fora do âmbito de suas funções oficiais.

10. Se fosse criada uma corte de justiça internacional penal, esta também deveria ter competência para julgar as infrações cometidas durante imunidade, no país de acolhida, por uma pessoa beneficiária.

11. As organizações internacionais deveriam, a pedido do país de acolhida, renunciar à imunidade de seus membros em caso de delito grave, a fim de tornar possível uma ação penal. Isto é particularmente importante porque em certos casos não existe país que envia com jurisdição para promover o processo.

II. Exterritorialidade

1. As áreas "extraterritoriais" permanecem inteiramente parte do território do país no qual se encontram. A soberania do país estende-se a esses espaços e é apenas sujeita a certas restrições. A noção de "extraterritorialidade" é, pois, uma ficção no que diz respeito a esses espaços; seria mais certo chamá-la de "inviolabilidade".

2. O país de acolhida não pode, em princípio, exercer medidas de coação penal em relação a áreas invioláveis.

3. Atos, que atingem áreas invioláveis, podem ser levados a efeito com o consentimento do órgão local responsável, desde que necessários ou admissíveis, de acordo com o direito do país de acolhida. Desde que se trate da proteção da referida área, pode-se presumir o consentimento do órgão responsável. Todavia, a execução destes atos deve ser imediatamente suspensa no caso de oposição.

4. Na falta de outros meios, atos que violam as áreas invioláveis são admissíveis, até mesmo contra a vontade de órgão responsável, se disso depender a proteção de pessoas que se encontram fora de tal área e estas pessoas forem atacadas a partir daquela área. Isso também é válido para a proteção de pessoas vítimas de ataques dentro de um espaço inviolável, desde que se trate de atos considerados infrações graves de acordo com o direito do país de acolhida.

5. Caso uma pessoa processada por infração que não seja de natureza política se refugiar dentro de área inviolável, o Estado responsável por tal área deverá primeiro ser solicitado, por parte do país de acolhida, a entregar

aquela pessoa. Se tal solicitação não for atendida, a extradição só poderá ser requerida mediante negociações políticas.

III. Direito de Asilo

1. Aquele que obtiver asilo será tratado, no plano penal do Estado de acolhida, em princípio, como o seria qualquer estrangeiro que reside lícitamente naquele país.

2. A concessão do asilo não significa a isenção de efeitos penal no país de acolhida. Assim sendo, o país de acolhida poderá até processar uma pessoa que tenha obtido o asilo, por infrações cometidas interiormente. Poderá ainda extraditá-la para outro país que não aquele em relação ao qual foi concedido o direito de asilo. Excluem-se, no entanto, infrações de menor importância relacionadas com a fuga do interessado e sua entrada no país de acolhida (por exemplo, falsificação de passaporte, passagem ilícita pela fronteira).

3. Os efeitos da concessão do direito de asilo deveriam, no interesse da unidade da família, estender-se também aos parentes do interessado (cônjuge, filhos menores), se houver motivos para se temer que o parente próximo, em caso de extradição, seja alvo de perseguição de caráter político, ou que alguma pressão indireta seja feita sobre o beneficiário do asilo, no sentido de fazê-lo voltar ao país em relação ao qual o asilo foi concedido. O asilo, derivado para o parente próximo, permanecerá em vigor no país que concede, mesmo se o beneficiário primário tiver sido extraditado.

4. Se a extradição for impossível ou negada, o país de acolhida deverá comunicar o fato às suas próprias autoridades competentes em matéria criminal, na medida em que o seu direito interno o permita. Ele deveria também resolver, no plano interno, as dificuldades jurídicas capazes de impedir a aplicação do direito penal nacional aos delitos cometidos no Exterior.

PREVENÇÃO DO CRIME E A QUALIDADE DA VIDA

Congresso das Nações Unidas a ser realizado em Caracas durante os meses de agosto/setembro de 1980.

O Sexto Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, a ser realizado de 25 de agosto a 5 de setembro de 1980, em Caracas, na Venezuela, terá como tema: "Prevenção do Crime e a Qualidade da Vida."

A temática geral será examinada nos cinco tópicos seguintes:

- 1) — Tendências em matéria de crime e estratégias da prevenção.
- 2) — Justiça para menores: antes e depois do surgimento da delinquência.
- 3) — Crime e abuso de poder: delitos e delinquentes acima da lei?
- 4) — Desinstitucionalização do sistema correcional e suas implicações para os presos residuais.
- 5) — Normas das Nações Unidas e orientações em justiça criminal: da padronização à implementação.

Além disso, especial atenção será dada à questão da pena de morte. O impacto das conclusões e das recomendações do Quinto Congresso será, também, examinado. Estas incluem, entre outras, a Declaração sobre a proteção de todas as pessoas de não serem submetidas à tortura ou a qualquer outro tratamento desumano ou degradante.

Como regular expressão das atividades das Nações Unidas na prevenção do crime e no tratamento dos delinquentes, esses Congressos intergovernamentais têm sido convocados a cada cinco anos, a partir de 1955. Os Congressos anteriores foram realizados em Genebra (1955 a 1975), em Londres (1960), em Estocolmo (1965) e em Quioto (1970).

Esta é a primeira vez que o Congresso será realizado em um país em desenvolvimento. É, também, a primeira vez que um país latino-americano servirá como anfitrião para o Congresso.

Os Congressos das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes são convocados para discutir os assuntos de interesse internacional a respeito da prevenção do crime e da justiça criminal e para determinar a política das Nações Unidas sobre o tema.

Qualquer indagação relativa ao Congresso deve ser dirigida ao Secretário Executivo do Sexto Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, Nações Unidas, DC 1.018, 1 United Nations Plaza, New York.

FILIPPO GRAMATICA

Faleceu, em Nápoles, no dia 29 de junho de 1979, Filippo Gramática, que foi, em 1945, o criador do movimento de defesa social e da Sociedade Internacional de Defesa Social, em 1949. O V Colóquio Internacional das quatro grandes associações, que se realizará no próximo ano, em Belágio, na Itália, será dedicado à memória de Filippo Gramática.

GESTÃO FRAUDULENTA OU TEMERÁRIA. SOCIEDADE DE CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTOS

As sociedades de crédito, financiamento e investimentos surgiram após a segunda guerra mundial, e seu mais remoto antecedente legislativo é o DL n.º 7.583, de 25/5/45. Este Decreto-Lei e o de n.º 9.603, de 16/8/46, que proibiu o recebimento de dinheiro em depósito e a utilização de cheques, foram complementados e regulamentados através de numerosas Portarias do Ministério da Fazenda (Portaria n.º 88, de 8/6/45, substituída pela de n.º 309; de 30/11/59, vigente, com alterações; n.º 188, de 21/6/60, e n.º 246, de 10/6/63), a que vieram depois acrescentar-se numerosas resoluções e circulares do Banco Central. Como se sabe, o nosso direito financeiro, curiosamente, se constitui através de atos administrativos, das resoluções e circulares do Banco Central e do Conselho Monetário Nacional.

As companhias de crédito, financiamento e investimentos são sociedades **mistas**, porque se ocupam com o **crédito** e o **financiamento** (operações que se relacionam com a concessão de crédito, a médio e a longo prazo) e com o **investimento** (aplicação de capitais nas melhores condições possíveis). Cf. Portaria 309, itens III, XXI,

incisos I e XXVI. O DL n.º 7.583 falava em **crédito**, financiamento e investimento, e esta designação foi julgada por alguns repetitiva ou redundante. WALDEMAR FERREIRA entendia que **crédito** é o gênero de que financiamento é espécie, mas PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, 1966, v. LI, p. 299) distinguia entre as companhias: a) — de crédito; b) — de financiamento; c) — de investimentos, e d) — **mistas**, ou sejam, as que se ocupam com as várias atividades.

As sociedades de crédito, financiamento e investimentos desenvolveram-se, extraordinariamente, com a intensificação da industrialização, a partir de 1950, e o emprego de prazos cada vez mais longos a comercialização de produtos, o que passou a exigir a necessidade de financiamento seja ao produtor, seja ao consumidor. Cf. GORDILHO DE PROENÇA ("Reformas do Mercado de Capitais", no volume *O Mercado de Capitais*, ARNOLD WALD, coordenador, Rio, 1970, p. 134). Igualmente, ALOYSIO LOPES PONTES (*Instituições Financeiras Privadas*, Rio de Janeiro, Forense, 1972, p. 24 e ss). Como ex-

plicou ERNANE GALVEAS, em conferência proferida na E.S.G., as instituições financeiras não-bancárias desempenham, tão-somente, a função de intermediários para a transferência de fundos.

Com a implantação do sistema financeiro nacional, a partir de 1964 (principalmente com as Leis n.ºs 4.595 e 4.728), distinguem-se hoje claramente as instituições financeiras bancárias (que integram o Sindicato dos Bancos) e as instituições não-bancárias (enquadradas no Sindicato das Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimentos). Estas últimas são: sociedades de crédito, financiamento e investimentos; Bancos de Investimentos; sociedades de crédito imobiliário; associações de poupança e empréstimo; sociedade distribuidora, além de outras instituições integrantes do sistema. Esta pequena explanação basta para os nossos efeitos.

As sociedades de crédito, financiamento e investimentos não estão previstas na longa enumeração que faz a lei de economia popular, ao tratar da gestão fraudulenta ou temerária, não havendo, pois, em relação a elas, tipicidade.

O art. 3.º, IX, Lei n.º 1.521, reproduz literalmente o art. 2.º, IX, do DL n.º 869, de 18 de novembro de 1938, que foi nossa primeira lei de economia popular. Isto significa que, ao reelaborar-se essa lei, em 1951, nenhum esforço se fez, no sentido de aperfeiçoar e de atualizar a enumeração das instituições ali previstas, permanecendo no texto um enunciado evidentemente obsoleto.

Dispõe a lei: "Gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construção e de vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raifeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas, sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais, com prejuízo dos interessados."

Analisaremos, a seguir, as várias categorias de instituições mencionadas pela lei.

a) Bancos ou estabelecimentos bancários

As sociedades de crédito, financiamento e investimentos são instituições financeiras não-bancárias (cf. ALOYSIO LOPES PONTES, *Instituições Financeiras*, cit., p. 14). A expressão "estabelecimentos bancários" referia-se às antigas Casas Bancárias, hoje extintas. As Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimentos JAMAIS FORAM EQUIPARADAS A BANCOS COMERCIAIS e nada tinham a ver com as antigas Casas Bancárias, que não passavam de pequenos bancos. Cf. *Instituições Financeiras Bancárias e Instituições Financeiras Não-Bancárias*, Sindicato das Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimentos da Guana-

bara e de São Paulo, mimeografado, s/d., p. 7.

b) Estabelecimentos de capitalização

As Sociedades de capitalização são as que realizam com seus clientes **contratos de capitalização**. Trata-se de contrato pelo qual, mediante o pagamento de mensalidades, o contratante receberá, em certo período, o capital acumulado, mais os juros e outras vantagens. Essas sociedades foram disciplinadas pelo Decreto n.º 22.456, de 10/2/33, que, em seu art. 1.º, definia as operações de capitalização. Assim, no parágrafo único, dispunha: "As únicas sociedades que poderão usar o nome de capitalização serão as que, autorizadas pelo governo, tiverem por objetivo oferecer ao público, de acordo com os planos aprovados pela Inspetoria de seguros, a constituição de um capital mínimo perfeitamente determinado em cada plano e pago em moeda corrente, em prazo máximo indicado no dito plano, à pessoa que subscrever ou possuir um título segundo cláusulas e regras aprovadas e mencionadas no mesmo título."

É evidente que as sociedades de crédito, financiamento e investimentos nada têm a ver com as sociedades de capitalização.

c) Sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias

Aqui a lei se refere às empresas de seguros privados e às inúmeras instituições privadas de previdência e montepio. Isso nada tem a ver com as nossas empresas, como é óbvio.

d) Sociedades para empréstimo ou financiamento de construção e de venda de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou cotas

A disposição da lei pode ser aplicada às sociedades de crédito imobiliário, instituídas pela Lei n.º 4.380, de 21/8/64. Essas sociedades estão vinculadas ao BNH e nada têm a ver com as nossas sociedades.

e) Caixas Econômicas

Existe apenas uma Caixa Econômica Federal, que é hoje empresa pública (DL n.º 759, de 12/8/69). Estamos aqui também inteiramente fora de nosso assunto.

f) Caixas Raifeisen — Caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos

Também aqui a lei alude a instituições que nada têm a ver com as sociedades de crédito, financiamento e investimentos. Aqui nota-se, por igual, a técnica precária da lei. Caixas Raifeisen, como bem observou o então senador e saudoso professor FERREIRA DE SOUZA, "são apenas modalidade econômica de sociedades cooperativas de crédito", de modo que, aludindo mais abaixo a "cooperativas" (gênero), nenhum sentido haveria em falar em Caixas Raifeisen (espécie). Cf. SOUZA NETO, *Júri de Economia Popular*, Rio de Janeiro, Forense, p. 106.

g) Caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria

Aqui, por igual, nada se refere a sociedades de crédito, financia-

mento e investimentos. O legislador se repete: caixas de pecúlio, pensão e aposentadorias são o mesmo que sociedades de pecúlios ou pensões vitais, a que acima já se referira.

h) Cooperativas

Falando de cooperativas, sem mais nada, o legislador aqui incluiu todas as inúmeras espécies de cooperativas; de consumo, de produção, de venda, de crédito, etc. Aqui estão também as Caixas Raifeisen.

As cooperativas são sociedades de pessoas, e não de capitais (art. 2.º, D. n.º 22.239, de 19/12/33). Têm a finalidade de financiar a produção ou o consumo de bens ou fornecer crédito a seus associados, sem intuito de lucro. Assumem caráter comercial quando distribuem dividendos, beneficiam industrialmente o produto de seus associados ou quando fazem habitualmente operações de compra e venda. Cf. ALOYSIO LOPES PONTES, *Instituições Financeiras*, cit., p. 138.

Isso nada tem a ver com as sociedades de crédito, financiamento e investimentos.

i) Caixas construtoras — Sociedades de economia coletiva

Esgotando a enumeração legal encontramos referência a “sociedades de economia coletiva”, que pode dar lugar a dúvidas. A expressão não tem significação técnica em nosso direito financeiro atual, onde é absolutamente desconhecida. Tem apenas significação histórica.

O Decreto n.º 24.503, de 29/6/34 (que era, em realidade, como todos os decretos daquele período pós-revolucionário, uma lei), refere-se expressamente às caixas construtoras como “Sociedades de Economia Coletiva”. Nesse Decreto encontramos uma interpretação autêntica, no seu art. 1.º: “As Sociedades de Economia Coletiva, chamadas, também, caixas construtoras, têm por objeto facilitar, sob os princípios da cooperação e associação, empréstimos sem juros, com juros recíprocos, ou por sistema misto, destinados à compra, construção e reconstrução de prédios, aquisição de terrenos, quando simultaneamente contratada a construção de prédios sobre os mesmos, e constituição e resgate de hipotecas.”

Os **consideranda** desse decreto diziam também: “Atendendo a que as Sociedades de Economia Coletiva, também chamadas “Caixas Construtoras”, podem concorrer satisfatoriamente para solução do problema da habitação, beneficiando assim a economia nacional, a exemplo das congêneres estrangeiras...”

É claro que, falando de Sociedades de Economia Coletiva, num texto de 1938 (a velha lei de economia popular), o legislador estava se referindo às sociedades que disciplinara em 1934. Dir-se-á que a lei também fala em “caixas construtoras”, e é verdade, mas este não será um defeito isolado nesse texto tão imperfeito. Já acima se falara de sociedades para empréstimos ou financiamento de construção e de venda de imóveis sendo desnecessária e repetitiva a nova referência a “caixas construtoras” ou a “sociedades de economia coletiva”.

Poderíamos ser tentados a encontrar uma definição moderna de “Sociedades de Economia Coletiva”. Isso não seria nada fácil, na ausência completa de definição de tais sociedades, seja no direito comercial, seja no direito financeiro. O Direito Penal é aqui necessariamente subsidiário, estabelecendo a sanção penal para ilícitos configurados com instituições que encontram definição jurídica em outros setores do ordenamento.

Analisando-se o D. n.º 24.503, percebe-se que as “Caixas Construtoras”, também chamadas “Sociedades de Economia Coletiva”, eram, em realidade, uma espécie de sociedade que se fazia com o capital dos participantes, aproximando-se, sob esse aspecto, das cooperativas.

O que é certo é que não teria sentido algum, à luz da interpretação autêntica de nosso direito, imaginar que uma Sociedade de Crédito, Financiamento e Investimentos pudesse constituir uma “Sociedade de Economia Coletiva”.

Conclusão a que se tem de chegar é que o texto anacrônico, defeituoso, e quase diríamos arcaico, do velho DL n.º 869, reproduzido pela L. n.º 1.521 não se ajusta às exigências da vida moderna. O nosso mercado financeiro sofreu profunda transformação e modernizou-se, a partir de 1964, e se se pretende incriminar a gestão fraudulenta, ou temerária de novas sociedades, é preciso fazer uma nova lei de economia popular. Em relação a empresas de crédito, financiamento e investimentos, esse crime não pode jamais configurar-se, por falta de previsão legal.

A jurisprudência não se tem ocupado com o problema que analisamos. Todavia outros importantes aspectos existem na exegese do texto objeto de larga controvérsia. Trata-se de saber se a falência ou a insolvência constituem **condição objetiva de punibilidade**, a ser declarada preliminarmente pela instância civil. Nossa resposta é afirmativa. As condições objetivas de punibilidade são, como se sabe, condição da ilicitude penal, e, pois, elemento essencial do crime (cf. FRAGOSO, *Lições*, p. 206).

A opinião da doutrina é uniforme. NELSON HUNGRIA (*Dos crimes contra a economia popular*, Rio de Janeiro, Livraria Jacintho, 1939, p. 67), com sua grande autoridade, ensinava, estudando o crime de que se trata: “No caso de falência ou de insolvência, o processo penal ficará dependente de declaração ou reconhecimento de uma ou de outra, no juízo cível ou comercial.”

Assim também SOUZA NETO (*Júri de Economia Popular*, Rio de Janeiro, Forense, 1952, p. 109): “A fraude e a gestão temerária têm que levar à falência ou à insolvência, nos termos da legislação comercial ou civil, para que se complete o delito.”

Incisivo é também ELIAS DE OLIVEIRA (*Crimes contra a Economia Popular*, p. 153): “**Condição de punibilidade**. Nos casos de falência ou de insolvência, embora esgotada a série de atos executivos até ao **sumatum opus**, com que se tornou **perfeito o delito**, é preciso, porém, aguardar a **condição de punibilidade**, que é, respectivamente, no juízo comercial e no cível, a sentença declaratória da

falência ou da insolvência, transitada em julgado, para legitimar o procedimento criminal."

Em decisão antiga, já o STF, no RHC 37.022, salientou que, se o crime de gestão fraudulenta ou temerária é condicionado por lei à superveniente falência ou insolvência da entidade gerida, como tal se deverá compreender somente aquele estado que decorre de decisão transitada em julgado.

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Alçada de São Paulo, no RCr. 51.702, relator o Juiz ABREU SAMPAIO.

Vejam-se, por igual, as seguintes ementas de decisões, que constituem apenas uma amostragem do que têm decidido os tribunais. "O crime de gestão temerária ou fraudulenta só se caracteriza em face da verificação do prejuízo dos interessados. Enquanto se processa a falência, não se consuma o delito, porque só depois de findo se pode apurar esse prejuízo" (Revista Forense, v. 99/752).

"Gestão fraudulenta de estabelecimento bancário. Caso em que não houve falência, não sendo de insolvência a situação do banco. Inexistência, outrossim, de prejuízo aos credores. Decisão absolutória confirmada" (Rev. Tribs. 303/420).

"Insolvência de banco ainda não declarada por decisão judicial transitada em julgado. Ausência de justa causa, portanto, para a ação penal. Concessão de habeas corpus para trancamento desta" (Rev. Tribs. 304/453). No mesmo sentido, Rev. Tribs. 304/449; 334/279.

"Gerência fraudulenta de estabelecimento de crédito. Cooperativa. Inexistência, porém, de sentença declaratória da insolvência da mesma. Absolvição decretada" (Rev. Tribs. 343/308).

"Gestão fraudulenta. Delito não configurado. Ausência de falência ou de prova cabal da insolvência da sociedade dirigida pelo acusado. Absolvição decretada" (Rev. Tribs. 444/300).

Em sentido contrário existem, por igual, numerosas decisões: Rev. For. 156/345; Rev. Tribs. 296/467; 312/356; 322/373; 327/408. Entendendo que basta a liquidação extrajudicial, cf. Rev. Tribs. 259/289; 503/291.

Falência é conceito jurídico. Por definição inexiste sem declaração judicial. O mesmo se diga da insolvência. Nem se afirme que as instituições financeiras não estão sujeitas à falência. O que não se admite é a concordata (art. 45 e parágrafo único, L. n.º 4.585). A falência é possível, como se pode ver bem pelo art. 1.º, L. n.º 6.024, de 13/3/74, que trata da liquidação extrajudicial, "sem prejuízo da falência". O art. 21, "b" da referida lei, dá competência ao liquidante, autorizado pelo Banco Central, para requerer a falência, se o ativo for insuficiente ou houver fundados indícios de crimes falimentares.

A liquidação é possível também quando a empresa não está em condições de operar normalmente, em razão de ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira, o que pode resultar de crises de liqui-

dez, não atendida pelos mecanismos que hoje protegem as instituições financeiras do mercado. A liquidação extrajudicial, portanto, não é prova de insolvência e, muito menos, de falência.

Trata-se de gerir sociedades. Essa é basicamente a conduta que corresponde ao núcleo do tipo. Gerir é atividade continuada, pressupondo habitualidade. Um ato isolado não constitui gestão. Uma fraude isolada praticada pelos administradores de sociedades não será nunca uma gestão fraudulenta, mas apenas, eventualmente, um estelionato. Gestão fraudulenta só pode ser a atividade continuada e habitual que envolva artifícios, ardis ou estratégias enganosos, para induzir em erro outros membros da sociedade, os fornecedores ou os consumidores e clientes. (Nota de H.C.F.)

INDÍCIOS

No Julgamento da Rev. Cr. 354, o Pleno do eg. Tribunal Federal de Recursos, à unanimidade de votos, afirmou existir "ausência total de prova incriminatória" num caso em que a condenação "se alicerça em indícios e presunções" (DJ 15/mar./78, p. 1.328). O acórdão, que teve por relator o eminente Ministro Jarbas Nobre, estimula uma investigação sobre a natureza da prova indiciária.

Os indícios — disciplinados no art. 239 CPP — constituem uma classe de prova especial e delicada. Se superada está a polêmica a respeito de sua relevância, exige-se o maior rigor na técnica de sua avaliação.

Em primeiro lugar, como lembra Tornaghi, "a lei não considerou o indício idôneo para provar a existência do fato, mas apenas de suas circunstâncias. Primeiro é preciso demonstrar, por outros meios, que houve a infração; depois, então sim, é possível concluir, por indícios acerca de circunstâncias, de acidentes do crime" (Instituições de Processo Penal, Ed. Saraiva, 1978, v. 4.º, p. 162). Não é por outra razão que em tantas passagens do Código de Processo Penal encontramos conjugadas as expressões "prova da existência do crime" e "indícios da autoria" (arts. 312, 408, etc.). Do próprio teor do art. 239 do CPP, depreende-se com toda a clareza, que o indício autoriza conclusões somente a respeito de circunstância(s), ou seja, de *accidentalia delicti*. Esta é uma lição antiga: tratando dos indícios, Bonnier dizia que a primeira das condições para seu acionamento estava na prévia constatação do crime ("*la constatation préalable du délit*" — cf. *Traité des Preuves*, Paris, 1.888, p. 667). Já se observou que os erros judiciais aparecem precisamente quando — não demonstrada por prova idônea o próprio delito — articula-se um raciocínio por indícios sobre a autoria.

A tradição jurídica luso-brasileira referenda a posição de Tornaghi, no sentido de que a existência do crime não se prova com indícios. Sempre se entendeu que o crime é demonstrado com provas diretas, das quais a principal é o corpo de delito, enquanto que aos indícios se reserva, à míngua de melhores elementos, a função de apontar o autor do crime. Não é gratuitamente que a *vox "indiciado"* se refere ao suspeito autor do delito, substantivando-se.

Vale a pena rever essa tradição: "O corpo de delicto somente prova o delicto, porém não mostra o delinquente. He preciso que alguém seja legitimamente indiciado para ser pronunciado Réo" (Pereira e Souza, **Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal**, Lisboa, 1806, p. 55). "Quanto à prova do facto, a deducção é raramente aplicável porque se a logica nos revela as consequencias do facto, ella não pôde fazer-nos conhecer os mesmos factos" (Paula Pessoa, **Código de Processo Criminal de Primeira Instancia do Brazil**, Rio, 1899, p. 146). "O corpo do delicto pôde demonstrar somente que houve crime, mas não quem foi o delinquente" (Pimenta Bueno, **Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro**, Rio, Ed. Garnier, 3.^a ed.). "Quando o Juiz não obtenha pleno conhecimento do delicto ou indícios vehementes de quem seja o delinquente, declarará nos autos que não julga procedente a queixa ou denúncia" (João Mendes, **O Processo Criminal Brasileiro**, Rio, 1901, v. II, p. 171). "Para que as presunções, como conclusões racionais necessárias, dêem lugar à condenação, é necessário o concurso dos seguintes requisitos: a) que o fato material esteja plenamente provado, tal seja a morte da vítima, as lesões, etc." (Borges da Rosa, **Processo Penal Brasileiro**, Porto Alegre, 1942, v. II, p. 111).

Desenganadamente, os indícios não se prestam à demonstração do facto, e sim de suas circunstâncias — e especialmente à demonstração da autora. Condenar, dando o fato por provado mediante indícios, é um equívoco, que já fundamentou inúmeros erros judiciários. Não é por outra ra-

zão que Leone chama o processo indiciário de "il più angoscioso problema della giustizia penale" (Nápoles, 1961, v. II, p. 166).

Por outro lado, qual o comportamento lógico do raciocínio indiciário? Apesar de o art. 239 do CPP falar em indução, o que se passa aí é "**precisamente el inverso de la inducción**" (Delleplane, **Nueva Teoria de la Prueba**, Bogotá, 1972, p. 58; cf. também Tornaghi, op. cit., p. 159), porque se parte de uma proposição geral para uma particular. Temos uma dedução imperfeita, que na verdade se chama inferência analógica, porque "**consiste en una deducción apoyada en una inferencia inductiva previa**" (Delleplane, op. cit., p. 59).

A premissa maior é a **regra da experiência**, baseada naquilo que costuma suceder (*id quod plerumque accidit*). A premissa menor é a circunstância indiciária, que deve estar conhecida e provada. A conclusão é a circunstância probanda.

Regra da experiência: quem anda sobre terreno enlameado fica com os sapatos sujos de lama.

Circunstância indiciária: os sapatos de Tício estão sujos de lama.

Circunstância probanda: Tício esteve em terreno enlameado.

De pronto se verifica o relevo da **segurança** da regra da experiência. Por isso Messina situava como exigência do mérito probatório dos indícios "a certeza da proposição geral" (apud Espínola Filho, **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, Rio, 1965, v. III, p. 189). Por isso Delle-

plane afirma que "qualquer incerteza inerente à lei empírica e contingente que serve de premissa à inferência analógica afeta necessariamente a conclusão extraída" (op. cit., p. 60). Por isso Tornaghi proclama que "o valor da prova indiciária depende, em primeiro lugar, da natureza da premissa maior" (op. cit., p. 164). No exemplo acima proposto, a premissa maior se baseia na observação de que, por força da lei da gravidade, o homem não voa por si, e os detritos de um terreno lamacento aderem ao calçado que ele usa. É uma regra da experiência bastante segura.

Em segundo lugar, é necessário que a circunstância indiciária esteja plenamente demonstrada. No exemplo proposto, é de mister que o fato dos sapatos de Tício estarem sujos de lama esteja provado limpidamente.

O raciocínio indiciário fica prejudicado tanto quando a premissa maior consistir numa regra de experiência insegura ou inaceitável, quanto se a premissa menor (circunstância indiciária) não se apresentar indiscutivelmente provada. Vencidas tais exigências, a conclusão — Tício esteve em terreno enlameado — pode ser inserida no quadro geral da prova.

Entretanto, o valor probatório (ou a **significação**) do indício tem ainda que ser submetido a uma espécie de "teste de confirmação". Malatesta recomendava que "a força probatória particular de qualquer indício deve avaliar-se em concreto" (**A Lógica das Provas em Matéria Criminal**, trad. A. Correia, S. Paulo, 1960, v. I, p. 276); surge aí toda a problemática

dos **contra-indícios** (cf. Mittermayer, **Tratado da Prova em Matéria Criminal**, trad. A. Soares, Rio, 1969, p. 366). Através dos contra-indícios, vulnera-se o poder lógico do raciocínio indiciário, na medida em que se demonstra o que a jurisprudência brasileira chama de "hipótese favorável ao réu", isto é, que a premissa menor não tem a significação que se lhe concede. No exemplo com que trabalhamos, haveria um contra-indício na demonstração de que Tício esteve em outro terreno enlameado, diverso daquele no qual fora praticado o crime.

Os tribunais brasileiros tradicionalmente se preocupam com este aspecto. Espínola Filho transcreve antigas decisões nas quais a Corte Suprema e o TJ do então Distrito Federal exigiam que os indícios fossem "**exclusivos de qualquer hipótese favorável ao réu**" (op. cit., p. 177). Num trabalho recente, Heber de Moraes e Batista Lopes, após recordarem uma "regra da experiência" que poucas vezes é insegura (o brocardo "as aparências enganam"), transcrevem a seguinte decisão do TA Crim. SP: "A prova indiciária somente é bastante à incriminação do réu, quando formadora de uma cadeia concordante de indícios sérios e graves, unidos por um liame de causa e efeito, **excludentes de qualquer hipótese favorável ao acusado**" (**Da Prova Penal**, Campinas, 1977, p. 181).

Uma condenação baseada em prova circunstancial, o que é normalmente repellido (RT 450/380; RF 245/311), deve sempre considerar se tal prova não está "neutralizada por

contra-indícios" (A. Franceschini, *Jurisprudência do TA Crim. SP*, S. Paulo, 1976, v. III, p. 497, n.º 5.358).

Tudo isso se agrava em hipóteses nas quais se apresentam indícios "anfibiológicos", para usar a designação de Döhring; dessa modalidade de indícios disse Reik que eles se emprestam, como as prostitutas, a quem queira deles se servir (Erich Döhring, *La Prueba*, trad. T. Bonzhaf, B. Aires, 1972, p. 346-347).

Leone tinha toda razão quando se referia ao caráter angustioso dos indícios na justiça criminal. (Nota de Nilo Batista.)

ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. AÇÃO PENAL SUBSEQUENTEMENTE PROPOSTA. CONCEITO DE "PROVA NOVA"

Interpretando situação derivada do art. 18 do Código de Processo Penal, estabeleceu o Supremo Tribunal Federal, na Súmula 524: "Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas." Não se discute seja esta orientação tranqüila nos tribunais, e especialmente na Corte Suprema. Veja-se RF 246/403; RTJ 57/881; RTJ 62/619; RTJ 63/620; RTJ 64/40. Veja-se Azevedo Franceschini, *Jurisprudência do TA Crim. SP*, S. Paulo, 1975, v. II, p. 442 (n.º 3.193).

Pois bem: a forma mais ingênua de fraudar esta orientação consiste na simulação de prova nova. O Ministério Público, ou o lesado, faz anexar aos autos um papelório sem qualquer expressão, ou promove a oitiva

de uma ou duas testemunhas que nada sabem, ou simplesmente repetem aquilo que já se sabia. Será isto "prova nova"?

Parece claro que não, e a doutrina vem ao socorro de tal conclusão. As "novas provas" devem ter o condão de alterar o quadro probatório de que dispunha o MP, quando requereu o arquivamento. Por isto, ensina Tourinho Filho: "se, com as novas provas, com as novas investigações, houver elemento que possibilite a propositura da ação penal, esta será promovida" (*Processo Penal*, Bauru, 1975, v. I, p. 211). Ary Franco afirmava que a denúncia poderia ser oferecida "se outras provas convincentes vierem a surgir" (*Código de Processo Penal*, Rio, 1969, v. I, p. 83).

Com sua proverbial sagacidade, ensina Tornaghi: "nada impede que novas provas modifiquem a matéria de fato, dando ensejo ao procedimento" (*Instituições de Processo Penal*, S. Paulo, 1977, v. II, p. 253). Em outra obra, deixa claro que o efeito da prova nova é de fazer "desaparecer o motivo do arquivamento" (*Compendio de Processo Penal*, Rio, 1967, t. II, p. 467).

Frederico Marques, endossando opinião de Bento de Faria, define o sentido da expressão, esclarecendo que por "provas novas" "se entendem as que não foram apreciadas, mas não a nova conceituação das que foram produzidas". E reproduz o ensinamento de Marconi-Morongiu, nos termos seguintes: "nuove prove, non diversa valutazione dei fatti già accertati" (*Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, 1965, v. II, p. 173).

Ora, resulta cristalino que a prova nova, atenta à própria designação, deva inovar a matéria de fato: uma testemunha presencial que surge, uma confissão espontânea do indiciado que antes negara, um documento dado como perdido que aparece, um exame pericial só então possível, etc.

No julgamento do RHC 57.191-3 RJ, decidiu a 2.ª Turma do STF que as novas provas, capazes de autori-

zar início da ação penal, "serão somente aquelas que produzem alteração no panorama probatório dentro do qual fora concebido e acolhido o pedido de arquivamento". Reza ainda a ementa da decisão: "a nova prova há de ser substancialmente inovadora e não apenas formalmente nova" (DJ 5/out./79, p. 7.443). Foi relator da matéria, em nossa opinião perfeitamente dilucidada, o eminente Min. Décio Miranda. (Nota de Nilo Batista.)

VERSELE (S.C.), *Le Droit et la Justice*, Bruxelas, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1979, 400 p.

O desaparecimento de Severin-Carlos Versele constituiu perda deplo-rável para a ciência criminológica, que ele elevou, com brilho e inteligência invulgares, a níveis excepcionais. Ele realizou vasta carreira, tendo sido aluno de Etienne De Greef. Foi também antigo magistrado do Tribunal de Bruxelas, diretor do Centro de Sociologia do Direito e da Justiça, criado por sua iniciativa no Instituto de Sociologia da Universidade Livre de Bruxelas. Funcionou por diversas vezes como perito e consultor da ONU, sendo a figura mais representativa de seu país no setor de atividades a que se dedicava.

Versele deixou obra esparsa e variada, publicada em geral em revistas de âmbito internacional, em numerosos idiomas. Com a sua morte, seus amigos decidiram reunir em livro um conjunto de 18 trabalhos seus, dispostos em ordem cronológica. Trata-se dos melhores ensaios e relatórios feitos por Versele, formando um conjunto bem representativo de seu pensamento. O volume se inicia com um antigo estudo sobre o exame de personalidade do delinquente, de 1949, e inclui trabalhos sobre a reincidência, a magistratura, participação do público na administração da justiça, pesquisa criminológica, proteção de menores, delinquência de colarinho branco, política criminal, etc. O volume termina com uma bibliografia, que permite bem apreciar a obra fecunda realizada pelo autor.

Esta revista publicou recentemente um dos trabalhos incluídos nesta coletânea. Os amigos brasileiros de Versele o conservam na memória e lamentam a sua morte. Com ele desaparece um dos mais lúcidos e competentes estudiosos da Criminologia de nosso tempo.

H.C.F.

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, *A Criminologia da Repressão*, Rio de Janeiro, 1979, Ed. Forense, 120 p.

O volume em epígrafe marca a primeira exposição completa, no Brasil, dos fundamentos da corrente que se conhece por "nova criminologia", ou "criminologia crítica", ou ainda "criminologia da reação social". Tal expo-

sição se desenvolve através de uma crítica aos positivismos criminológicos, que o Autor realiza com grande rigor e agudeza.

Ao cabo de densas cento e poucas páginas, Juarez Cirino dos Santos, com invulgar coerência, demonstra a proposição fundamental dessa nova criminologia: a desconsideração da estrutura normativa, na apreciação do episódio da violação da norma, converte a teoria criminológica numa atividade que só questiona a metade do problema, e gera o que ele chama de uma "ciência das aparências objetivas". Essa teoria, em contrapartida, está dispensada de formular indagações à própria estrutura normativa, e é assim um instrumento de sua legitimação e permanência. Se o crime é determinado por predisposições biológicas ou por óbices pessoais a uma adequada aculturação, estamos todos liberados de inquirir as formas de organização social, de produção e distribuição de bens, e até as instituições a serviço dessas formas; tudo está certo, menos, é claro, o comportamento desviante, do qual cuidamos na universidade, em abstrato, e na cadeia, em concreto.

Este livro marca um estágio alcançado pelos estudos criminológicos no Brasil, e está fadado a uma bela carreira.

É admirável que a Fundação Universidade Estadual de Londrina e a CAPES tenham criado condições para que o presente trabalho fosse elaborado. Não é comum, nos administradores universitários brasileiros, a capacidade de entrever a significação de empreendimentos dessa natureza.

Nilo Batista

MICHEL FOUCAULT, *Vigiar e punir, Nascimento da prisão*, trad. Lígia M. Pondé Vassallo, Petrópolis, Vozes, 1977, 277 p.

O aparecimento do importante livro de Michel Foucault já foi comentado nestas páginas (RDP 19/20, 98). A correta tradução brasileira põe ao alcance de nosso leitor comum um dos mais sugestivos e penetrantes estudos sobre o surgimento da prisão, como técnica e instrumento de controle social, no sistema disciplinar que se origina no séc. XVIII.

Lamentamos que a edição brasileira tenha empobrecido a obra original, apresentada pela Gallimard de forma impecável. Todas as citações foram compostas em corpo reduzido, tornando a leitura difícil e desagradável, com as notas situadas ao fim de cada uma das seções, e não nos rodapés, como na edição original. Sendo muito numerosas, as notas obrigam o leitor a uma operação incômoda, estando assinaladas por números minúsculos.

Que os defeitos gráficos da edição brasileira não sirvam para afastar o leitor deste livro, que recomendamos sem reservas.

H.C.F.

G. CARMIGNANI, *Elementos de Derecho Criminal*, Bogotá, Ed. Temis, trad. Antonio Forrero Otero e J. Guerrero, 1979.

O movimento editorial colombiano é responsável, na atualidade, pelo maior número de traduções de alto nível técnico na área da ciência penal, numa realização de inegável importância, não somente em razão da barreira da língua, como também pela dificuldade de acesso à obra de autores europeus, com frequência esgotadas.

Assim é que a conhecida Editora Temis de Bogotá tem entregue ao público as notáveis traduções de célebres e extensas obras gerais, como *Programa* e os *Opúsculos*, de Carrara; a *Genesi* de Romagnosi; o *Derecho Penal*, de Maggiore; o *Manual*, de Ranieri, além de trabalhos do valor de Mommsen, Busch, Scarano e agora a de Carmignani.

É bem verdade que já tínhamos ótimas traduções realizadas na América Latina como a da obra de Manzini, a de Carrara (famosa tradução de Soler feita em 1944), a parte geral da Antolisei, Bettiol e inclusive de preciosas obras alemãs como as monografias de Frank, Goldschmidt, Bockelmann, A. Kaufmann, Dohna e os trabalhos de Welzel, Baumann, Kern, sendo de salientar, ainda, as monografias de Aldo Moro e Latagliata. A professores brasileiros também se devem excelentes traduções, como o *Tratado*, de V. Liszt, Bettiol, Bataglini, e ultimamente o de Wessels.

Na Europa é sensível a contribuição espanhola com as traduções de Pessina, Merkel, V. Liszt, Mezger, Maurach, Roxin, Sauer e Gallas. Uma ou outra obra foi vertida do alemão para o idioma italiano como o *Manual*, de V. Hippel; o *Compêndio* de Binding, além de Mezger e Würtenberger. Todas estas traduções exercem considerável influência, ao difundir o pensamento de mestres que trouxeram ensinamentos fundamentais para a evolução da dogmática penal.

No caso da presente resenha, a importância da empresa é muito grande, se considerarmos que tal obra foi escrita inicialmente em latim clássico, sendo raro conseguir-se, entre nós, a edição italiana.

Esta tradução em espanhol, lançada pela Ed. Temis, foi realizada por Antonio Forrero Otero, com revisão técnica e tradução das notas por Jorge Guerrero, tomando por base a 1.^a edição milanese anotada por Filippo Ambrosoli (*Elementi di Diritto Criminale*, Milão, 1863), usando-se também a 5.^a edição latina (*Juris Criminali Elementa* — 1833, 1834, Pisa), editada inicialmente em 1808, com o título de "*Elementa Jurisprudentiae Criminalis*".

A 1.^a edição, no original, desta obra aparece, portanto, 44 anos após a publicação do famoso opúsculo de Beccaria, "*Dei Delitti e delle Pene*". Romagnosi também já publicara a "*Genesi del Diritto Penale*". O momento histórico em que aparecem os *Elementos* de Carmignani é o do Ilumi-

nismo, época de grande desenvolvimento para ciência penal. Seu pensamento está impregnado das idéias do racionalismo contratualista de Rousseau. A referência ao estado de liberdade é sintomática.

Ninguém tem dúvida de haver sido Carmignani um dos mais importantes penalistas italianos, nitidamente influenciado por seus antecessores, especialmente por Beccaria.

Constitui o pensamento básico de Carmignani a eliminação da vingança no Direito Penal. O objeto do Direito Penal não é vingar o delito, mas evitar sua realização. A pena tem no seu sistema um fim utilitário defensivo mediante a intimidação com o mínimo possível de sacrifício. Ela é politicamente necessária e não pode ultrapassar os limites desta necessidade. Daí propor mudar a terminologia: não crime e pena, mas ofensa e defesa.

Tem razão Bettiol, ao afirmar que Carmignani, Carrara e Beccaria “foram mais políticos filósofos que juristas, por terem sido estudiosos que se ocuparam principalmente em reagir contra o sistema penal arcaico ainda em vigor do final do Séc. XVII, e em explicar a ordem racional do direito de punir” (D.P., v. I, p. 13).

Carmignani influenciou Carrara. Sua teoria jurídica das forças e do seu grau de desvalor social é reproduzida por este com algumas modificações. Uma perfeita análise do seu pensamento transcende a mera resenha. Não se pode omitir que sua contribuição mais importante tem sido considerada a “Teoria delle leggi — della sicurezza sociale”.

Eis a secular obra daquele que não podia aspirar a melhor título do que o de ter sido professor da maior figura do Direito Penal Italiano: Carrara. Carrara que o chamou de grande mestre e que confessou no seu Programa haver seguido a ordem eminentemente lógica por ele traçada.

Heitor Costa Junior

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, Parte General*, Madri, 1977, Ed. Civitas.

Do autor, eminente catedrático de Direito Penal da Universidade Autónoma de Madri, os penalistas brasileiros já conheciam o excelente estudo monográfico intitulado “La Omisión de Socorro en el Código Penal” e também sua participação no primeiro volume da parte especial do “Derecho Penal Español”, de Juan del Rosal. Não constitui, assim, surpresa esta parte geral tão bem elaborada.

Com o volume em análise, o mestre espanhol inicia o estudo de todo Direito Penal. Neste ocupou-se o Prof. Mourullo dos necessários estudos introdutórios da matéria definindo Direito Penal e esclarecendo sua função e posição no ordenamento jurídico. Em seguida, encontramos um capi-

tulo dedicado à formação histórica e aos princípios informadores do Direito Penal Espanhol. Logo após, o A. estuda o tema das fontes — “de produção e de conhecimento” —, local em que obrigatoriamente aparece inserido o princípio da reserva legal. Segue-se um importantíssimo capítulo dedicado à estrutura e destinatários da norma (onde o autor critica o que chama de “imperativismo ingênuo”), que termina com as formas de aparição da norma penal. Antes de iniciar a teoria do delito, em outros capítulos, o A. dedica-se à análise da relação punitiva, da interpretação da norma penal — elegendo aqui o lugar onde versará sobre o conflito aparente de tipos —, da eficácia da lei no tempo, no espaço e da extradição.

No capítulo em que aborda o conceito do delito, o A. apresenta com um poder de síntese invejável a evolução dogmática da teoria do delito, do sistema Liszt-Beling a Welzel. Iniciando propriamente a teoria do delito, é feita excelente exposição das diversas concepções da ação: teorias causal, social e finalista, filiando-se o A. à segunda. Ressalte-se, no capítulo dedicado à tipicidade, a excelente análise realizada acerca da teoria dos elementos negativos do tipo, a despeito de rejeitá-la o Autor. O tipo aparece no seu pensamento como indicio da ilicitude. Depreende-se com facilidade, após o estudo da ação, que o A. não admite a colocação do dolo no tipo subjetivo do injusto, preferindo a concepção sistemática tradicional. A teoria da adequação social da ação é virtualmente repelida, por sua imprecisão seja com as conseqüências do posicionamento de Welzel originário ou posteriores, o que não leva o A. a negar aprioristicamente a existência do Direito supralegal.

No Capítulo da “Adequação típica” é estudada a tipicidade dos delitos de resultado e a relação causal, vindo a seguir o árduo problema da causalidade na omissão, resolvido com sua conhecida lição no sentido de ser o comportamento omissivo causal (“La omisión tiene valor causal si puesta mentalmente la acción omitida mediante juicio hipotetico el resultado no se habría producido” — cf. La omisión cit., p. 64, e Derecho Penal, p. 307).

São importantíssimas as considerações que o Prof. Mourullo tece sobre a tipicidade dos delitos impróprios de omissão. Corretamente a posição de garante figura como “especial característica da autoria”.

Finda-se o volume com o estudo da antijuridicidade conceituada de forma objetiva. No sistema seguido pelo Prof. Mourullo serão analisados em culpabilidade “las posibilidades personal-subjetivas que el agente individual tuvo en la situación concreta em que se decidió a obra” (p. 327). Isto, no entanto, não impede a aceitação da teoria dos elementos subjetivos do injusto, salientando o A. que na hipótese “la ley anticipa e incorpora al tipo de injusto elementos subjetivos que, portanto, resultan determinantes para la fundamentación de la antijuridicidad típica del hecho” (p. 329). Mezger, evidentemente é citado. Partindo do Direito Positivo de seu país, admite Mourullo, timidamente, até elementos subjetivos nas causas de justificação, como aliás, com semelhante fundamentação, não o negavam Asúa, Mezger e Bau-

mann. O injusto nos delitos impróprios de omissão e nos delitos culposos é também tratado neste capítulo que finaliza o volume primeiro.

Em trabalho deste nível seria ocioso salientar que as afirmações do autor estão fundadas na melhor bibliografia jurídico-penal, como compete a um trabalho científico. Grande relevo inclusive foi dado à Filosofia e Teoria Geral do Direito, o que enriqueceu sobremaneira seu rigoroso estudo, que sem que lhe tire os inegáveis méritos não ultrapassa os limites do sistema tradicional, afastando-se doutrinariamente dos finalistas espanhóis como Cerezo Mir, Beristain e Cordoba Roda.

Finalmente, gostaríamos de reproduzir lição de muita atualidade que se encontra à p. 74: a ciência do direito é uma ciência que serve para a vida ou não serve para nada. É lícito prognosticar que de um autor com estas preocupações, onde o Direito Penal não é elaborado como arte pela arte, mas de "alma para alma", como dizia Hungria, os leitores aguardarão com ansiedade os próximos frutos de seu labor doutrinário, dando continuidade à exposição da Parte Geral, tarefa exercitada com inegáveis méritos neste volume, cuja leitura apressamo-nos a recomendar.

Heitor Costa Júnior

CIÊNCIA PENAL N.º 2 (1979), Forense, Rio de Janeiro.

Neste segundo número de sua nova fase, a revista publica numerosos trabalhos. Saleem A. Shan escreve sobre periculosidade — um paradigma para investigar alguns casos em Direito e Psicologia; Manuel Pedro Pimentel, sobre a história da Criminologia no Brasil; Luiz Vicente Cernichiario, sobre penas acessórias; Tércio Sampaio Ferraz, sobre liberdade e responsabilidade penal; Rogério Lauria Tucci, sobre o pedido de explicações; René Ariel Dotti, sobre as fronteiras entre o Direito Penal e a Criminologia; Antonio Luiz Chaves Camargo, sobre causas de justificação e regimes autoritários. Há também comentários de jurisprudência de Miguel Reale Jr. (sobre crime progressivo) e de Ricardo Antunes Andreucci (sobre prescrição retroativa).

Trata-se de publicação valiosa, que revela o desenvolvimento da ciência penal entre nós.

G. A. P.

SCULL (Andrew T.), *Decarceration*, Nova Jersey, Prentice-Hall, 1977.

Apresentada a **desprisonização** como mais "humana", mais "efetiva" no escopo de reabilitar e mais "barata", tem sido aceita aquela solução com base em tais fatores, sem que se apresente qualquer estudo sério a respeito, com o fito de comprovar a veracidade das referidas afirmações. O livro se

propõe, então, a examinar o assunto em profundidade, buscando separar o que se traduz em mera verbalização daquilo que é realidade concreta — a levantar as genuínas fontes e a natureza do movimento de abertura. A tarefa resulta oportuna no que tange aos Estados Unidos, onde a experiência na área, quer em termos de tempo (iniciou-se por volta de 1960), quer em termos de quantidade (inúmeros Estados desinstitucionalizaram maciçamente), já consubstancia suficiente material para análise e avaliação.

A postura de Scull é radical, como, aliás, anuncia o próprio subtítulo da obra **COMMUNITY TREATMENT AND THE DEVIANT — A RADICAL VIEW**, a sugerir, de logo, descaber o recebimento de suas afirmações através de uma posição passiva por parte do leitor: a este incumbe adicionar os novos dados aos que possui, a título de **feed back**, e reciclar as opiniões, as quais, ao final, obviamente, não terão de coincidir com as do autor.

Advirta-se, ainda, enfeixar o estudo a questão relacionada com prisões, reformatórios e hospitais mentais, recaindo a ênfase sobre estes últimos — o que, de resto, não altera a substância da matéria, dada a íntima vinculação que liga as instituições referidas.

A parte mais relevante do livro discute a resposta a ser dada à indagação:

Por que a desprisonização, defendida desde o século XIX com os mesmos argumentos hodiernamente usados, foi repelida naquela época, tornando-se, somente agora, vitoriosa?

Até o século XVIII, admitia-se dispor a família de condições para prover, por si mesma, a assistência ao desviante e ao dependente, sendo praticamente nulo o grau de intervenção do poder central quanto ao problema. No miolo da citada centúria, os hospitais começam a se ampliar, significando notável exemplo da tendência crescente de isolar o indigente do resto da sociedade (aqueles estabelecimentos eram usados exclusivamente pelos pobres). Ao findar o século XVIII, porém, a Inglaterra e a América começam a abandonar, decididamente, os antigos métodos informais de lidar com os desviantes, ganhando importância, a essa altura, o investimento intelectual e de capital na direção de oferecer-lhes respostas institucionais — casas de trabalho, casas de correção, prisões, hospitais, asilos — embora a clientela ainda se mostrasse reduzida. Por volta de 1850, os Estados americanos adotaram um vasto programa de construção no setor, erigindo uma multidão de penitenciárias, reformatórios juvenis, manicômios e estabelecimentos similares. Na raiz do movimento de prisionização então ocorrido estava o processo de transição da velha ordem paternalista para o sistema social capitalista, como é evidente: a população doméstica passava a ser vista como uma força de trabalho industrial e não mais como um mero reservatório de tributos. A política do Estado, agora, orienta-se no sentido de forçar os indivíduos trabalhadores a buscar o emprego remunerado. Acentua-se, como conseqüência de tal rumo, o empenho em distinguir o corpo apto do corpo não apto para o trabalho. Como via de conseqüência, na etapa mais adiantada do processo, sur-

preendem-se três fenômenos principais: adoção da resposta institucional; interesse numa cuidadosa distinção a respeito das várias classes de desviantes e dependentes; criação e organização de um número conspícuo de novas profissões e semiprofissões, que se afirmavam possuidoras de competência especial quanto à identificação e diagnóstico de cada tipo de desvio (nenhuma obteve maior sucesso que a psiquiatria, graças a seus laços com a respeitável profissão da medicina). O surgimento desse novo saber, atinente à **classificação** dos sujeitos à internação (tanto dentro como fora das instituições), é importante, porque representa uma modificação **qualitativa** das casas de segregação da época relativamente às congêneres do século anterior. As profissões emergentes, de sorte a poder consolidar sua existência, avançam no sentido de ampliar a área de atividades: cabia-lhes, também — e se afirmavam competentes para isso —, reabilitar os desviados, isto é, curar os loucos, reformar os criminosos, salvar os menores infratores. A respaldar-lhes as promessas, aparecia a ideologia que arrancava para o apogeu, o cientificismo, segundo o qual inexistia qualquer força que não pudesse ser inteiramente dominada e dirigida pela ciência humana.

Na primeira metade do século XIX, surgiu a necessidade crucial de organizar as estruturas administrativas aptas a sustentar o instrumental de controle social baseado na institucionalização e, em decorrência, o problema do levantamento de fundos substanciais com vistas a tal mister. O Estado é, então, chamado a intervir no assunto. E a assunção, por ele, de tal responsabilidade marca o ponto agudo do abandono do regime vigorante até o século XVIII.

O otimismo acerca da possibilidade de ser implementada a meta reabilitação em estabelecimentos fechados provou-se, logo de início, infundado. Contudo, embora as prisões, os asilos, os reformatórios, se mostrassem inviáveis para metamorfosear seus internados em homens de bem, ofereciam a vantagem de liberar a sociedade trabalhadora dos perturbadores de sua paz. Assim, sem embargo de todas as críticas então manifestadas quanto à eficiência de tais casas para atingir o objetivo recuperação, a internação foi mantida, como forma conveniente de livrar a cidade da gente inconveniente. Acostumou-se a comunidade a trancar os perigosos e abandonados, posto que, dessarte, tornavam-se inofensivos e, ao mesmo tempo, seu confinamento valia como lembrete das terríveis consequências a serem impostas ante a inabilidade ou recusa de alguém quanto à subordinação à ordem vigorante.

O século XX encampou tal atitude, até recentemente.

Todavia, a partir dos anos cinquenta, a nível teórico, e dos anos sessenta, a nível concreto, transmutou-se aquela perspectiva ganhando corpo o movimento de desprisonização.

Por quê?

Porque as críticas concernentes à solução institucional como meio de manipular o desvio, apresentadas no século XIX por pessoas de considerável

qualidade e influência política, empregando idênticos argumentos aos de hoje, não lograram alterar o sistema vigente no século passado, enquanto agora o poder se lhes mostra tão receptivo, acolhe-as e dá curso às reformas por elas sugeridas?

A sociedade atual deveio mais piedosa, mais humana?

Scull sustenta que não, pois o verdadeiro fundamento da modificação ocorrida se encontra nas estruturas subjacentes à adoção da desprisonização como política oficial do Estado. De fato, a questão estaria imbricada com o processo de implantação do **estado de bem-estar social**, predominante no sistema capitalista avançado. Neste, o regime previdenciário veio crescendo no sentido de desempenhar um duplo papel: de um lado, uma substancial porção dos gastos com o bem-estar social — saúde, moradia, educação e similares — representa uma forma de investimento visando a, direta ou indiretamente, elevar a produtividade de uma dada espécie de trabalho (a refletir a substituição crescente da força de trabalho desqualificado pela força de trabalho especializado); de outro lado, havendo a sofisticação tecnológica criado uma distância muito grande entre o trabalhador qualificado e o desqualificado, este deixou de se constituir naquilo que Marx chamava de “força de reserva” e que serviria para regular (e baixar) o nível de salários, uma vez que se tornou imprestável quanto ao aproveitamento na moderna indústria. Esta nova classe, que perdeu seu vínculo competitivo com o mercado de trabalho, sob pena de pôr em risco a paz social, tem de ser sustentada, ainda que a níveis miseráveis — e aptos se oferecem quanto ao mister os condutos dos organismos previdenciários. Surgiu, assim, um grupo de indivíduos que pode ser reconhecido como uma “classe previdenciária permanente”. Os custos com tal manutenção, suportados precipuamente pelo Estado em benefício da indústria, atingiram elevados montantes, representando assustador impacto orçamentário. Impossibilitado de descartar o ônus, em face dos perigos que isso representaria para a ordem social, mas incapaz de suportar os altos custos, apresentou-se para o Estado a necessidade inevitável de cortar despesas em outras áreas, a fim de reequilibrar o orçamento. Ora, como as despesas com a criação e manutenção das grandes e inúmeras instituições segregadoras sempre foram muito grandes, uma restrição drástica daquelas poderia proporcionar a economia capaz de ensejar o reequilíbrio anelado. E em favor da alternativa militava a vantagem de permitir fosse apresentada sob o broquel de uma justificativa de cunho ideológico extremamente sensibilizador: o esvaziamento dos manicômios, cárceres, internatos, dar-se-ia por motivos humanitários, perfeitamente ao gosto, pois, do liberalismo burguês.

Em resumo: a crise engendrada pelo capitalismo avançado exigiu a socialização cada vez maior dos custos da produção; um dos aspectos relevantes do processo de socialização dos custos foi o estado de bem-estar social; como via para compensar o agravamento das despesas daí decorrentes, encampou-se o movimento de desprisonização.

Busca o livro em exame demonstrar, ainda, que o sistema de **reabilitação em meio à comunidade** — substitutivo oferecido pela desprisonização ao sistema de reabilitação em instituições fechadas — é tão ineficiente quanto este, não sendo levado mais a sério que o hiperbólico blablablá que defendia o último. Os dados oferecidos como prova da eficácia do primeiro são tão manipulados — ressaltam-se os sucessos, obscurecem-se os fracassos — quanto o eram os da recuperação nas organizações fechadas. A fórmula de proselitismo é idêntica à que se usou quanto à **tranca terapêutica**: um superentusiasmo inicial, usualmente baseado em pequeno número de relatórios otimistas sobre casos singulares — e, naturalmente, muito discurso literário. Submetido o regime a estudos sistemáticos, porém, nada confirma as assertivas inaugurais. Em outras palavras: o “tratamento comunitário” que, segundo se alega, substitui a “terapêutica em confinamento”, não tem sido mais que um **slogan**, com pouco ou nenhum conteúdo de realidade, sendo sua capacidade reabilitadora tão aleatória e nominal quanto a antes atribuída ao tratamento institucional. Outro ponto de sintomática semelhança entre os dois sistemas reside na estratégia de defesa para explicar o fracasso. Os defensores da ressocialização prisional sempre imputaram à deficiência de recursos, sua ineficácia. Agora, trilha o mesmo caminho a reabilitação comunitária, ante o impacto da fria realidade com a euforia que cercou a novidade: ainda não produziu todos os seus inevitáveis resultados positivos porque não concederam os recursos de que precisa. O erro não é do sistema, mas de sua inadequada execução! E aqui, como antes, não se toma qualquer providência para conceder os tais recursos, para mensurá-los ou para saber se são exequíveis e se, de fato, acaso fornecidos, transformariam em glória o que é amarga derrota. A expansão maciça dos indivíduos submetidos a **parole** e a **probation** não corresponde qualquer incremento, quer em extensão, quer em profundidade, quanto à supervisão extramuros, caracterizando-se o padrão de trabalho dos funcionários e órgãos do setor em ser muito inferior ao exigível. Um vigilante de **probation** atende, às vezes, a duzentos liberados; em geral não dispõe de mais cinco ou dez minutos para dedicar a cada cliente por semana. Como se vê, o famoso “tratamento em comunidade”, tanto quanto o hoje desacreditado “tratamento intramuros”, se traduz, em verdade, em ausência de tratamento.

Outro ponto que precisa ser desmistificado diz respeito à alegação de estar demonstrada a superioridade da terapêutica comunitária através das estatísticas relativas à taxa de reincidência. Em primeiro lugar, os levantamentos até aqui oferecidos pela propaganda desprisonizadora são marcadamente inconsistentes e inadequados, apresentando-se aleatórios, falhos, incompletos, freqüentemente tendenciosos e, às vezes, desenganadamente manipulados. Em segundo lugar, não parece ser essa espécie de demonstração a mais apropriada para assegurar que a solução do tratamento em comunidade é melhor que a do tratamento em estabelecimentos fechados. Cumpre lembrar que não são escolhidos ao acaso os indivíduos destinados àquele: exatamente o contrário se dá, como, aliás, não só reconhecem como fazem

questão de proclamar enfaticamente os fatores da desprisonização, ou seja, é feita uma cuidadosa seleção para descobrir as pessoas que demonstrem “aptidão” para o regime aberto, circunstância apurada tendo em conta serem menos ruins, menos endurecidos, autores de atos menos graves etc. Ora, esses desviados, mesmo submetidos a regime fechado, provavelmente apresentariam uma taxa de recidiva menor relativamente aos companheiros considerados “inaptos” — restando muito difícil avaliar em que medida a troca de regimes entra como coeficiente causal na estória.

Prossegue Scull: sustenta-se que a instituição confinadora, esse símbolo nauseante, é irremediavelmente infernal, rígida e estática; a comunidade, inequivocamente boa, flexível, adaptativa.

Por que, se a comunidade é tão terapêutica, o infrator viu-se em problemas na primeira vez?

Abunda a retórica, enquanto não se realiza qualquer esforço intelectualmente sério para demonstrar a superioridade da solução comunitária. Ao invés disso, ladeia-se o cerne do problema através de um estratagemas: de uma parte, submetem-se as instituições fechadas a um escrutínio investigador e rigoroso, o qual facilmente indica serem aquelas absolutamente incapazes de realizar as tarefas nominais de reabilitar e reintegrar; de outra parte, a nível verbal, faz-se um esforço para ver a sociedade como inocente, robusta, não corrompida pela burocracia, onde o vizinho ajuda o vizinho e as famílias atendem prontamente e voluntariamente às necessidades dos membros com problema — ou seja: eleva-se a correção comunitária a uma nova panacéia terapêutica.

Três elementos básicos sustentam o programa de desprisonização: 1.º — interesse em resguardar os internados da destruição de sua humanidade essencial, ameaça sempre presente em face dos efeitos corruptores da instituição fechada; 2.º — promessa de reabilitação via tratamento comunitário; 3.º — a existência (alegada) de uma tolerância crescente, por parte da sociedade, em conviver com e cuidar dos membros desviantes. Quanto ao último, cabe indagar de onde veio tal tolerância, o que não é explicado e, muito menos, provado de qualquer maneira. Parece mais certo reconhecer que não foi a tolerância surgida no povo que justificou a mudança da política a ser adotada — mas que a mudança da política é que deu lugar a um conhecimento a respeito da alegada (mas não demonstrada) modificação na tolerância comunitária. De concreto tem-se, em verdade, os protestos vociferantes dos cidadãos ante as decisões de libertar criminosos ou deixar soltos na rua, sob mínima ou nenhuma supervisão, doentes mentais — reações dificilmente conciliáveis com a idéia de se haverem tornado **tolerantes** com a presença dos desviados.

Outra observação relevante: a população das prisões, dos internatos e dos grandes manicômios, sempre foi composta, em percentual esmagador, por indivíduos oriundos das classes mais pobres. Como decorrência da circuns-

tância, o movimento de desprisonização faz refluir as criaturas segregadas (ou que deveriam ser segregadas) para as áreas onde se concentram as camadas desfavorecidas — praticamente indenas a seus efeitos as zonas de moradia da gente “respeitável”. Assim, a desprisonização tem funcionado como fator de agravamento da guetoização dos liberados, a se somar à dos residentes nesses locais de deteriorada urbanização, o que serve para mantê-los invisíveis relativamente aos sítios de aglutinação das classes melhormente aquinhoadas. Por isso, à retórica da desprisonização, as classes média e alta oferecem pouca resistência. As classes baixas, embora reajam, porque suportam-lhe diretamente os ônus, não dispõem de força para impedir sua concretização.

E se a permanência de loucos, delinquentes, pivetes, no seio das comunidades miseráveis, começar a gerar pânico, levando as populações a adotar a prática de fazer justiça pelas próprias mãos? Quem guardará os desviantes contra os vizinhos? Em face de tal questão, não seria de levar em conta, além da proteção que a instituição fechada oferece em favor da comunidade contra o desviante, o resguardo que oferece em favor do desviante contra a comunidade?

Para finalizar: verifica-se que a desprisonização, na prática, tem mínima semelhança com o discurso liberal que a defende e, embora inteiramente fora da intenção de seus autores, tem sido usada como uma camuflagem ideológica para obter economia de custos mascarada de benevolência e tolerância. Por certo, uma dada proporção de presos liberados tem condição de voltar a viver no meio de onde saiu sem causar maiores traumas. Afinal de contas, muitos daqueles submetidos a processo pelas agências oficiais de controle social são escassamente distinguíveis dos vizinhos que estão abandonados e, pois, podem ser expelidos das instituições sem apreciáveis riscos adicionais. Porém, para muitos outros ex-internos ou internos em potencial, a substituição da internação representa um incremento aos “guetos de desviados”. Com isso, se instaura um estilo neofeudal de controle: os habitantes de tais guetos são as vítimas mais frequentes da atividade criminal; a atuação da polícia será não a de fiscalizar, prevenir ou reprimir o crime em seu interior, mas a de evitar que transborde seus limites.

Augusto Thompson

SERRA (Antonio A.) — RAUTER PEREIRA (Cristina), *A Psiquiatria como discurso político. Os carreiristas da indisciplina*, Rio de Janeiro, Achiamé/Socli, 1979.

A modesta apresentação da obra, de formato diminuto e simples, esconde um conteúdo de extraordinária riqueza, merecedor de toda a atenção dos interessados no assunto. Vinculam-se os autores à denominada corrente da antipsiquiatria, ainda tão pouco divulgada entre nós, oferecendo a enorme van-

tagem de desenvolverem seus trabalhos ligando os referenciais teóricos daquela postura a dados colhidos diretamente nas fontes nacionais. Na *Introdução*, assim são resumidos os dois estudos: “No primeiro é feita uma discussão das relações da psiquiatria com as questões político-filosóficas do liberalismo, do contrato social e da racionalidade. Fundamentado nos trabalhos de Foucault e Castel, é um texto geral e sumário, condensando uma visão crítica ainda em vista de uma exploração mais rica. Originalmente destinado a uma exposição oral, acreditamos que possa ser útil como introdução ao tema. Já o segundo concentra-se na análise da entidade específica: o psicopata. Apontando a visceral ambigüidade desta figura, colocada nos limites fluidos da justiça penal e da psiquiatria, mostra como essa ambigüidade é, na verdade, uma tática de resolver (e encobrir) problemas nem psiquiátricos ou jurídicos, bem como de ampliar a rede de controle social através de competência técnico-científica. Sem pretensões de originalidade, justificamos sua divulgação como forma de sensibilizar os leitores para uma estratégia de poder que freqüentemente nos escapa, tal a naturalidade e mesmo modernidade de que se reveste.”

Sustenta Antonio A. Serra que a psiquiatria, protegida pela capa da cientificidade, ganhou um conceito de saber desinteressado e apolítico, quando, em verdade, seu núcleo significativo é político, pois sua finalidade é servir de instrumento contra aqueles que se opõem aos *status quo* vigente. O que vem apresentando como o catálogo de doenças de sua área, sua nosografia, embora obedeça a todos os requisitos da formalidade médica, não tem qualquer base experimental ou unidade de observação. Suas categorias são, na realidade, o revestimento médico de procedimentos classificatórios e critérios morais desdobrados nos asilos. Trata-se de parceira inquestionável do poder, algumas vezes ostensivamente (caso dos dissidentes soviéticos), com freqüência, disfarçadamente (quando invade a subjetividade do paciente cujo inconformismo com a ordem imperante está despida do registro político tradicional). Consubstancia, seguramente, uma obra-prima política, porque: “Circunscrito um espaço, garantida sua imunidade e autonomia, todos os procedimentos aí desenvolvidos terão a chancela de um saber. Um microcosmo onde a disciplina moral, as técnicas de coação, de confissão, de seqüestro, de convencimentos e persuasão, que fora deste espaço seriam consideradas intervenções despóticas e absurdas, reduzem-se aí a técnicas operativas...”

Cristina Rauter Pereira aproveita sua experiência no Hospital Psiquiátrico Roberto Medeiros, do Departamento do Sistema Penitenciário do Rio, para abordar a singular (e absurda) entidade do sociopata (antes, psicopata, monomaniaco, louco moral). Sustenta que, sob a capa de pretender uma solução piedosa para o renitentemente inconformado com a ordem imperante, em verdade autoriza a sociedade a usar um instrumento de controle mais eficiente (e mais cruel) para esmagar-lhe a resistência: “Como veremos, o que está em jogo é a busca, por parte da medicina mental, de um espaço de intervenção junto às práticas de controle social, notadamente a instância jurídica. Não se trata, como ainda hoje se confunde, de desculpar o criminoso,

dispensando-lhe um tratamento mais humano. O que ocorre é apenas a substituição de um tipo de controle por outro, mais eficaz e abrangente. E a seguir: "O cárcere ou o asilo: tal será o destino de uma determinada categoria de indivíduos; entretanto, na própria fronteira entre as duas instituições, haverá aqueles considerados excessivamente lúcidos para casas de alienados e insuficientemente responsáveis para a prisão. Além disso, se aparentemente a psiquiatria livrou das mãos da justiça o monomaniaco, dando-o como irresponsável, por outro lado sempre acentuou o caráter incurável desse tipo de distúrbio. Colocado sob a tutela do psiquiatra, o destino do alienado criminoso torna-se singular: sendo remota a possibilidade de cura, sua internação torna-se uma prisão sem duração delimitada, por vezes perpétua, mascarada sob o rótulo de tratamento." Outra vantagem, de natureza tipicamente política, a ser tirada da patologização dos delinquentes, é que, por tal via, se fornece "para a justiça, a possibilidade de uma solução cômoda para o crescente índice de criminalidade, permitindo a referência a causas mórbidas e mascarando a problemática política e social". Por isso mesmo, cada vez se alarga mais o campo penal a ser invadido pela psiquiatria: "Com uma categoria tão ampla que vai da excentricidade à criminalidade, passando pelos "extremistas e delinquentes", a psiquiatria, como dispositivo de controle social não se restringe mais apenas aos que recusam a estabelecer o contrato social por um erro da razão, mas também, e cada vez mais, a todo tipo de rebeldes que, "embora sejam capazes de perfeitas racionalizações verbais, acerca da justeza de seus atos, estão, ainda assim, doentes."

Augusto Thompson

THOMPSON (Augusto), **O Advogado de Defesa**, Rio de Janeiro, Agentes Editores Ltda., 1979.

Não é por acaso que o querido decano dos advogados criminais, Evandro Lins e Silva, no encantador prefácio deste livro, evoca com tonalidades tão cativantes episódios da vida forense de Ferri e Clarence Darrow. Existe na advocacia um segredo magnetismo, que se identifica na distância que demora entre as elaborações teóricas sobre o conceito jurídico-penal de veneno e um caso concreto de venefício. Também aqui o fenômeno é mais rico do que a lei; também aqui a arte imita a vida, ou seja, os compêndios não compreendem o mistério dramático do fato. Pessoalmente, não pretendo ler nunca mais os **Princípios de Direito Criminal**, porém as **Defesas**, por certo; pessoalmente, mais do que qualquer dos compromissos teóricos dos **Princípios**, de minha memória não se apagará a tragédia de Cienfuegos, e a invocação da justiça clemente e humana de um país de sol.

Assim também, poderia esquecer-me da exata disciplina das normas penais em branco do Thompson jurista, ou da crueldade das penas do período da reconquista do Thompson historiador, ou do severo penitenciarismo crítico

do Thompson penólogo — porém o drama anônimo de Maria da Penha, signo e vértice da marginalidade, do abandono e da humilhação, daquela matéria sobre a qual Dostoiévski tanto se debruçou, este sobreviverá. Porque é possível que Maria da Penha deponha mais sobre o nosso tempo suburbano do que a mais refinada explicação a respeito do procedimento do júri.

Os estudantes poderão aprender neste livro como é que o advogado, sem perda da dignidade, pede ao tribunal popular que declare não ter sido veneno o meio empregado — que veneno foi. E poderão refletir sobre a racionalidade de um sistema que conduz a que o advogado, quando assim procede, esteja corrigindo o próprio sistema.

Nilo Batista

Esta obra é uma coletânea de defesas do conhecido professor e advogado militante. Seguindo o caminho aberto pela recente publicação do livro **Advocacia Criminal**, de JOÃO MESTIERI e NILO BATISTA, destina-se este trabalho aos estudantes de direito, objetivando mostrar-lhes a ação do advogado de defesa na prática, o que constitui a grande dificuldade de nossos currículos universitários.

Ao apresentar sua obra, o autor traça o perfil do advogado, indicando ao que estuda a ciência do direito toda a pujança da profissão, suas alegrias e amarguras. Fundamenta a mostra de suas defesas por "não haver outro modo de penetrar um pouco o interior dessa fascinante criatura senão pela leitura dos arrazoados produzidos sob a pressão da febricitante atividade a que se dedica e em que, ao mesmo tempo, se compraz e se atormenta".

AUGUSTO THOMPSON agrupou neste livro cinco trabalhos muito interessantes, realizados em instâncias diversas. Inicia com a transcrição de uma gravação em um júri realizado em 1957 — um caso em que uma mulher mata o amante para em seguida esquartejar o corpo. Portador de uma indisfarçável paixão pela instituição que tanto atrai os estudantes, o autor começa por prender de imediato o leitor com o discurso inflamado e apaixonado que é característico do Tribunal do Júri. Trata-se de uma lição de oratória muito útil aos que se iniciam; o roteiro da sustentação apresentado pelo Autor no intróito desta transcrição, demonstra como alinhar todos os pontos de um discurso no júri. É pena que tenha havido a omissão dos apartes do promotor, que vêm apenas indicados no transcorrer da defesa, obrigando o leitor a adivinhar, pela resposta dada, qual teria sido o tipo de argumento usado pela acusação.

Os outros trabalhos que compõem o livro são:

— Razões finais no Juízo singular: uma hipótese de extorsão, em que se discute: crime impossível, conflito aparente de normas, tentativa e crime consumado;

— Razões de apelação para o Tribunal de Justiça: processo dos *traveller's checks*; acusados: Mariel Maryscotte de Mattos e outros

— Defesa em processo de investigação sumária;

— Pedido de revisão em inquérito administrativo: um caso em que foi aplicado o AI-5.

Extremamente didática, esta obra é muito importante para o aluno de direito. A apresentação de defesas escritas, e, aqui, também uma sustentação oral, aproximam o estudante da realidade da administração da justiça, do dia-a-dia do advogado. Assim é que este livro de Augusto Thompson proporciona, a par de uma aula técnica acerca dos temas abordados, uma mensagem de vigor e beleza acerca desta profissão incomparável. Esta a grande qualidade deste trabalho: ultrapassa a formulação simplesmente teórica das causas em questão, e mostra ao estudante toda a imensa força e brilho do advogado completo que é Augusto Thompson, permanente exemplo àqueles que começam a vislumbrar as alegrias e vicissitudes do trabalho forense.

José Carlos Fragoso

NOVOA MONREAL (Eduardo), *La Evolución del Derecho Penal en el Presente Siglo*, Caracas, 1977, Ed. Jurídica Venezolana, 75 p.

Propor-se atualmente a análise histórica de um século da ciência penal, em apenas setenta e cinco páginas constitui tarefa das mais árduas, posto que dia a dia se avolumam as reflexões em torno da conhecida crise que a dogmática penal atravessa, como facilmente se pode observar pelos trabalhos devidos, dentre outros, à criatividade de consumados mestres do porte de ROXIN, ORDEIG, MARC ANCEL e por incrível que pareça por parte do próprio WELZEL. Todos insurgindo-se contra a hipertrofia da dogmática da qual decorre inevitável distanciamento do jurista da realidade social em que opera. Esta supervalorização da técnica, este exagerado formalismo jurídico como bem disse WELZEL nada mais representa do que se cultivar a "arte pela arte".

Não constitui surpresa alguma haver o Prof. Eduardo Novoa Monreal atingido plenamente e de forma admirável seu objetivo, qual seja o de promover reflexões em torno do Direito Penal Contemporâneo. Para isto ele está bem aparelhado, não fora um dos mais representativos penalistas da América. O método histórico — o que não significa que o Autor tenha se limitado a mero retrospecto descritivo, pois críticas oportunas são apresentadas — como sempre é de suma relevância já que para compreender o presente e vislumbrar o futuro nada melhor do que repensar as idéias passadas e analisar seus frutos. No Direito Penal, a experiência tem demonstrado resultados dolorosos, além de seu aspecto classista. Não bastasse sua absoluta ineficácia no controle da conduta humana qualificada de típica, as técnicas de repressão são desumanas e dispendiosas.

Pelas mãos experientes e seguras do eminente mestre chileno, ainda exilado, somos levados a refletir sobre as posições de V. LISZT, CARNEVALE, DORADO MONTERO, FERRI, ASÚA, F. GRAMATICA, MARC ANCEL, etc. Dos clássicos italianos aos diversos finalistas cuidou o Autor de trazer as correntes mais significativas do pensamento penal.

O presente estudo foi originariamente apresentado ao Colóquio Internacional sobre os LXXXV Anos de Evolução Jurídica celebrado no México em setembro de 1976, e está dividido em 12 capítulos: situação do Direito Penal no início do século; efeitos da extensão do conhecimento sobre o delito, o conceito jurídico de crime, reafirmação dos princípios da legalidade e de respeito à liberdade, responsabilidade penal e moral, crise da dogmática penal, a Defesa Social como reflorescimento doutrinário, Direito Penal, Criminologia e Ciências da Conduta, e, finalmente, Ciência Penal e Política.

Parte deste lúcido ensaio, cabe lembrar ainda, foi publicada nesta Revista (n.º 24, p. 45/71) sob o título "Alternativas e Transes do Direito Penal de Hoje" e vem juntar-se a outras obras da especialidade do incansável mestre e se finda com uma lição incontestável que testemunha o natural ceticismo que envolve os penalistas com relação à antiga e ingênua crença, de alguns, de ser possível o perfeito controle da criminalidade pelos métodos essencialmente jurídicos. A criminalidade, diz literalmente o Prof. Novoa "no es un problema circunscrito al derecho penal, tampoco lo es en relacion con las que hemos denominado ciencias penales. La eliminación de los hechos delictuosos supone mucho más que eso. Supone, en primer término, una sociedad organizada sobre bases justas e igualitarias, que tenga la posibilidad real de ayudar a todos los hombres que la componen a alcanzar su más pleno desarrollo humano..." Somente uma sociedade, conclui o Autor, "que tenga clara conciencia de la responsabilidad que a ella misma le cabe en la subsistencia de la criminalidad y que esté dispuesta con todos sus medios de ayuda, de corrección y de reeducación a eliminarla, será digna de alcanzar la solución de este grave problema. No importa si lo hace con o sin derecho penal".

Seria dispensável afirmar-se que este estudo trata-se de obra de leitura obrigatória, aqui e agora, para os penalistas e de grande utilidade para políticos, sociólogos e a todos os que se interessam pelos problemas culturais de nosso desventurado tempo.

Heitor Costa Junior

BATISTA (Nilo) — *Decisões Criminais Comentadas*, Rio de Janeiro, 1976, Ed. Liber Juris, 157 pp.

O transcurso do tempo está comprovando as palavras de Heleno Fragoso: "Nilo Batista é uma das mais autênticas e vigorosas vocações universitárias da nova geração de penalistas." Não é diverso o testemunho do Ministro

Evandro Lins e Silva: "Nilo Batista é conhecedor seguro de Direito Penal e um expositor de primeira ordem."

Mestre Roberto Lyra ao prefaciar a obra em análise também expressa sua admiração pelo Autor. Tais opiniões representam o reconhecimento do trabalho sério que Nilo Batista vem desenvolvendo e demonstra o que já sabíamos: Nilo Batista consegue, como poucos, conciliar a vida acadêmica com o agitado cotidiano da advocacia criminal. Da intimidade de sua biblioteca à sala de aula e desta ao foro, adicionando-se a tudo isto a liderança indiscutível que exerce entre os seus novos colegas, pois como se sabe, ele possui personalidade aglutinadora, Nilo Batista une, liga, faz contatos, mantém o mais próximo possível todos os que tenham interesse intelectual pela ciência que escolheu.

Este seu livro é, portanto, trabalho escrito por professor profundamente envolvido na *praxis*, quer como advogado dos mais eficientes, quer como ex-membro do Ministério Público. Assim, tem ele razões de sobra quando afirma no prefácio: "Um trabalho dessa natureza tem que partir de duas premissas. Em primeiro lugar, da crença de que o estudo do direito e do processo penal se justifica e enobrece ao aproximar-se dos casos concretos: o afazer jurídico não se pode cifrar em abstrações divorciadas do dado histórico expresso pela experiência judiciária; ao direito há de incumbir a salvação dos corpos. Em segundo lugar, da confiança na interpretação judicial da lei, de cuja criatividade há tanto mais a esperar, em termos de aproximação do homem, quanto dele mais se tenha afastado um legislador tecnocrático e desinformado, ou em regime político autoritário."

Lamentavelmente, no Brasil, a doutrina, talvez em razão da pobreza de algumas decisões, não tem dado à Jurisprudência o lugar de destaque que ela vem há muito ocupando nos tratados e manuais estrangeiros, como, por exemplo, nos alemães. Tinha razão Ihering ao afirmar que a Jurisprudência para ser prática não deve limitar-se a questões práticas.

Entre nós se tornava comum apenas colecionar-se acórdão nos repositórios de jurisprudência. A obra precursora de Heleno Fragoso na conhecida "Jurisprudência Criminal" possibilitou pela vez primeira uma análise científica dos julgados criminais. Saliente-se que recentemente Damásio de Jesus apresentou importante contribuição nesta área ao publicar suas "Decisões Anotadas do S.T.F. em Matéria Criminal".

Amparado em farta doutrina e com espírito crítico Nilo Batista não optou por tratar de questões dogmáticas obscuras por vezes irrealizáveis. Pelo contrário, ele traz ao debate problemas técnicos fundamentais de solução controvertida na doutrina, sempre deixando a marca de sua opinião pessoal. No trabalho, são abordados temas interessantíssimos, como a questão da presunção de culpa, da aplicação da pena na hipótese de concurso de agentes, da inexigibilidade de conduta diversa e compra de substância tóxica, novamente a aplicação da pena, já agora no que concerne a sua motivação, pres-

crição, qualificadoras do homicídio, a possibilidade de conviver a destreza com a tentativa de furto, a qualificação do roubo praticado com arma de brinquedo, momento consumativo da apropriação indébita, distinção entre estelionato e furto praticado através de meio fraudulento, cheques sem fundos e efeito do pagamento, o marido como autor de estupro, posse de substância entorpecente e erro, uso de documento falso pelo autor do *falsum* e falso testemunho.

O autor enfrenta com igual correção questões processuais, como a possibilidade de dispensa de identificação criminal, o arquivamento implícito do inquérito policial, a suspeição, o corpo de delito, a validade do testemunho único, recurso e outros temas, sobressaindo o excelente estudo que faz a respeito da defesa deficiente.

Perpassa por todo estudo de Nilo Batista um fino espírito de jurista liberal. Este livro demonstra que ele tem um compromisso. Compromisso com o respeito aos direitos humanos, compromisso com a liberdade de seu semelhante. Num momento em que se pretende, num retrocesso inimaginável, reduzir-se os direitos e garantias individuais dos cidadãos, com as recentes propostas de prisões (cautelares?) para averiguações que o próprio Estado Novo não endossou, livros como este devem ser lidos e relidos. Só assim concluiremos que os juristas e dogmáticos, sensíveis e moderados, preocupados com a "salvação dos corpos", ainda são necessários.

Heitor Costa Junior

ABREU (Waldyr de) — Trânsito. Como policial e ser policiado sem infrações, Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 1979.

Waldyr de Abreu é, sem dúvida, um de nossos melhores especialistas em direito de trânsito, tendo publicado diversos trabalhos sobre a matéria, sempre de alta categoria.

Este novo livro constitui interessante manual em que são examinadas praticamente todas as situações que surgem no trânsito, tanto do ponto de vista policial como do usuário da via. O estudo começa com a ação do policial em face de uma infração de trânsito e com os procedimentos de defesa e os recursos das punições. Em seguida, o mesmo se faz relativamente às infrações penais de trânsito.

Os outros capítulos da obra se referem à ação policial e dos motoristas num local de acidente de trânsito; à responsabilidade legal do motorista e outros usuários da via pública; ao direito das vítimas e ao seguro obrigatório; aos crimes funcionais e aos dos particulares contra a administração pública; à polícia de trânsito; à detenção e perseguição de veículos e infratores e à execução de serviços rotineiros de policiamento.

Escrito por quem tem amplo domínio da matéria e experiência didática, o manual de Waldyr de Abreu certamente prestará excelente serviço no adestramento de policiais para o serviço de trânsito, tendo interesse para todos os que conduzem veículos.

H. C. F.

MOTTA (Dilson) e MISSE (Michel), *Crime: o social pela culatra*, Rio de Janeiro, Achiamé/Socii, Textos Paralelos, 1979.

Os autores deste pequeno opúsculo integraram a equipe responsável pela pesquisa sobre delinquência juvenil no antigo Estado da Guanabara, estudo valioso que comentamos nestas páginas (RDP 9/10, 76). Desta feita eles nos apresentam um pequeno ensaio, na ótica da Criminologia radical, em que examinam, na primeira parte, a abordagem sociológica não-marxista mais representativa, com as teses da anomia e da divergência. A primeira remonta a Durkheim e sua forma mais acabada se deve a Merton. A conhecida contribuição de Becker, segundo a qual o comportamento desviante é, afinal, resultado da ação dos que têm o poder de fazer as normas, é também considerada expressão do pensamento "burguês", que, em última análise, verá no crime uma disfunção social, e não um subproduto da estrutura opressiva e injusta dominante.

Na segunda parte do trabalho, denominada "Para uma direção crítica", os autores, partindo de uma orientação marxista, afirmam que o crime é efeito (embora não apareça como expressão imediata) das relações sociais de produção, das relações de classe e da dominação política, surgindo numa surda contradição imediata com a Sociedade Global, com o Social-Genérico, com a Universalidade do Estado e da Ideologia dominante.

O enfoque marxista no campo da Criminologia tem sido desenvolvido por certos grupos valorosos, nos últimos tempos. Nos Estados Unidos, o mais significativo foi o extinto Grupo de Berkeley (que hoje edita a excelente revista *Crime and Social Justice*). Na América Latina, podemos destacar no mesmo sentido o Instituto de Criminologia da Universidade del Zulia, em Maracaibo, que tem à frente a admirável Lola Aniyar de Castro. Em nosso Instituto, essa corrente está bem representada por Juarez Cirino dos Santos, cujos trabalhos são conhecidos dos leitores desta revista.

A visão marxista é criadora e importante. Todavia, a explicação que proporciona para o crime como fato social é demasiadamente simplificada, representando, a nosso ver, uma verdade parcial. O crime, como comportamento humano, é fenômeno complexo que não se subordina, em sua etiologia, a um esquema causal simples. Como sabem muito bem os advogados criminais (melhor do que os que estudam a amostragem penitenciária enganadora),

a motivação do comportamento delituoso é multifária e desconcertante, aparecendo ele em todas as classes sociais e em todos os sistemas políticos. Nesse sentido é valioso estudar a criminalidade nos países socialistas (sempre subtraída à informação do mundo ocidental, mas, não obstante reconhecida). A criminalidade econômica na União Soviética, por exemplo, é fenômeno que o marxista deveria considerar paradoxal, resquícios da influência deletéria do mundo "burguês". Apesar de severamente reprimida, essa criminalidade é impressionante. Os turistas em Moscou são importunados por pessoas ávidas para a troca não autorizada (e punível) de rublos por dólares. Ainda há pouco os professores Emile e Barrie Chi descreveram um julgamento de tentativa de homicídio na China ("Crime e castigo, uma versão chinesa", JB, 14/10/79), punida com a pena de prisão perpétua. Desde julho de 1979 temos um novo Código Penal na China que reproduz, como os códigos dos demais países socialistas, o esquema conceitual e ideológico das legislações "burguesas". Será possível dizer que nem a China, nem, muito menos, a União Soviética representam o ideal de uma sociedade socialista. Nesses países em última análise, temos tecno-burocracias semelhantes às de certas ditaduras militares, nas quais dominam os membros do partido, gerando uma ordem tão opressiva e injusta como a dos países "burgueses", porém muito mais insegura.

O instrumental punitivo é universalmente empregado pelos governantes, com maior ou menor severidade, para reprimir ações que atingem certos bens-interesses de superlativa importância, funcionando, portanto, como meio de defesa social. O crime é fenômeno **natural** na sociedade, como ensinava Durkheim, e jamais será eliminado. Ele aparece em toda e qualquer forma de sociedade.

A crítica marxista, salientando, através da Criminologia Radical, as incongruências, injustiças e desigualdades do sistema, presta um serviço importante. É evidente que a estrutura social dos países da América Latina de capitalismo dependente desempenha um papel básico no fenômeno da criminalidade. Vivemos numa ordem social em que predomina a exploração e a desigualdade social, causando crescente marginalização e pobreza, com os resultados de doença, mortalidade infantil e infância carente. Uma reforma substancial da sociedade em sua própria estrutura é hoje reclamada também pela Igreja, como se pode ver tão bem pelo eloquente documento de Puebla.

Estamos de acordo numa larga faixa, mas não podemos aceitar o esquema não demonstrado da explicação simplória.

O pequeno volume que enseja estas notas pertence à coleção "Textos Paralelos", uma iniciativa das Edições Achiamé e da Sócio-Pesquisadores Associados em Ciências Sociais, cuja atividade acompanhamos com simpatia e admiração, esperando que persevere no programa ambicioso que a inspira.

H. C. F.

GUIMARÃES (Luiz Chemin) — **Inseminação Artificial Criminosa**, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1978.

Entre as diversas inovações de parte especial do Código de 1969, havia uma que muito possivelmente deverá regressar, quando se fizer uma reforma: o delito de inseminação artificial ilícita. A obra em epígrafe, que marca a estréia do Autor, se ocupa com o estudo desse delito.

E o faz bastante bem, não só quanto ao exame técnico da figura, mas sobretudo quanto ao clima que cerca este exame. Tão importante quanto a precisão na definição da objetividade jurídica nos parece ser a procedente e bem fundamentada crítica que o Autor dirige à própria constituição dessa figura criminal, revelando sintonia com a generalizada descrença nas soluções penais.

Enfim, quer venha ou não o crime, temos um bom estudo, de leitura agradável e proveitosa. Só uma dúvida o trabalho não me resolveu: aquela crase. Quem foi que pôs aquela crase? Foi mesmo o revisor da imprensa nacional?

Nilo Batista

HUNGRIA (Nélson) e FRAGOSO (Heleno Claudio), **Comentários ao Código Penal**, v. V, Ed. Forense, Rio, 1979, 592 pp.

O programa de reedição e atualização da obra de Nélson Hungria prossegue com o lançamento deste volume V, que trata dos crimes contra a vida, das lesões corporais, e dos crimes de perigo contra a vida e a saúde.

Os Comentários de Hungria constituem uma obra ciclópica, elaborada por quem foi a um só tempo profundo conhecedor de direito penal, escritor brilhante e irremissível polemista, tendo influenciado extraordinariamente a jurisprudência. O poder dessa influência foi tão notável que mesmo os equívocos de Hungria conseguem até hoje consagração jurisprudencial. Onde Hungria se equivocou, encontra-se, a exemplo dos dominós, uma sucessão de equívocos nele baseada.

Aos valiosos comentários de Hungria somam-se agora as anotações de Heleno Fragoso, o que representa não só uma leitura atual das colocações originais da obra, como também a possibilidade de acesso a informações recentes. São preciosas as páginas que Fragoso consagra ao aborto, repletas de notícias sobre a situação da espécie em diversas legislações contemporâneas. Como se sabe, o aumento do espectro legal de indicações para o aborto é uma tendência que se apresenta em diversas legislações reformadas nos anos setenta.

Este volume que contém o estudo de Hungria sobre o homicídio — é um clássico da literatura jurídico-penal brasileira, que não pode estar ausente da estante dos estudantes e dos profissionais da justiça criminal.

Nilo Batista

LIVROS NOVOS

ALFONSO REYES (E.), **Punibilidad**, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 1978.

ALVES DA SILVA (E.), **Tóxicos**, São Paulo, Bushatsky, 1979.

AMARO (Mohamed), **Jurisprudência e Doutrina Criminais**, São Paulo, Rev. Tribs., 1979.

AZEVEDO MARQUES (J. Benedito), **Marginalização: Menor e criminalidade**, São Paulo, MacGraw Hill, 1976.

BARBOSA (Manoel Messias), **A imprudência nos delitos do automóvel**, Bauru, Jalovi, 1979.

BARCELOS DE SOUZA (José), **Teoria e Prática da Ação Penal**, São Paulo, Saraiva, 1979.

BASSIOUNI (M. Cherif), et al., **The Criminal Justice System of the URSS**, Springfield, Charles C. Thomas, 1979.

BOCCA (Giorgio), **Il Terrorismo Italiano (1970/1978)**, Milão, Rizzoli, 1979 (6.ª edição).

BOCKELMANN (Paul), **Strafrecht, bes. Teil/1 Vermögensdelikte**, Munique Beck, 1976.

Id., **Strafrecht, bes. Teil/2, Delikte gegen die Person**, Munique Beck, 1977.

BRITO ALVES (Roque), **Aspectos da criminalidade feminina**, Recife, Tipografia Papelaria Liceu, 1979.

CASTILLO BARRANTES (J. Enrique), **Ensayos sobre la nueva legislación penal**, San José, Colégio de Abogados, 1977.

COSTA JR. (P.J.) -GRINOVER (A.P.), **A nova lei penal — A nova lei processual penal**, São Paulo, Rev. Tribs., 1979 (2.ª edição).

CRESSEY (Donald R.) (ed.), **Crime and Criminal Justice**, Chicago, Quadrangle Books, 1971.

DORNSEIFER (Gerhard), **Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merckels**, Berlim — Munique, Duncker & Humblot, 1979.

DRAPKIN (Israel), **The First 15 years of the Institute of Criminology**, Jerusalém, 1979.

FIDELIS (Guido), **Lei de segurança nacional e censura**, São Paulo, Sugestões Literárias, 1979.

FRAGOSO (Heleno Claudio), **Jurisprudência Criminal**, São Paulo, Bushatsky, 1979 (3.ª edição).

Id., **Lei de Segurança Nacional: uma experiência antidemocrática**, Porto Alegre, Fabris, 1980.

FRANCO (Alberto Silva) et al., **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**, São Paulo, Rev. Tribs., 1979.

GALLI (G.) et al., **L'interruzione volontaria della gravidanza**, Milão Giuffrè, 1978.

GIANNITI (Francesco), **Prospettive criminologiche e processo penale**, Milão, Giuffrè, 1977.

CRIMES DE TRÂNSITO

ANTEPROJETO MINISTERIAL

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

O Grupo de Trabalho constituído pela Portaria n.º 327-B, de 1.º de junho de 1976, para "proceder a estudos de elaboração de Anteprojeto de Lei sobre delitos de trânsito", ao cabo de cinco meses de atividade intensiva, tem a honra de submeter à elevada apreciação de Vossa Excelência o anexo Anteprojeto, através do qual se desincumbe da missão que lhe foi cometida.

Os trabalhos tiveram como ponto de partida o anteprojeto elaborado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que se transformou no Projeto de Lei n.º 106/73 do Senado Federal e o substitutivo apresentado pelo Presidente da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal — Senador Accioly Filho.

Inicialmente, o Grupo de Trabalho realizou obra de revisão do projeto e do substitutivo, mas, à medida que evoluía desvinculava-se, em parte, dos modelos originais, para criar modelo próprio, autónomo, sem com isso deslustrar o mérito daqueles trabalhos.

Procurou o Grupo de Trabalho investigar a realidade brasileira através do exame de estatísticas e peculiaridades regionais, assim como, de consultas a especialistas e autoridades de todos os Estados, além da permanente colaboração de Juizes, Promotores, Advogados e autoridades policiais, sem perder de vista as conclusões a que chegou o Simpósio Nacional de Trânsito promovido pela Comissão Especial de Segurança de Veículos Automotores e Tráfego da Câmara dos Deputados e as principais legislações estrangeiras.

Dai ser o anteprojeto, ora submetido à elevada apreciação de Vossa Excelência, obra impessoal, desvinculada de qualquer sectarismo doutrinário e presidida exclusivamente pelo interesse social.

Sob a denominação de crimes de trânsito, o anteprojeto cuida, fundamentalmente, de três aspectos: a definição de crimes e de penas; o processo e o julgamento e a reparação do dano.

A denominação acima foi preferida pelo Grupo de Trabalho, a despeito de várias terem sido propostas para definir os ilícitos penais cometidos através do uso de veículos, por entender ser mais abrangente que "direito rodoviário", "crimes de automóvel", "crimes na circulação de veículos",

“delitos de circulação”, “ilícitos de trânsito” e “infrações penais relativas à condução de veículos”, já que no Anteprojeto todos os ilícitos pertinentes foram elevados à categoria de crimes, inexistindo assim a dicotomia crime-contravenção. A supressão desta última se justifica de um lado, porque em se tratando de ilícito relativo a trânsito, passou a exigir apenação mais rigorosa, diante do perigo que constitui para as sociedades modernas, e de outro, em face do interesse formal da não-fragmentação da competência para o processo dos fatos ilícitos previstos no corpo do Anteprojeto.

Na definição desses crimes o Grupo de Trabalho teve por objetivo principal punir comportamentos perigosos no seu nascedouro, numa atitude tipicamente preventiva. Mas culpa no sentido estrito não foi também descrida e, ao lado desses tradicionais crimes foi criado o da violação culposa de regra de trânsito, no art. 10, parágrafo único. Essa inovação, em se tratando de crime de perigo concreto, vem evitar que a transgressão da regra administrativa, por imprudência, negligência ou imperícia, causadora de perigo com sujeito passivo determinado, resultasse impune. O perigo, no caso, se concretizado está insito na violação, constituindo-se com ela, uma ação única. Além de não haver razões de direito a impedir a criação de situação de perigo por ação culposa, o Código Penal em vigor consagra-a no art. 130, quando trata do perigo de contágio venéreo, e a própria exposição de motivos, n.º 44, admite o crime a título de culpa.

O homicídio e as lesões corporais, nas modalidades culposa e dolosa, abrem o elenco dos crimes. Em relação às lesões culposas, diferentemente do direito vigente, mas coerente com os postulados do futuro Código Penal, o Anteprojeto distingue, para tratamento mais rigoroso, entre a lesão leve e a grave. Em seguida são definidos crimes que violam ou ameaçam a incolumidade pública, bem como condutas destinadas a burlar os efeitos repressivos estabelecidos no Anteprojeto ou a prejudicar a ação da justiça ou a fiscalização das autoridades de trânsito.

Várias são as figuras típicas novas definidas no anteprojeto, dentre as quais avultam: “conduzir veículos sob a influência do álcool ou de substância de efeitos análogos”, “praticar violência contra condutor de veículos em movimento, provocando manobra perigosa”, “confiar a direção de veículo à pessoa não habilitada”, “conduzir veículo sem placa de identificação ou com placas falsas”, “provocação de alarma perigoso”, “condução de veículo desprovido de dispositivos de segurança”, “participação em corrida não autorizada”.

Com a definição desses crimes, o anteprojeto completa o rol das condutas violadoras do mínimo de segurança exigível pela incolumidade pública, já que todos os casos, desde os de perigo presumido até aqueles em que a configuração do tipo exige a ocorrência efetiva de um resultado de dano, estão previstos.

No que diz respeito às penas, o Anteprojeto introduz novidades absolutas, tornando-o pioneiro e abrindo caminho à renovação dos conceitos penológicos.

São previstas penas de três naturezas, todas elas principais: a pena privativa de liberdade (reclusão e detenção); a pecuniária e a de interdição de direito (suspensão da licença para conduzir veículos e proibição de obtenção dessa licença).

A interdição de direito, até aqui conhecida da nossa legislação apenas como pena acessória, foi erigida à condição de pena principal. É sabido, e quase nunca contestado, que as atuais penas principais não têm logrado os resultados desejados no combate à criminalidade, especialmente em relação aos crimes de trânsito, daí a idéia, que remonta a FERRI de encontrar outras formas de atuação defensiva da sociedade.

Além de representar uma forma mais direta e efetiva de repressão criminal, a interdição de direito como pena principal contribui para a realização de um velho ideal de justiça, além de atender à moderna tendência doutrinária.

De fato, a adoção do sistema proposto facultará ao Juiz uma maior área de arbítrio, já que poderá optar pela aplicação isolada ou cumulativa de quaisquer das penas cominadas, podendo, com isso, efetivar uma real individualização da pena.

Por outro lado, o anteprojeto consagra o entendimento doutrinário, já manifestado no Código Penal vacante, de unificação da pena e da medida de segurança. Pelo sistema proposto, a interdição de direito participará, simultaneamente da natureza da pena e da medida de segurança, evitando a aplicação cumulativa dessas duas sanções.

Completando esse sistema de penas, estabelece o anteprojeto a possibilidade de aplicação provisória da interdição de direito, sem os rigores atualmente estabelecidos para a prisão preventiva, bem como um caso especial de perdão judicial. Nos crimes de que resultar morte ou lesão corporal, exclusivamente, em cônjuge, irmão ascendente ou descendente, seja o parentesco civil ou natural ou afim em linha reta, dependendo das circunstâncias, será lícito ao juiz deixar de aplicar a pena. Igual procedimento será possível, nos casos de lesão corporal leve, sempre que o dano for reparado antes de prolatada a decisão de primeiro grau. Destaque-se, a reparação do dano é preocupação primária do anteprojeto que, noutra passagem, faz retornar à sede penal todo o procedimento destinado à reparação do dano causado pelo delito.

Tendo em vista essa preocupação, o anteprojeto procura estimular o réu a reparar o dano, seja através do perdão judicial, quando a lesão não for grave, seja através da diminuição da pena até 2/3, nos demais casos, ou mediante um tratamento mais rigoroso para aqueles que assim não agirem.

Como já ficou dito, o anteprojeto se preocupa com a imediata proteção da vítima, promovendo, sempre que possível, de forma completa e imediata a reparação do dano. Para tanto, estabeleceu-se o seguinte sistema: o veículo conduzido pelo criminoso, desde que de sua propriedade, será sempre o principal bem responsável pela reparação.

Nessas condições, desde o momento do cometimento do delito o veículo conduzido pelo criminoso é colocado fora do comércio, desde que da sua propriedade. Essa situação permanecerá até a sentença de primeiro grau

que, em sendo condenatória, determinará a sua apreensão e arresto, juntamente com outros bens necessários a garantir a reparação do dano.

Transitada em julgado a decisão condenatória, os bens arrestados serão avaliados e leiloados, após a apuração definitiva do valor dos danos, pagando-se aos interessados.

Ressalte-se, que a reparação do dano na sede penal refere-se, exclusivamente, ao autor de delito, não excluindo o direito das vítimas ou seus herdeiros de demandar, no juízo não penal, contra outros responsáveis civis.

A adoção dos critérios propostos no anteprojeto importará em maior proteção para as vítimas de crimes, já que a reparação será imediata, dispensando a instauração de um outro processo, nem sempre célere e pouco oneroso. Além disso, ao Ministério Público incumbirá promover a liquidação do dano, importando isso em penhor seguro de total satisfação da vítima ou de seus herdeiros, evitada a impunidade dos economicamente mais poderosos.

Afora esse aspecto, relevante se torna destacar que, trazendo para o juízo criminal a reparação do dano, o anteprojeto estabelece uma complementação da pena, pois sendo a reparação um efeito da condenação, sua liquidação na sede penal, logo após o trânsito em julgado da decisão condenatória, importa em dar à condenação maior dignidade de vez que, para o réu, importará na certeza de que, cometido o delito, não logrará escusar-se da responsabilidade, seja do ponto de vista penal, seja do civil. Tal procedimento legal traduzirá medida preventiva, da maior valia em razão de sua influência psicológica, atendendo ao ideal de prevenção geral, o que representará, outrossim, a ratificação do princípio já defendido por Montesquieu, de que a eficácia da repressão não reside na gravidade das penas, mas na certeza da punição.

Com relação ao procedimento estabelecido no anteprojeto, entenderam os signatários que, tanto quanto possível, deveria ele se aproximar daquele estabelecido na Lei de Tóxicos. A medida é de grande alcance prático e teórico. Prático porque evita a perplexidade judiciária diante da multiplicidade de ritos, facilitando o trabalho de juizes, promotores, advogados e serventuários da justiça. O âmbito teórico não é menos relevante, pois com isso, procura-se uma aproximação de ritos processuais para os crimes extravagantes.

No anteprojeto o princípio da celeridade foi mitigado pela observação atenta da realidade brasileira, com o fim de evitar a sua inexecutabilidade. Em razão da observação dessa realidade, o Grupo de Trabalho preferiu o rito proposto à instituição de ritos sumaríssimos semelhantes aos adotados por outros países. Os juizados de instrução não se compatibilizam com a nossa sistemática jurídico-social. As dificuldades da instalação de juízos em delegacias de polícia, no interior do País, onde até os meios de locomoção são causas impeditivas da presença permanente dos magistrados, soma-se o imensurável transtorno que adviria da modificação de todas as organizações judiciárias dos Estados, muitos deles, sem condições econômico-financeiras para fazê-lo, devido aos custos de instalação das cortes especiais que, in-

clusive, precisariam de ser também noturnas. Por outro lado, o motivo preponderante dessa impossibilidade factual é também de direito. O Anteprojeto, a exemplo do que prevê o futuro Código Penal, considera, para efeito de punição, a graduação das lesões consoante a sua natureza, do que decorre a qualificação do crime pelo resultado. Ora, um dos pressupostos da lesão grave é o da impossibilidade da ocupação habitual por mais de trinta dias. Se o crime tivesse de ser julgado de plano, como sugerem alguns, não haveria condições de proferir decisão, pois o laudo pericial não teria como antecipar a sua conclusão. Daí, a opção por uma fórmula mista que se situa entre a celeridade processual plausível e a garantia jurisdicional possível.

Aproveitamos a oportunidade para renovar a Vossa Excelência protestos de elevada estima e distinta consideração.

JOÃO DE DEUS LACERDA MENNA BARRETO
Presidente

JOÃO MARCELLO DE ARAÚJO JÚNIOR
PAULO LADEIRA DE CARVALHO

PROJETO DE LEI

Dispõe sobre os crimes de trânsito e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

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

CAPÍTULO I

DOS CRIMES E DAS PENAS

Art. 1.º — Aos crimes de homicídio e de lesão corporal dolosos, praticados na condução de veículo motorizado, aplicar-se-ão, cumulativamente, as penas privativas de liberdade cominadas na lei penal comum, as de multa e de interdição de direitos, abaixo:

I — No homicídio:

Penas — Pagamento de cem a trezentos e sessenta dias-multa e suspensão da licença para conduzir veículo motorizado ou proibição de sua obtenção, pelo prazo de três a cinco anos.

Parágrafo único. Se da lesão corporal dolosa resulta perigo de vida, enfermidade incurável; debilidade permanente; perda ou inutilização de membro, sentido ou função; incapacidade para as ocupações habituais ou para o trabalho por mais de trinta dias; deformidade duradoura; aceleração do parto, ou aborto:

Penas — Reclusão, de dois a oito anos, pagamento de cinquenta a duzentos dias-multa e suspensão da licença para conduzir veículo motorizado ou proibição de sua obtenção, pelo prazo de um a três anos.

Art. 2.º — Praticar homicídio culposo na condução de veículo motorizado:

Penas — Detenção, de um a quatro anos; ou pagamento de cinquenta a duzentos dias-multa; ou suspensão da licença para conduzir veículo motorizado ou proibição de sua obtenção, pelo prazo de dois a quatro anos.

Art. 3.º — Praticar lesão corporal culposa na condução de veículo motorizado;

Penas — Detenção, de dois meses a um ano; ou pagamento de vinte a cinquenta dias-multa; ou suspensão da licença para conduzir veículo motorizado ou proibição de sua obtenção, pelo prazo de seis meses a dois anos.

Parágrafo único — Se ocorrerem os resultados previstos no parágrafo único do art. 1.º, a pena será aumentada de um sexto até a metade.

Art. 4.º — Deixar o autor dos crimes, definidos nos artigos anteriores, de prestar socorro à vítima ou, não podendo fazê-lo por motivo justificado, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública.

Penas — Detenção, de três meses a um ano; ou pagamento de trinta a cem dias-multa.

Art. 5.º — Exercer violência ou grave ameaça contra condutor de veículo motorizado que procure socorrer vítima de fato que tenha provocado ou do qual tenha participado, ainda que sem culpa, ou contra pessoa que pretende auxiliá-lo:

Penas — além da correspondente à violência, detenção, de seis meses a dois anos; ou pagamento de cem a trezentos dias-multa.

Art. 6.º — Fabricar ou adaptar veículo motorizado com infração das regras de segurança estabelecidas em lei ou regulamento:

Penas — Detenção, de seis meses a dois anos; ou pagamento de cem a trezentos dias-multa.

Parágrafo único — Nas mesmas penas incorre quem, de qualquer modo, coloca no comércio veículo nas condições referidas neste artigo.

Art. 7.º — Exigir ou admitir, na qualidade de proprietário de veículo motorizado ou responsável por empresa de transporte, jornada de trabalho de condutor de veículo motorizado superior à permitida pela legislação específica:

Penas — Detenção, de seis meses a dois anos; ou pagamento de cem a trezentos dias-multa.

Parágrafo único — A autoridade administrativa que tomar conhecimento de fato referido neste artigo deverá, sob pena de responsabilidade penal e administrativa, comunicá-lo imediatamente à autoridade policial competente, para o procedimento devido.

Art. 8.º — Praticar violência contra o condutor ou pessoa que se encontra no interior de veículo motorizado em movimento, provocando manobra que ponha em risco a vida ou a integridade física de outrem:

Penas — além da correspondente à violência, detenção, de seis meses a dois anos; ou pagamento de trinta a cem dias-multa.

Art. 9.º — Impedir ou dificultar, por qualquer meio, o funcionamento de veículo motorizado empregado em serviço de transporte, expondo a perigo a vida, a integridade física ou a saúde de outrem:

Penas — Detenção, de seis meses a dois anos, se do fato não resulta crime mais grave; ou pagamento de cem a trezentos dias-multa.

Art. 10 — Violar regra de trânsito, expondo a perigo a vida, a integridade física ou a saúde de outrem:

Penas — Detenção, de seis meses a dois anos; ou pagamento de trinta a cem dias-multa; ou suspensão da licença para conduzir veículo motorizado ou proibição de sua obtenção, pelo prazo de seis meses a dois anos.

Parágrafo único — Se a violação é culposa:

Penas — Detenção, de dois meses a um ano; ou pagamento de vinte a cinquenta dias-multa; ou suspensão da licença para conduzir veículo motorizado ou proibição de sua obtenção, pelo prazo de três meses a um ano.

Art. 11 — Conduzir veículo motorizado sob influência do álcool, de substância de efeitos análogos, ou de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica:

Penas — Detenção, de seis meses a dois anos; ou pagamento de trinta a cem dias-multa; ou suspensão da licença para conduzir veículo motorizado ou proibição de sua obtenção, pelo prazo de um a três anos.

§ 1.º — Considera-se sob influência do álcool o agente que tiver teor alcoólico no sangue igual ou superior a 0,10% em peso.

§ 2.º — A percentagem em peso de álcool será baseada em gramas de álcool por 100 centímetros cúbicos de sangue.

§ 3.º — Nas mesmas penas incorre o condutor de veículo motorizado que, provocando fundada suspeita quanto ao seu estado, se recusa a exame médico-legal para determinação da ingestão de álcool, de substância de efeitos análogos, ou de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Art. 12 — Confiar direção de veículo motorizado a pessoa não habilitada, ou a quem, em virtude de seu estado de saúde física ou mental, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança:

Penas — Detenção, de seis meses a dois anos; ou pagamento de trinta a cem dias-multa.

Art. 13 — Participar, na direção de veículo motorizado, em via pública, de corrida ou competição não autorizada:

Penas — Detenção, de seis meses a dois anos; ou pagamento de trinta a cem dias-multa; ou suspensão da licença para conduzir veículo motorizado ou proibição de sua obtenção, pelo prazo de seis meses a dois anos.

Art. 14 — Conduzir veículo motorizado que não tenha licença ou autorização especial para circular, sem placa de identificação ou com placas ou selos falsos ou ilegíveis:

Penas — além da correspondente à falsificação, detenção, de um a seis meses; ou pagamento de trinta a cem dias-multa.

Parágrafo único — Nas mesmas penas incorre quem violar selo de apreensão de veículo motorizado afixado pela autoridade de trânsito.

Art. 15 — Provocar falso alarma, colocando em risco a segurança da circulação de veículo motorizado ou a incolumidade pública:

Penas — Detenção, de um a seis meses; ou pagamento de trinta a cem dias-multa.

Art. 16 — Violar interdição imposta com fundamento nesta Lei:

Penas — Detenção, de seis meses a dois anos; ou pagamento de cem a trezentos dias-multa; ou interdição de direito igual e pelo mesmo prazo da interdição descumprida.

Parágrafo único — Nas mesmas penas incorre o agente que deixar de devolver o documento de habilitação no prazo estabelecido no art. 38.

Art. 17 — Conduzir, ou, de qualquer forma, transferir a outrem, a qualquer título, para que o conduza, veículo motorizado desprovido dos dispositivos de segurança exigidos por lei ou pela autoridade, ou constantes das especificações dos fabricantes.

Penas — Detenção, de um a seis meses, ou pagamento de vinte a cinquenta dias-multa; ou suspensão da licença para conduzir veículo motorizado ou proibição de sua obtenção, pelo prazo de seis meses a dois anos.

Art. 18 — Danificar, ou removêr indevidamente sinalização de trânsito ou sinal de outra natureza, destinado a evitar perigo à circulação de veículos:

Penas — Detenção, de um a seis meses; ou pagamento de vinte a cinquenta dias-multa.

Parágrafo único — Nas mesmas penas incorre quem danificar via pública, pondo em risco a segurança da circulação de veículos.

Art. 19 — Conduzir veículo motorizado sem a necessária licença de habilitação:

Penas — Detenção, de um a seis meses; ou pagamento de vinte a cinquenta dias-multa; ou proibição da obtenção de licença para conduzir veículo motorizado, pelo prazo de seis meses a dois anos.

Parágrafo único — A obtenção da licença após a prática do crime definido neste artigo não excluirá a imputação nem isentará o réu de pena. Neste caso, a pena de proibição cominada será a de suspensão da licença pelo mesmo prazo.

Art. 20 — As penas dos crimes previstos nesta Lei serão aumentadas de um a dois terços, se o agente:

I — pratica o crime, quando na condução de veículo motorizado, sobre faixa de trânsito temporária ou permanente destinada ao pedestre, sobre acostamento de estrada, ou diante de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas;

II — pratica o crime com intuito de lucro;

III — conduz veículo não coberto por seguro de responsabilidade civil obrigatório.

Art. 21 — As penas dos crimes previstos nesta Lei, com exceção das do art. 1.º, serão diminuídas de um sexto até metade:

I — concorrendo defeito ou omissão na construção ou na conservação da rodovia ou da sinalização;

II — concorrendo deficiência técnica na fabricação do veículo.

Parágrafo único — No caso de efetiva reparação do dano antes da sentença, as penas serão diminuídas de um a dois terços.

CAPÍTULO II

DO PROCEDIMENTO CRIMINAL

Art. 22 — O procedimento dos crimes previstos nesta lei, ressalvados os da competência do júri e das jurisdições especiais, reger-se-á pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Penal.

Art. 23 — Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade policial dela fará comunicação imediata ao juiz competente, remetendo-lhe juntamente cópia do auto lavrado.

§ 1.º — Não haverá prisão, nem será exigida fiança do autor do crime previsto nesta Lei, de que resulte vítima, se a esta prestar socorro imediato, ainda quando ocorrer concurso de crimes, sem prejuízo da lavratura do auto de flagrante delito.

§ 2.º — Nos casos de flagrante delito, com ou sem prisão, a autoridade policial remeterá os autos do inquérito ao juízo competente, nos cinco dias seguintes.

§ 3.º — Nos casos em que não ocorrer flagrante, o prazo para a remessa dos autos do inquérito a juízo será de trinta dias.

Art. 24 — O perito criminal fornecerá à autoridade policial, imediatamente após vistoria e exame do local, laudo preliminar descrevendo o fato sucintamente e indicando, de modo conclusivo, o comportamento do condutor ou condutores implicados.

Parágrafo único — Os hospitais, casas de saúde, clínicas, postos médicos, ambulatórios, pronto-socorros ou quaisquer serviços médicos, oficiais ou particulares, que atenderem vítimas de ocorrência de trânsito, fornecerão em vinte e quatro horas à autoridade policial competente o boletim de socorro respectivo, com a descrição das lesões constatadas.

Art. 25 — A autoridade policial deverá intimar o indiciado a declarar o local onde será encontrado, no lugar da sede do juízo do processo, quando possível, para o efeito de intimações e citações.

Art. 26 — A remessa dos autos de flagrante ou de inquérito a juízo far-se-á sem prejuízo das diligências destinadas ao esclarecimento do fato, inclusive a elaboração dos laudos definitivos de exame do local e do corpo de delito, que serão juntados ao processo até a audiência de instrução e julgamento.

Art. 27 — Recebidos os autos em juízo, será aberta vista ao Ministério Público, que, no prazo de três dias, poderá oferecer denúncia, arrolar testemunhas, até o máximo de três, e requerer diligências.

§ 1.º — Para efeito de constatação da materialidade do delito e de oferecimento de denúncia, serão peças idôneas a certidão de óbito ou o boletim de socorro médico.

§ 2.º — O juiz, em vinte e quatro horas, recebendo a denúncia, ordenará a citação ou requisição do réu e designará dia e hora para o interrogatório, que se realizará dentro dos dez dias seguintes.

§ 3.º — Se o réu não for encontrado nos endereços que fornecer (art. 25), ou estes não constarem dos autos, o juiz ordenará a sua citação por edital, com o prazo de cinco dias, após o qual decretará a sua revelia. Neste caso, os prazos correrão independentemente de intimação.

§ 4.º — Se o réu não tiver domicílio no lugar da sede do juízo do processo, será expedida, por via telegráfica, carta precatória que contere em resumo os requisitos legais, depois de reconhecida a firma do juiz, o que a estação expedidora mencionará.

§ 5.º — Interrogado o réu, será aberta vista à defesa para, no prazo de três dias, oferecer alegações preliminares, arrolar testemunhas, até o máximo de três, e requerer diligência. Havendo mais de um réu, o prazo será comum e correrá em cartório.

Art. 28 — Decorrido o prazo previsto no § 5.º do artigo anterior, o juiz proferirá despacho saneador, em quarenta e oito horas, no qual ordenará as diligências indispensáveis ao julgamento do feito e designará audiência de instrução e julgamento, para um dos quinze dias seguintes, notificando-se o réu e as testemunhas que nela devam prestar depoimento, intimando-se o defensor e o Ministério Público, bem como cientificando-se a autoridade policial e os órgãos dos quais dependa a remessa de peças ainda não constantes dos autos.

Art. 29 — Na audiência, após a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao órgão do Ministério Público e ao defensor do réu, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério do juiz que, em seguida, proferirá sentença.

Parágrafo único — Se o juiz não se sentir habilitado a julgar de imediato a causa, ordenará que os autos lhe sejam conclusos para, no prazo de cinco dias, proferir sentença.

Art. 30 — No caso de sentença condenatória, sem que tenha havido reparação do dano, o juiz determinará, na própria decisão, a apreensão do veículo conduzido pelo réu, desde que de sua propriedade, arrestando-o, bem como outros bens que venham a ser necessários para garantir o pagamento da reparação, lavrando-se auto.

§ 1.º — O juiz poderá permitir que o réu fique como depositário do veículo e dos bens móveis, mediante termo, que o sujeitará a responsabilidade civil e penal, e determinará a inscrição no Registro de Imóveis, quando o arresto recair sobre bem imóvel.

§ 2.º — O arresto será autuado em apartado e admitirá até a arrematação ou adjudicação, pedido de restituição de terceiro de boa fé, que poderá ser deferido liminarmente, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante.

§ 3.º — Se duvidoso esse direito, será assinado ao reclamante o prazo de cinco dias para prova.

§ 4.º — Sobre o pedido de restituição será sempre ouvido o Ministério Público.

§ 5.º — Deferido o pedido de restituição, o juiz determinará expedição de mandado de entrega dos bens em favor do reclamante e ordenará o arresto de outros bens de propriedade do réu.

Art. 31 — Após o trânsito em julgado da decisão condenatória, será aberta vista aos interessados, pelo prazo de dez dias, para que promovam a execução da reparação do dano, caso em que o juiz da causa determinará a formação de traslado, a avaliação dos bens e designará peritos de sua confiança para o arbitramento do valor dos danos, podendo as partes indicar assistentes técnicos e apresentar quesitos, no prazo de cinco dias, firmando-se termo de compromisso.

§ 1.º — Se os interessados requererem a providência de que trata este artigo e não tiverem recursos, caberá ao Ministério Público promover a execução.

§ 2.º — O juiz fixará prazo de até trinta dias para apresentação dos laudos, após o que será aberta vista às partes, sucessivamente, pelo prazo de quarenta e oito horas, que correrá em cartório.

§ 3.º — Decorrido o prazo do parágrafo anterior, o juiz, em dez dias, proferirá sentença fixando o valor da reparação e ordenando a realização do leilão.

§ 4.º — Do dinheiro apurado, será depositado à disposição do réu o que ultrapassar o valor da indenização, deduzidas as despesas processuais e a pena pecuniária.

§ 5.º — Da sentença que fixar o valor da reparação do dano, e da decisão que julgar o incidente de restituição, caberá recurso de apelação, que não terá efeito suspensivo.

§ 6.º — A intervenção do Ministério Público é obrigatória em todos os atos da execução, ainda que não ocorra a hipótese prevista no § 1.º.

§ 7.º — A reparação do dano no juízo criminal não excluirá o direito da vítima, inclusive através de seu representante legal, ou herdeiros de postularem perante o juízo cível contra outros responsáveis civis.

§ 8.º — Para os fins do parágrafo anterior, os interessados poderão requerer a remessa dos autos ao juiz do cível para o procedimento previsto no art. 275, letra e, do Código de Processo Civil.

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 32 — Para os efeitos desta Lei, são penas principais a reclusão, a detenção, a multa e a interdição de direitos.

§ 1.º — A interdição de direitos consiste na suspensão ou na proibição de obtenção da licença para conduzir veículo motorizado.

§ 2.º — A pena de suspensão da licença para conduzir veículo motorizado, depois de transitada em julgado a sentença condenatória, importará no recolhimento do documento respectivo e sua remessa à autoridade administrativa competente.

§ 3.º — Decorrido o prazo da suspensão, o condenado só poderá voltar a conduzir veículo motorizado após preencher as condições estabelecidas na legislação administrativa de trânsito.

Art. 33 — A pena de multa consiste no pagamento ao Tesouro Nacional de uma soma em dinheiro que é fixada em dias-multa.

§ 1.º — O montante do dia-multa será fixado segundo o prudente arbítrio do juiz, entre o mínimo de vinte e cinco cruzeiros e o máximo de duzentos e cinquenta cruzeiros.

§ 2.º — Aos valores estabelecidos no parágrafo anterior aplicar-se-á o coeficiente de atualização monetária referido no parágrafo único do art. 2.º da Lei n.º 6.205, de 29 de abril de 1975.

Art. 34 — Nos crimes previstos nesta Lei, com exceção dos referidos no art. 1.º, é facultado ao juiz aplicar, alternativamente, uma das penas cominadas ou, cumulativamente, duas ou todas.

Parágrafo único — Para os fins deste artigo, assim como para fixar a quantidade da pena, o juiz atenderá aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, à intensidade do dolo ou grau da culpa, à personalidade, aos antecedentes, à condição econômica do réu e às penalidades impostas pela autoridade administrativa, bem como ao fato de ter sido ou não reparado o dano.

Art. 35 — Quando o réu for reincidente na prática de crime previsto nesta Lei, o juiz aplicará sempre a pena de interdição de direito, se cominada.

Art. 36 — Durante o curso do processo, o juiz poderá aplicar ao réu, provisoriamente, a suspensão da licença para conduzir veículo motorizado ou a proibição para a obtenção da mesma.

§ 1.º — O tempo da suspensão ou proibição provisória será computado no prazo da pena de suspensão ou proibição de obtenção de licença que venha a ser aplicada na sentença condenatória.

§ 2.º — O prazo da interdição não se inicia, nem continua a correr, enquanto o condenado não tiver cumprido a pena privativa de liberdade.

Art. 37 — O juiz pode deixar de aplicar a pena quando do fato resultar:

I — morte ou lesão corporal exclusivamente em cônjuge, irmão, ascendente ou descendente, ou afim em linha reta, seja o parentesco civil ou natural;

II — lesão corporal de natureza leve e o réu, sendo primário, reparar o dano antes da sentença.

Art. 38 — O juiz, na sentença que aplicar pena de suspensão da licença para conduzir veículo motorizado, poderá determinar o recolhimento do documento respectivo, no prazo de até cinco dias, que será apensado aos autos.

Parágrafo único — O disposto neste artigo abrange as suspensões provisórias (art. 36).

Art. 39 — A interdição de direitos será aplicada, como medida de segurança, no caso de absolvição do réu por inimizabilidade, se ao crime for cominada pena dessa natureza.

Parágrafo único — A duração da medida de segurança de que trata este artigo será, no mínimo, de seis meses.

Art. 40 — As interdições previstas nesta Lei podem abranger as licenças para conduzir todo tipo de veículo motorizado, ou limitar-se a uma delas.

Art. 41 — A interdição para conduzir veículo motorizado será sempre comunicada pela autoridade judiciária ao Departamento Nacional de Trânsito e ao órgão emissor da licença objeto da interdição.

Art. 42 — Nos casos em que couber fiança, o seu valor será fixado entre o mínimo de quinhentos cruzeiros e o máximo de cinco mil cruzeiros.

Parágrafo único. Aos valores estabelecidos neste artigo aplicar-se-á o coeficiente de atualização monetária referido no parágrafo único do art. 2.º da Lei n.º 6.205, de 29 de abril de 1975.

Art. 43 — Nas infrações penais de que trata esta Lei não terá qualquer efeito jurídico o fato de contar o agente menos de vinte e um anos, salvo no que tange ao estabelecimento em que deva cumprir a pena privativa de liberdade.

Art. 44 — A apelação da sentença condenatória não suspende a execução da pena de interdição de direitos nem a medida prevista no art. 30, salvo, quanto à interdição, se o juiz não determinar o recolhimento do documento de habilitação, na forma do disposto no art. 36.

Art. 45 — As infrações previstas nesta Lei aplicam-se aos fatos ocorridos com veículos motorizados nas vias abertas à circulação pública.

Parágrafo único — Para os efeitos desta Lei, são consideradas vias abertas à circulação pública, além das definidas no Código Nacional de Trânsito, as garagens coletivas, pátios de estacionamento públicos ou particulares, áreas destinadas ao estacionamento, movimentação e manobras de veículos em empresas de transportes, fábricas, oficinas e locais de venda de veículos, ou outros da mesma natureza.

Art. 46 — Sempre que a conduta do agente caracterizar mais de um crime definido nesta Lei, as penas serão aplicadas cumulativamente.

Art. 47 — Consideram-se inalienáveis os veículos conduzidos por agentes envolvidos em ocorrência de trânsito, da qual resulte vítima.

§ 1.º — A inalienabilidade de que trata este artigo cessará em relação ao veículo conduzido pelo agente contra o qual não venha a ser instaurada a ação penal.

§ 2.º — A alienação do veículo, após o fato, será considerada fraude à execução e sujeitará o agente a processo criminal mediante ação pública.

§ 3.º — Em qualquer fase do procedimento criminal, o juiz poderá, a seu critério, liberar o veículo, desde que a providência de que trata este artigo seja dispensável, por motivo relevante.

Art. 48 — Para os réus condenados às penas dos crimes previstos nesta Lei, com exceção da de reclusão, o prazo para requerimento de reabilitação será de dois anos.

Art. 49 — Os Tribunais de Justiça deverão, sempre que necessário e possível, observado o disposto no art. 144, § 5.º, da Constituição Federal, instituir juízos especializados para o processo e julgamento dos crimes definidos nesta Lei.

Art. 50 — Revogam-se o art. 123 e seu parágrafo único, da Lei n.º 5.108, de 21 de setembro de 1966; os arts. 96 e seus parágrafos, e 287 e 288 do Decreto-Lei n.º 1.004, de 21 de outubro de 1969, com as alterações da Lei n.º 6.016, de 31 de dezembro de 1973; e demais disposições em contrário.

Art. 51 — Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após sua publicação.

(Publicada no D.O. de 15/06/79.)

DECRETO-LEI N.º 71, DE 25 DE JULHO DE 1969, COM AS ALTERAÇÕES
INTRODUZIDAS PELA LEI N.º 175, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1977

INSTITUI normas supletivas do regime penitenciário para o Estado
do Rio de Janeiro.

Art. 1.º — Ao Diretor-Geral do Departamento do Sistema Penitenciário, da Secretaria de Estado de Justiça, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por leis ou pelos regulamentos baixados pelo Poder Executivo, compete a expedição de atos normativos e instruções para a perfeita execução do disposto na Lei n.º 3.274, de 2 de outubro de 1957, bem assim manter contato e correspondência com os órgãos do Poder Judiciário sobre os assuntos do DESIPE.

Parágrafo único — As normas e instruções referidas neste artigo só poderão ser modificadas por ato do Secretário de Estado de Justiça ou do Governador do Estado, do mesmo modo que, para os contatos e a correspondência com os órgãos superiores da Justiça ficam ressalvadas as competências destas autoridades.

Art. 2.º — O recebimento de presos (Código de Processo Penal, artigo 676), assim como as providências de que tratam os artigos 712, 714 e outros do mesmo Código serão da competência do Diretor-Geral do Departamento do Sistema Penitenciário, o qual designará a unidade a que deverão ser recolhidos.

Art. 3.º — O Poder Executivo baixará atos que visem adaptar as penitenciárias ao prescrito no artigo 35, da Lei n.º 3.274, de 2 de outubro de 1957.

§ 1.º — As atuais unidades do Sistema Penitenciário constituirão parcelas de um estabelecimento integrado, como tal considerado o DESIPE, no seu conjunto.

§ 2.º — As unidades de que trata o § 1.º poderão integrar-se em conjuntos maiores, atendidas as peculiaridades de sua localização ou as conveniências administrativas.

Art. 4.º — O tratamento penitenciário se fará tendo-se em vista a classificação técnico-científica atribuída à personalidade do condenado e outros elementos assinalados na Lei n.º 3.274, de 2 de outubro de 1957 (artigos 1.º, 3.º e outros) e observado o contido na carta de guia expedida pelo Juiz (Código de Processo Penal, artigo 674).

§ 1.º — O controle da classificação do apenado e o do tratamento penitenciário serão exercidos, exclusivamente, pelos órgãos próprios do DESIPE, nos termos de regulamento emanado do Poder Executivo.

§ 2.º — Constitui falta funcional de qualquer funcionário ou autoridade do Estado, passível das sanções previstas nas leis ou estatutos vigentes, a publicidade externa das ocorrências verificadas no curso da execução penal, capazes de perturbar a disciplina e a segurança das unidades do sistema penitenciário e de expor os presos a inconveniente notoriedade.

Art. 5.º — O Regulamento Penitenciário, a que se refere o art. 32 do Código Penal, estabelecerá a forma das concessões previstas nos §§ 6.º e 7.º do artigo 30 do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei Federal n.º 6.416, de 24/05/77, bem como a natureza, as condições e a extensão dos favores gradativos, as restrições ou os castigos disciplinares aplicáveis aos condenados, e os critérios de seleção para o trabalho no interior e no exterior das prisões, a que se refere a Lei n.º 3.274, de 2/10/57.

§ 1.º — As concessões que impliquem saída de condenado para o exterior da prisão dependem de audiência prévia do Ministério Público, da Administração Penitenciária e da outorga do órgão competente do Poder Judiciário.

§ 2.º — A outorga de qualquer das concessões a que se refere o art. 30, § 6.º, do Código Penal, será antecedida da audiência da Administração Penitenciária e do Ministério Público.

§ 3.º — O pronunciamento da Administração Penitenciária far-se-á através de decisão de seu dirigente, em processo instruído e apreciado pelo órgão técnico competente.

§ 4.º — No caso das concessões previstas no art. 30, § 6.º incisos IV e V, do Código Penal, após o procedimento do § 3.º deste artigo, a Administração Penitenciária remeterá o processo ao Conselho Penitenciário que, depois de opinar, em processo administrativo de rito sumaríssimo, o encaminhará a apreciação do órgão competente do Poder Judiciário.

Art. 6.º — Os regimes de cumprimento de pena classificam-se de acordo com as espécies a seguir enumeradas e caracterizadas:

I — Fechado — proibição de saída para o exterior da prisão sem escolta; estreita vigilância intramuros;

II — Semi-aberto — trabalho externo ou frequência a curso fora do estabelecimento, sem escolta, sob discreta fiscalização; licença para visitar o lar ou a igreja, sem escolta, sob fiscalização indireta, e com intervalo de, no mínimo, uma semana; vigilância mitigada intramuros;

III — Aberto — trabalho externo ou frequência a curso fora do estabelecimento, sem escolta, sob fiscalização indireta; visita semanal ao lar ou à igreja, sem escolta e sob fiscalização indireta, à qual pode ser estendida aos fins de semana, feriados e períodos de férias, bem como licença para participar de atividades que concorram para a emenda e reintegração no convívio social; discreto controle intramuros, exceto no caso de prisão-albergue, em que tal controle será indireto.

Art. 7.º — Os estabelecimentos penais, ou os diferentes pavilhões do mesmo estabelecimento, de acordo com a quantidade e a qualidade de precauções materiais e físicas de que estejam dotados contra a fuga, serão, por ato da Administração Penitenciária, classificados em unidades de segurança máxima, segurança média, segurança mínima e casa de albergados.

§ 1.º — Os estabelecimentos do tipo casa de albergados, caracterizam-se ainda por ficarem nos municípios não integrantes da Região Metropolitana (Lei Complementar n.º 20, de 1/7/74 — art. 19, parágrafo único) e serem operados por Conselho da Comunidade local ou entidade similar, sob coordenação e controle e o apoio técnico da Administração Penitenciária, sujeitos à fiscalização do Ministério Público e do Juízo da Comarca.

§ 2.º — Os estabelecimentos ou pavilhões de segurança máxima só admitem o regime fechado; o regime de prisão-albergue só é compatível com os estabelecimentos do tipo casa de albergados.

§ 3.º — A transferência de um regime de cumprimento de pena para outro se dará mediante autorização judicial, de ofício, por iniciativa do Ministério Público ou da Administração Penitenciária ou das pessoas indicadas no § 6.º do art. 30 do Código Penal, observados os limites fixados no § 5.º e seu inciso I daquele artigo, bem como as disposições do art. 5.º e seus parágrafos, desta Lei.

§ 4.º — Compete à Administração Penitenciária a transferência dos presos entre os estabelecimentos penais, ressalvadas as regras desta Lei.

§ 5.º — O preso que estiver cumprindo pena em regime semi-aberto ou aberto e vier a fugir passará, automaticamente, para o regime fechado.

§ 6.º — O preso que estiver cumprindo pena em regime aberto retornará ao semi-aberto ou fechado; e o que estiver cumprindo pena em regime semi-aberto ou fechado, por decisão fundamentada da Autoridade Penitenciária, que a comunicará imediatamente à autoridade judiciária competente para homologação, desde que o condenado demonstre total inaptidão para os mesmos.

Art. 8.º — O trabalho externo que poderá ser exercido em serviços e obras públicas ou, quanto aos regimes do art. 6.º, incisos II, III e IV, também na área de iniciativa privada, sujeita-se às seguintes regras:

I — será concedido, de acordo com as condições previstas no regulamento penitenciário, ao preso que demonstrar senso de responsabilidade, aproveitamento em índice compatível e adequada aptidão;

II — embora, em razão do status especial de preso, as relações deste com o empregador não gerem vínculo empregatício, o último fica obrigado a respeitar as normas da Consolidação das Leis do Trabalho quanto ao disposto nas Seções II, III e IV do Capítulo V do Título I, e no Capítulo III do Título III, assim como no capítulo IV do Título II, na nova redação dada pelo Decreto-Lei n.º 1.535, de 18/4/77;

III — No caso de ser o empregador da área de iniciativa privada ou da Administração Indireta do Estado, o pagamento da remuneração do preso, que não poderá ser inferior ao do salário mínimo, será feito ao órgão a que se refere o art. 9.º, que a destinará ao preso já descontada da quantia fixada no Regulamento Penitenciário a título de indenização pelos gastos de mora-

dia e manutenção e com a observância do disposto na Lei Federal n.º 3.274, de 2/10/57, e no Código Penal, art. 30, § 3.º, com a redação dada pela Lei n.º 6.416, de 24/5/77;

IV — No caso de ser o empregador órgão da Administração Direta do Estado o salário do preso poderá ser igual ao mínimo legal menos a quantia fixada no Regulamento Penitenciário a título de indenização pelos gastos de moradia e manutenção, observado sempre o disposto na legislação federal referida no inciso III.

Art. 9.º — O trabalho penitenciário dentro e fora das prisões, racionalizando e colocando no mercado o produto dele resultante, ficará a cargo de entidade instituída pelo Poder Executivo, a qual atuará em estreita articulação com a Administração Penitenciária.

Art. 10 — A frequência a cursos profissionalizantes não ministrados nos estabelecimentos prisionais bem como de segundo grau ou superior, em instituição de ensino situada fora da unidade prisional, será autorizada aos condenados que satisfizerem os requisitos necessários à prática do trabalho externo (art. 8.º, inciso I), observadas as cautelas previstas no § 2.º do art. 30 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n.º 6.416, de 24/5/77.

Art. 11 — Será concedida licença para que o condenado visite a família em datas ou ocasiões especiais ou festivas, observados os critérios previstos no Regulamento Penitenciário e respeitadas as disposições do § 2.º do art. 30 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n.º 6.416, de 24/5/77.

Parágrafo único. — Em caso de emergência, a Autoridade Penitenciária, observado o disposto no **caput** deste artigo, concederá a autorização, comunicando-a, em seguida, à autoridade Judiciária competente.

Art. 12 — Os condenados que cumprirem pena em regime aberto e, com menos amplitude, os que a cumprirem em regime semi-aberto, e que exercerem trabalho externo e frequentarem cursos fora do estabelecimento prisional, poderão obter licença para visitar periodicamente sua família ou frequentar a igreja de seu credo, bem como, a critério da Administração Penitenciária, participar de atividades que concorram para sua emenda ou reintegração no convívio social.

§ 1.º — As licenças referidas no **caput** deste artigo poderão ser concedidas também a presos sujeitos ao regime aberto ou semi-aberto, ainda que não exerçam trabalho externo ou frequentem cursos fora da prisão, desde que se encontrem habilitados a desfrutar da concessão, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Penitenciário.

§ 2.º — Aos condenados sujeitos ao regime aberto ou semi-aberto, que exerçam trabalho externo ou frequentem cursos fora do estabelecimento prisional, e que não possuam família, poderá ser concedida licença para visitar periodicamente a igreja de seu credo ou família de pessoa amiga devidamente credenciada junto ao órgão prisional, bem como participar de atividades culturais que propiciem sua reintegração ao convívio social, satisfeitas as exigências estabelecidas no Regulamento Penitenciário.

Art. 13 — Além dos estabelecidos no Regulamento Penitenciário e dos especificados nesta lei, deverão ser satisfeitos os seguintes requisitos para que

o condenado obtenha qualquer das concessões previstas no § 6.º do art. 30 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n.º 6.416, de 24/5/77;

I — ausência de periculosidade;

II — gozo de boa saúde física e mental;

III — estar condenado definitivamente;

IV — ausência de situação processual pendente de outro inquérito, processo ou recurso do Ministério Público;

V — saber ler e escrever, se existir curso de alfabetização no estabelecimento penitenciário;

VI — exemplar conduta carcerária.

Parágrafo único — A existência de outro inquérito ou processo não obstará a concessão dos benefícios, desde que a pena eventualmente resultante deste outro inquérito ou processo, em seu grau máximo, somada à aplicada na sentença, não exceda aos limites estabelecidos no § 5.º do art. 30 do Código Penal.

Art. 14 — Os condenados que obtiverem as concessões previstas no § 6.º do art. 30 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n.º 6.416, de 24/5/77, deverão observar conduta compatível com as mesmas, além de acatar, de forma rigorosa, as condições estabelecidas na decisão concessiva da medida.

§ 1.º — Em qualquer hipótese, o condenado não deverá afastar-se, de forma alguma, do trajeto entre o estabelecimento penal e o local onde deverá efetivar a medida que lhe foi concedida.

§ 2.º — É vedada, de forma absoluta, a frequência do condenado a bares, restaurantes e estabelecimentos similares, bem como sua participação em aglomeração na via pública.

§ 3.º — Será expedido documento na forma do inciso VI do § 7.º do art. 30 do Código Penal para os beneficiados com as concessões dos incisos IV e VII e o § 6.º daquele artigo, o que poderá ser estendido, também, aos beneficiados com as demais concessões e outros favores previstos no Regulamento Penitenciário, figurando a Administração Penitenciária como entidade fiscalizadora.

Art. 15 — Consoante o aproveitamento demonstrado pelo preso no desempenho de concessão que lhe for outorgada, poderá esta ser ampliada ou restringida pelo Juiz, a pedido da Administração Penitenciária, do Ministério Público ou das pessoas indicadas no § 6.º do art. 30 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n.º 6.416, de 24/5/77, ou, de ofício, para os benefícios previstos nos incisos I, II e III, do § 6.º do art. 30, citado.

Parágrafo único — Em caso de urgência, a Administração Penitenciária poderá promover a extensão ou a redução do benefício, comunicando-a, imediatamente, à Autoridade Judiciária, para fins de homologação.

Art. 16 — Demonstrada pelo condenado a inaptidão para qualquer das concessões previstas no § 6.º do art. 30 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n.º 6.416, de 24/5/77, o seu exercício será suspenso, ou modificadas as condições estabelecidas para o benefício legal, imediatamente, por ato da Administração Penitenciária, de ofício, ou por iniciativa do Ministério Público, tornando-se definitiva a decisão após submetida à Autoridade Judicial competente.

Art. 17 — Além do disposto no artigo anterior são causas de revogação de quaisquer das concessões previstas no § 6.º do art. 30 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n.º 6.416, de 24/5/77:

I — a aplicação, como sanção acessória da perda da concessão, em caso de prática de infração disciplinar prevista no Regulamento Penitenciário;

II — a superveniência de novo inquérito policial ou processo penal;

III — a inobservância das regras estabelecidas na decisão concessiva do favor.

Art. 18 — O condenado que, gozando do benefício de qualquer das concessões previstas no § 6.º do artigo 30 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n.º 6.416, de 24/5/77, vier a tê-las revogadas, somente poderá reabilitar-se a nova concessão mediante decisão da Administração Penitenciária e autorização judicial na forma do art. 5.º e seus parágrafos desta Lei, desde que readquirir os requisitos para nova obtenção além de outros estabelecidos pelo Regulamento Penitenciário.

Art. 19 — O Ministério Público poderá interpor recursos, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão judiciário competente, da decisão que conceder ou negar o benefício.

Art. 20 — A fiscalização do cumprimento das condições da suspensão condicional da pena bem como a observação cautelar e proteção do liberado condicional a que se referem os artigos 698, § 4.º e 725 do Código de Processo Penal, na nova redação dada pela Lei n.º 6.416, de 24/5/77, ficarão a cargo do órgão competente da Secretaria de Estado de Justiça.

Parágrafo único — O órgão a que se refere o artigo terá sempre em consideração, no exercício das atribuições mencionadas, a efetiva recuperação do liberado e do beneficiário da suspensão condicional da pena, para sua completa reintegração à sociedade.

Art. 21 — Concedida a suspensão condicional da pena, o Juiz ou o Tribunal encaminhará, ao órgão a que se refere o art. 20, cópia da decisão que a concedeu, acompanhada do relatório da vida pregressa do beneficiário e de outros elementos necessários a sua mais completa identificação.

§ 1.º — O beneficiário deverá comparecer periodicamente, nos prazos designados pela autoridade administrativa, à entidade fiscalizadora, para comprovar a observância das condições a que está sujeito, comunicando, também, a sua ocupação, os salários ou proventos de que vive, as economias que conseguiu realizar e as dificuldades materiais ou sociais que enfrenta (art. 698, § 4.º, do Código de Processo Penal).

§ 2.º — Independentemente do comparecimento a que alude o parágrafo anterior, a entidade fiscalizadora poderá convocar pessoas da família do beneficiário ou seu representante legal, quando for o caso, para fins de cumprimento das tarefas do órgão.

Art. 22 — Ao beneficiário da suspensão condicional da pena, será entregue documento similar à caderneta do liberado condicional, que conterá:

I — a reprodução de ficha de identidade, ou o retrato do beneficiário, sua qualificação e sinais característicos;

II — o texto impresso dos artigos referentes ao capítulo da suspensão condicional da pena, no Código de Processo Penal;

III — as condições impostas ao beneficiário;

IV — a pena acessória a que esteja sujeito.

Art. 23 — O órgão da estatística do Estado que receber as informações acerca das concessões da suspensão condicional da pena (art. 709 do Código de Processo Penal) as comunicará imediatamente à Secretaria de Estado de Justiça.

Art. 24 — Concedido o livramento condicional, o Juiz, além das comunicações previstas no art. 722 do Código de Processo Penal, remeterá à entidade de observação cautelar e proteção cópia da decisão que o concedeu, acompanhada de cópias do prontuário do liberado e do relatório do Diretor do estabelecimento penal, a que se refere o art. 714 do Código de Processo Penal.

Art. 25 — A entidade de observação cautelar e proteção elaborará relatório periódico sobre cada liberado condicional ou beneficiário da suspensão condicional de pena, apresentando-se ao Conselho Penitenciário e ao Ministério Público, independentemente da satisfação de outras diligências requeridas por estes órgãos.

Parágrafo único — A entidade a que se refere o artigo deverá ainda apresentar relatório ao Conselho Penitenciário para efeito da representação relativa à revogação do livramento ou da modificação das condições ou normas de conduta especificadas na sentença (parágrafo único do art. 725 e arts. 730 e 731 do Código de Processo Penal, na nova redação dada pela Lei n.º 6.416, de 24/5/77).

Art. 26 — O Juiz, antes da revogação de livramento condicional ou de modificação das condições e normas de conduta, determinará à entidade de observação cautelar e proteção a apresentação de relatório sobre o comportamento do liberado.

Art. 27 — O Conselho Penitenciário e o Ministério Público deverão, quanto possível, basear-se nas informações da entidade da observação cautelar e proteção, antes do oferecimento da representação para a revogação de livramento condicional ou modificação das condições e normas de conduta.

Art. 28 — Se lhe for permitido mudar-se, o liberado deverá apresentar-se imediatamente à entidade de observação cautelar e proteção, comunicando o local da nova residência.

Art. 29 — Aplica-se ao liberado condicional o disposto nos § 1.º e 2.º do art. 21.

Art. 30 — A Secretaria de Estado de Justiça ou o órgão de sua estrutura interna a que se refere o artigo 20, mediante autorização do Secretário, poderá estabelecer convênio ou acordos com entidades públicas ou particulares para a execução de tarefas da observação cautelar e proteção do liberado e da fiscalização das condições da suspensão condicional da pena.

Art. 31 — O Secretário de Estado de Justiça e o dirigente do órgão, a que alude o artigo anterior, poderão requisitar a outros setores da Administração Pública a realização de atos e diligências necessárias à consecução

dos objetivos da fiscalização das condições de suspensão condicional da pena e da observação cautelar e proteção do liberado.

Parágrafo único — Poderão, ainda, aquelas autoridades solicitar, inclusive do Poder Judiciário, certidões e cópias de atos praticados, para o aludido fim.

Art. 32 — Serão gratuitos os atos do Registro Civil das pessoas Naturais, inclusive as certidões, relativos aos liberados condicionais e aos beneficiários da suspensão condicional da pena, desde que se trate de pessoa pobre, mediante atestado ou solicitação do dirigente do órgão competente da Secretaria de Estado de Justiça ou de servidor por ele designado, nos termos do ato normativo a ser editado pelo Secretário de Estado de Justiça.

Art. 33 — Fica isenta da taxa de serviços estaduais a concessão de carteira de identidade ou expedição de segunda via, para as pessoas mencionadas no artigo 32, nas mesmas condições e de acordo com os termos nele previstos.

Art. 34 — O órgão mencionado no art. 20 deverá estimular a participação de outros órgãos da comunidade nas atividades e tarefas visando à ressocialização do liberado e ao cumprimento das obrigações impostas ao beneficiário da suspensão condicional da pena.

Art. 35 — O Estado promoverá medidas no sentido de possibilitar a obtenção de trabalho pelos liberados e beneficiários da suspensão condicional da pena, bem assim por todos os egressos do sistema penitenciário, estimulando a colaboração de particulares, das empresas públicas, privadas, outras entidades e fundações e adotando providências no âmbito da Administração.

Art. 36 — Aplica-se o disposto nos arts. 32 e 33 aos egressos do sistema penitenciário e às pessoas em processos de marginalização a cargo do órgão competente da Secretaria de Estado de Justiça.

Parágrafo único — O órgão a que se refere o artigo poderá expedir cartão provisório, com validade em todo o Estado, para a identificação das pessoas nele mencionadas, enquanto sendo por aquele assistidas.

Art. 37 — Este Decreto-Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 8 de janeiro de 1979.

(Publicado no D.O. do RJ de 10/1/79.)

DECRETO N.º 83.058, DE 18 DE JANEIRO DE 1979

Promulga o Acordo de Assistência Recíproca para a Repressão do Tráfico Ilícito de Drogas que Produzem Dependência, concluído entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Venezuela.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA,

Considerando que o Congresso Nacional aprovou, pelo Decreto Legislativo n.º 58, de 31 de agosto de 1978, o Acordo de Assistência Recíproca para a Repressão do Tráfico Ilícito de Drogas que Produzem Dependência, concluído em Brasília a 17 de novembro de 1977 entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Venezuela;

Considerando que o referido Tratado entrou em vigor, por troca de notas, nos termos de seu Artigo XIII, em 27 de novembro de 1978;

DECRETA:

Artigo 1.º: O Acordo de Assistência Recíproca para Repressão do Tráfico Ilícito de Drogas que Produzem Dependência, apenso — por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

Artigo 2.º: Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, em 18 de janeiro de 1979; 158.º da Independência e 91.º da República.

Ernesto Geisel

Antonio Francisco Azeredo da Silveira

ACORDO DE ASSISTENCIA RECÍPROCA ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E O GOVERNO DA REPÚBLICA DA VENEZUELA PARA A REPRESSÃO DO TRAFICO ILÍCITO DE DROGAS QUE PRODUZEM DEPENDENCIA.

O Governo da República Federativa do Brasil

e

O Governo da República da Venezuela,

RECONHECENDO que o tráfico ilícito e o uso indevido de drogas que produzem dependência constituem um problema que afeta as comunidades de ambos os países;

ADMITINDO que as fronteiras territoriais dos dois países possibilitam o tráfico ilícito de drogas; e

CONSIDERANDO que é seu dever combater esta modalidade delitiva em todas as suas formas.

Convêm o seguinte:

ARTIGO 1.º

As Partes Contratantes empreenderão todos os esforços no sentido de lograr a efetiva repressão do tráfico ilícito de drogas que produzem dependência, mediante cooperação mútua.

ARTIGO 2.º

Para os fins do presente Acordo, entender-se-ão por drogas as substâncias que aparecem enumeradas e descritas na Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, e no Convênio de Substâncias Psicotrópicas de 1971, ambos documentos das Nações Unidas, assim como qualquer outra substância que, a critério dos dois Governos, deva ser assim considerada.

ARTIGO 3.º

As Partes Contratantes comprometem-se a adotar as medidas legislativas e administrativas que forem necessárias para o cumprimento do presente Acordo.

ARTIGO 4.º

Para alcançar os objetivos do presente Acordo, os serviços competentes encarregados da repressão do tráfico ilícito de drogas e os organismos de saúde de ambos os países manterão mútua assistência técnico-científica, assim como também estimularão o intercâmbio de informações sobre traficantes individuais ou associados.

ARTIGO 5.º

Para efeitos do presente Acordo, entende-se como Serviços Competentes os organismos policiais encarregados da repressão do tráfico ilícito de drogas, em seus respectivos territórios.

ARTIGO 6.º

As Partes Contratantes, por intermédio dos organismos responsáveis pela repressão do tráfico ilícito das substâncias mencionadas no Artigo 2.º, efetuarão as ações necessárias para que os autores, cúmplices e encobridores deste delito sejam submetidos a processo, observando as disposições legais vigentes em cada país.

ARTIGO 7.º

As sentenças condenatórias pronunciadas por este delito serão comunicadas reciprocamente.

ARTIGO 8.º

Os serviços competentes das Partes Contratantes devem realizar, pelo menos uma vez ao ano, uma reunião num ou noutro País, alternadamente, para consultas e intercâmbio de informações, assim como avaliação dos resultados na repressão do tráfico ilícito de drogas.

ARTIGO 9.º

As partes Contratantes procurarão efetuar intercâmbio do pessoal de seus serviços competentes para o estudo dos organismos e técnicas especializadas do outro País, a fim de facilitar e promover o aperfeiçoamento e a eficácia da luta contra o tráfico ilícito de drogas em seus respectivos territórios.

ARTIGO 10

As Partes Contratantes, em casos concretos de tráfico ilícito de drogas ou de atividades conexas que pela sua expressão e natureza interessem a ambos países, acordarão cooperação necessária para a realização de operações conjuntas, em zonas de fronteira.

ARTIGO 11

As Partes Contratantes intensificarão medidas para detectar e erradicar plantações e cultivos clandestinos dos quais possam ser extraídas substâncias consideradas como drogas na área de seus respectivos territórios.

ARTIGO 12

Os organismos competentes de cada País acordarão, por via diplomática, os procedimentos e mecanismos necessários que permitam uma adequada execução do presente Acordo.

ARTIGO 13

Cada uma das Partes Contratantes notificará à outra o cumprimento das formalidades requeridas por seu ordenamento jurídico — para a entrada em vigor do presente Acordo, cuja vigência se iniciará a partir da data da última das notificações.

ARTIGO 14

O presente Acordo vigorará até que uma das Partes Contratantes notifique à outra, por escrito, de sua decisão de denunciá-lo. A denúncia terá efeito ao término de um prazo de seis meses contados a partir da data da notificação.

Feito em dois exemplares, nos idiomas português e espanhol, ambos igualmente válidos. Firmado em Brasília, em 17 de novembro de 1977.

PELO GOVERNO DA REPÚBLICA
FEDERATIVA DO BRASIL

Antonio F. Azeredo da Silveira
Ministro de Estado das Relações
Exteriores

PELO GOVERNO DA REPÚBLICA
DA VENEZUELA

Simón Alberto Consalvi
Ministro das Relações
Exteriores

(Publicado no D.O. de 19/1/79).

LEI N.º 6.640, DE 08 DE MAIO DE 1979

Altera a redação da alínea d do inciso I do artigo 40 da Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que "regula a liberdade de manifestação do pensamento e da informação".

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA,

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

Art. 1.º — A alínea d do inciso I do art. 40 da Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 40 —
I

d) pelo cônjuge, ascendente, descendente, ou irmão, indistintamente, quando se tratar de crime contra a memória de alguém ou contra pessoa que tenha falecido antes da queixa".

Art. 2.º — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 3.º — Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 08 de maio de 1979; 158.º da Independência e 91.º da República.

(Publicada no D.O. de 10/5/79.)

LEI N.º 6.649, DE 16 DE MAIO DE 1979

Regula a locação predial urbana e dá outras providências

Omissis

Seção VI

Das Penalidades

Art. 45. Constitui contravenção penal, punível com prisão simples, de cinco dias a seis meses, ou multa entre o valor de um a dez alugueres vigentes à época da infração:

I — exigir, por motivo de locação ou sublocação, quantia ou valor além do aluguel e dos encargos permitidos;

- II — recusar-se a fornecer recibo de aluguel ou de encargos;
III — cobrar o aluguel antecipadamente, salvo nos casos dos incisos I e II do artigo 54;
IV — deixar o retomante, dentro de cento e oitenta dias após a entrega do prédio, nos casos dos incisos III, V e X do artigo 52, de usá-lo para o fim declarado;
V — não iniciar o proprietário, promitente comprador ou promitente cessionário, nos casos dos incisos VIII e IX do artigo 52, a demolição ou a reparação do prédio, dentro de sessenta dias, contados da entrega do imóvel, salvo motivo de força maior.

Omissis

- Art. 58 — Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.
Art. 59 — Ficam revogadas as disposições contrárias, especialmente:

Omissis

- II — O artigo 9.º da Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951;

Omissis

Brasília, 16 de maio de 1979; 158.º da Independência e 91.º da República.

(Publicada no D.O. de 16/5/1979.)

LEI N.º 6.657, DE 05 DE JUNHO DE 1979

Acresce a alínea j ao art. 3.º da Lei n.º 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que “regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade”.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA,

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

Art. 1.º — O art. 3.º da Lei n.º 4.898, de 9 de dezembro de 1965, fica acrescido da alínea j com a seguinte redação:

“Art. 3.º —

j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.”

Art. 2.º — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 3.º — Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 05 de junho de 1979; 158.º da Independência e 91.º da República.

(Publicado no D.O. de 06/06/79.)

Este livro foi composto e impresso na
COMPANHIA FORENSE DE ARTES GRÁFICAS
Av. Guilherme Maxwell, 234 — Rio de Janeiro
Em agosto de 1980

SUMÁRIO

DOCTRINA

SÉVERIN-CARLOS VERSELE — A cifra dourada da delinquência	5
WOLFGANG SCHÖNE — Ação, omissão, conduta	21
NILO BATISTA — Aborto: a retórica contra a razão	40

COMENTÁRIOS E ATUALIDADES

HELENO CLAUDIO FRAGOSO — Crimes de trânsito	49
GIULIANO VASSALLI — O Código Rocco	54
CELSE DELMANTO — Da inconstitucionalidade do Decreto-Lei 1.650/78	64
GENIVAL VELOSO DE FRANÇA — Aspectos médico-legais dos pacientes com síndromes dolorosas	68

NOTICIÁRIO

XII Congresso Internacional de Direito Penal	79
Prevenção do crime e a qualidade da vida	90

COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA

Gestão fraudulenta ou temerária. Sociedade de crédito, financiamento e investimentos	93
Indícios	99
Arquivamento de inquérito policial. Ação penal subsequentemente proposta. Conceito de "prova nova"	102

RESENHA BIBLIOGRÁFICA

LEIS E PROJETOS

Crimes de trânsito — Anteprojeto ministerial	131
DL 71, de 25.7.69, com as alterações introduzidas pela Lei 175, de 9.12.77 — Institui normas supletivas do regime penitenciário para o Estado do Rio de Janeiro	145
Decreto 83.058, de 18.1.79 — Promulga o acordo de assistência recíproca para a repressão do tráfico ilícito de drogas que produzem dependência, concluído entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Venezuela	153
Lei 6.640, de 8.5.79 — Altera a redação da alínea d do inciso I do artigo 40 da Lei 5.250, de 9.2.67	157
Lei 6.657, de 5.6.79 — Acresce a alínea j ao art. 3.º da Lei 4.898, de 9.12.65	158