

# REVISTA DE DIREITO PENAL

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

FORENSE / RIO DE JANEIRO / 1981

Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro

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

Nº 050 /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)

## EDITORIAL

A revogação da vigente lei de segurança nacional é exigência essencial da redemocratização do país. O Conselho Federal da OAB, que tem realizado várias manifestações sobre a matéria aprovou novo pronunciamento rigoroso, que estampamos neste número da revista e que se deve a seu diretor, membro daquele Conselho. Da professora Lola Aniyar de Castro, que dirige o Instituto de Criminologia da Universidade del Zulia, em Maracaibo, na Venezuela, e que é, sem favor uma das figuras mais expressivas da ciência penal na América Latina, publicamos importante estudo sobre a criminalização e a des-criminalização, como funções do sistema penal e do sistema social.

Na parte de doutrina, o leitor encontrará também neste número estudo do professor Manoel Pedro Pimentel sobre a controvertida questão da pessoa jurídica como sujeito passivo do crime de difamação e meditado estudo do professor chileno Juan Bustos Ramirez, hoje infelizmente no exílio, sobre política criminal e injusto, examinando diversos problemas técnicos interessantes.

Na seção de "Comentários e Comunicações" aparecem artigo, do professor Sergio Demoro Hamilton sobre vestígios da jurisdição voluntária no processo penal, e um exaustivo trabalho do Dr. Wagner Brússolo Pacheco, sobre perdão judicial. Publicamos também aqui um necrológico do professor Sebastián Soler, de autoria do Dr. Celso Delmanto, com o qual prestamos a nossa homenagem ao grande mestre desaparecido, bem como estudo do professor Ricardo Antunes Andreucci sobre a figura importante de Costa e Silva.

Além de nossas seções habituais esta edição aparece enriquecida por um índice geral de toda a coleção, a partir dos números 17 a 30, elaborado pelo professor Alexandre Moura Dumans. Desde que se edita esta revista já publicamos dois índices gerais. O primeiro está no número 4 e o segundo está no n.º 15/16. Isso possibilitará aos leitores melhor aproveitamento das matérias publicadas.

Reservados os direitos de edição e distribuição deste número pela  
COMPANHIA EDITORA FORENSE  
Av. Erasmo Braga, 299 - 1.º e 2.º andares - 20020 - Rio de Janeiro - RJ

Impresso no Brasil  
Printed in Brazil

legítimos. Queremos proclamar que uma lei de defesa da segurança interna (que se dirige a preservar a existência e a incolumidade dos órgãos supremos do Estado e a ordem político-social que ele institui e protege) só pode ser legítima quando é o instrumento de autodefesa de um sistema democrático de governo. Os advogados julgam de seu dever dizer à nação essas verdades e assentar nelas as premissas de uma reelaboração da lei.

4. Trata-se de proteger a segurança do Estado, como bem-interesse de importância fundamental. Essa tutela jurídica se dirige, no plano da segurança externa, à preservação da independência e da integridade do território nacional, e da defesa contra agressão exterior. No plano da segurança interna, procura-se preservar, contra a sedição, os órgãos em que se estrutura o governo, na forma em que a Constituição os prevê. Sabemos muito bem que hoje a segurança interna e a segurança externa, por vezes, se mesclam, com o ataque àquela inspirado e organizado por países estrangeiros. Isso não afeta a pureza dos conceitos. Estamos cansados de ouvir a referência hipócrita ao "comunismo internacional" e a "doutrinas alienígenas", como justificação para o arbítrio, a opressão política e a tortura.

5. Os momentos de paz e normalidade institucional são os mais adequados a uma revisão do regime jurídico dos crimes contra a segurança do Estado. Pensamos que este é o momento adequado. E queremos dizer que não haverá redemocratização enquanto se mantiver a lei vigente. Os crimes contra a segurança do Estado devem voltar ao Código Penal. O sistema de leis especiais para repressão desses crimes surgiu para submetê-los a disciplina especial, abandonando garantias elementares do direito e do processo penal, em nome de suposta repressão mais eficaz. Isso é profundamente antidemocrático e termina por conduzir a um terrorismo penal. O sistema punitivo desempenha função extremamente limitada na prevenção da criminalidade. Não está demonstrado o efeito preventivo da ameaça penal, que é particularmente duvidosa em relação à criminalidade política e a criminosos por convicção. Não se deve supor que é através de leis severas que se controla o fenômeno da criminalidade política: a melhor prevenção contra ela é a do estabelecimento de um regime democrático, que proporcione amplo espaço para a contestação e a participação na formação do poder das diversas correntes de opinião. Um sistema repressivo democrático é, portanto, o que usa com parcimônia o instrumental punitivo, *ultima ratio* de um sistema de proteção jurídica de bens-interesses. No momento em que se cogita de uma reforma de nosso Código Penal, os advogados brasileiros pensam que os crimes contra a segurança do Estado devem estar nele previstos, compondo o *último* título da Parte Especial. É assim que

os países democráticos prevêm os crimes desta espécie. Reservamo-nos para oportunamente colaborar nessa tarefa, mas queremos desde logo fixar alguns princípios fundamentais.

6. A lei que define crimes políticos não pode ser instrumento para atemorizar e perseguir trabalhadores, nos conflitos resultantes de reivindicações por melhores condições do contrato de trabalho. A vigente lei de segurança nacional tem servido a essa finalidade, dando argumento aos que nela vêem meio natural de defesa eficaz da classe dominante, para preservação de seus interesses com a dominação e a opressão do proletariado. Denunciamos como profundamente iníquo o processo movido contra os metalúrgicos de Santo André e Diadema, em São Paulo, pelo fato de realizarem greve pacífica, sem qualquer conotação política. É mais do que evidente que tal greve não afetou, nem poderia afetar, o interesse fundamental da segurança do Estado, motivo pelo qual não poderia constituir, jamais, crime político. A greve é direito dos trabalhadores, sempre em situação de desigualdade na disputa sobre o contrato de trabalho. A vigente lei antigreve, que constitui um dos monstros criados pelo regime militar, já é demasiadamente repressiva, no plano trabalhista e no criminal, de modo a tornar o recurso à lei de segurança violência e demasia, digna das piores ditaduras. A única possível previsão da greve numa lei que define crimes contra a segurança do Estado é a que considera a greve-subversiva, ou seja, a greve realizada exclusivamente com fins políticos, através da qual se pretende comprometer a segurança interna do país. É ilegítimo e desleal escamotear a límpida proteção dos interesses políticos do Estado, dando aos patrões argumento terrorista para submeter e oprimir os trabalhadores. Este nos parece o aspecto mais grave da lei de segurança nacional vigente. Uma outra tarefa, igualmente importante, será a de rever a vigente lei antigreve, terminando com a estrutura sindical fascista que entre nós prevalece desde o Estado Novo. A escandalosa e crescente desigualdade na distribuição da renda, denunciada de forma eloquente na Conferência de Puebla, tem sua origem especialmente num estilo de crescimento capitalista que mantém larga proporção da força de trabalho em condições de subemprego, reduzidas taxas de produção e grave exploração. Isso se deve não só à estrutura agrária do país, mas também e particularmente à frágil força de pressão da classe trabalhadora. Para isso tem sido essencial ao sistema dominante suprimir a liberdade sindical e proscrever o direito de greve. A inclusão da greve pacífica na lei de segurança nacional constitui uma aberração que expressa, da forma mais brutal, o poder de dominar e controlar a classe trabalhadora, suprimindo-lhe o poder de pressão.

7. Um segundo aspecto importante a considerar é o dos crimes de manifestação do pensamento, aos quais a lei de segurança nacional atribui excepcional gravidade, partindo da idéia pueril de guerra

psicológica adversa. A lei de segurança nacional tem servido para perseguir jornalistas, trabalhadores, estudantes e parlamentares de forma abusiva e ilegítima. Constitui tarefa difícil e delicada, num regime democrático, demarcar com precisão a linha do abuso de manifestação do pensamento punível. O que caracteriza o regime democrático é precisamente a controvérsia e a livre manifestação de opiniões e de idéias. A linha demarcatória entre a liberdade e o abuso punível deve situar-se diante de situações em que há manifesta ofensa a valores concretos relativos à honra e à paz pública. Na perspectiva da defesa do Estado a tarefa se torna ainda mais delicada. Somente se admite a punição de fatos que tenham a potencialidade de expor a perigo a segurança interna (sedição) e a segurança externa (traição). Em qualquer caso, é importante ter presente que se trata de crimes sem gravidade, pois são sempre crimes de perigo remoto, com os quais dificilmente pode ser atingido o bem-interesse que se protege.

8. Parece-nos que os crimes de manifestação do pensamento praticados através da imprensa devem voltar à lei de imprensa. É a imprensa que assegura a mais completa articulação democrática da opinião pública, constituindo o principal instrumento de oposição e sobrevivência das minorias. No julgamento do famoso caso *Denis*, o juiz Douglas, na Corte Suprema dos Estados Unidos, aludindo à liberdade de imprensa, afirmou: "Esta liberdade tem ocupado posição dominante em nossa sociedade. Sua proteção é essencial à própria existência da democracia. Permitindo-se exprimir as idéias, detêm-se as pressões que, de outra forma, poderiam tornar-se destruidoras. Uma discussão total e livre foi nosso primeiro artigo de fé. Fundamos sobre ela nosso sistema político. Ela tem sido a salvaguarda de grupos religiosos, políticos, filosóficos, étnicos, que existem entre nós. Ela tem sido o dogma dominante de todos os outros que têm feito de nossas instituições o símbolo da liberdade e da igualdade." Como dizia Jefferson, a imprensa é a guardiã de todas as outras liberdades: não pode a democracia subsistir sem a livre notícia dos acontecimentos e a discussão livre sobre as determinações do governo. Em 5 de dezembro de 1788, o Parlamento de Paris proclamava que a liberdade de imprensa é a garantia única de todos os direitos. Essa liberdade foi conquistada penosamente, surgindo nos grandes documentos políticos do séc. XVIII, como princípio de hierarquia constitucional. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 11, afirmava que a livre comunicação de pensamentos e de opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem. A experiência tem demonstrado que nos processos contra jornalistas por suposta infração da lei de segurança nacional, o abuso está do lado de quem persegue. Em homenagem ao sentido básico da imprensa num regime

democrático, os crimes de manifestação do pensamento contra a segurança do Estado devem estar na lei de imprensa, para que estejam submetidos ao regime especial dos crimes de imprensa.

9. As ofensas à honra do Presidente da República e de outras altas autoridades não devem estar entre os crimes contra a segurança do Estado. O sistema da lei vigente deriva de uma concepção totalitária que por um lado confere aos governantes direito a excepcional respeito e reverência, na linha do *crimen majestatis*, incompatível com um regime democrático; e, por outro lado, identificam na honra dos governantes um aspecto da segurança interna da nação. É muito difícil que verdadeiramente se possa atingir, através de ofensas, a segurança do Estado. Isso só seria possível em situações excepcionais, em que a ofensa subversiva pudesse dirigir-se contra a ordem estabelecida, visando diminuir a obediência devida aos governantes. É absurdo supor que atingiu ou poderia atingir a segurança interna o deputado de oposição que se referiu ao "cinismo democrático" do Presidente. A tutela jurídico-penal da honra do Presidente da República já está feita com eficiência no Código Penal comum. Nesse sentido orientou-se o projeto alternativo alemão, e a fundamentação excelente, do ponto de vista de um regime democrático de governo, pode ver-se na exposição de motivos ("Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches, Politisches Strafrecht", Tübingen, Mohr, 1968, p. 107).

10. A incitação, a propaganda e a apologia têm de estar rigorosamente limitadas pela idéia fundamental do bem jurídico a defender: a segurança do Estado. Devem ser abandonadas as fórmulas vagas e perigosas da lei vigente. A propaganda que se pretende evitar e que se pune deve ser a que se destina a promover a subversão, no plano interno, ou o perigo para a segurança externa. A incitação de que se cogita é apenas a que se dirige à prática de crimes contra a segurança do Estado.

11. Um terceiro aspecto sobre o qual desejamos nos deter é o que se relaciona com o terrorismo. O terrorismo é sempre crime grave contra a segurança do Estado. Nada justifica a elaboração de lei especial antiterrorismo. A experiência dos países que elaboram esse tipo de leis é simplesmente lamentável. É importante que na repressão penal do terrorismo o Estado resista a estabelecer um direito penal do terror, que, violando a constituição, é de completa ineficácia. Não se resolve o problema do terrorismo através de medidas legais. A melhor prevenção para o terrorismo é, sem dúvida, a criação de uma ordem social mais justa e mais humana, que termine com a desigualdade escandalosa, a injustiça social e a opressão política, estabelecendo as bases de uma sociedade democrática. Essas considerações



se aplicam, inclusive, ao terrorismo de direita, de que temos tido inúmeras manifestações nos últimos tempos. Na América Latina, essa espécie de terrorismo aparece comumente vinculada ao sistema estabelecido pelas ditaduras militares. O terrorismo de direita visa ao endurecimento do regime, e se derrota precisamente pela manutenção e pela consolidação de uma ordem política e social democrática, justa e igualitária, na qual aqueles terroristas se isolam, como grupo inexpressivo de delinquentes. O remédio para o terrorismo de direita é o mesmo: democracia, liberdade, justiça social.

12. Não existe uma específica figura de delito denominada terrorismo. A expressão se aplica a um conjunto de crimes contra a segurança do Estado, que se caracterizam por causar dano considerável a pessoas ou coisas, pela criação real ou potencial de terror ou intimidação, com finalidade político-social. A lei de segurança nacional vigente, empregando expressões vagas e indeterminadas quanto à conduta delituosa (violando o princípio da reserva legal), requer completa revisão nessa matéria. Os crimes de terrorismo são crimes contra a segurança interna. Não existe uma ordem econômico-social independente do regime político que a regula e protege.

13. Um quarto e último aspecto da questão que nos ocupa deve ser aqui destacado: a competência para julgamento dos crimes contra a segurança interna deve voltar a ser da justiça comum. A competência da Justiça Militar foi inspirada pela idéia de guerra subversiva e não tem justificação num sistema democrático de repressão dos crimes contra a segurança do Estado.

14. A Ordem dos Advogados do Brasil, reiterando seus pronunciamentos anteriores sobre a lei de segurança nacional, insiste na necessidade imperiosa de sua revogação, apresentando neste documento as linhas gerais de uma nova disciplina jurídica dos crimes contra a segurança do Estado, nos aspectos de maior relevo, como lhe pareça que corresponda a um regime democrático de homens livres. E se reserva para, em tempo oportuno, apresentar à nação um anteprojeto de incriminações a serem incluídas no Código Penal, formando um título autônomo para essa categoria de delitos.

## SISTEMA PENAL E SISTEMA SOCIAL: A CRIMINALIZAÇÃO E A DESCRIMINALIZAÇÃO COMO FUNÇÕES DE UM MESMO PROCESSO \*

Lola Aniyar de Castro

1. Falar de descriminalização é colocar em jogo uma consideração analítica, profunda e global do sistema penal. Ou seja, de sua utilidade, de sua capacidade, de seus fins e funções.

Mas, utilidade, capacidade, fins e funções devem se medir em relação à totalidade do sistema socioeconômico e político concreto onde esse sistema penal se insere e, não, como entidades isoladas com referência circunscrita à problemática reduzida do delito e da delinquência. Por que o delito e a delinquência são, também, funções do sistema socioeconômico e político porque, não só a política social é condição da política criminal, mas, sim, que esta está a serviço da-queia.

Do mesmo modo, falar de descriminalização é falar de criminalização. Os opostos dão sentido ao conceito e se mantêm reciprocamente. Portanto, antes de saber porque e como se descriminaliza, há de se ter esclarecidas as razões pelas quais se criminaliza.

O sistema penal é um instrumento do sistema de classes, assim como o são outras instituições que servem para neutralizar e submeter o conjunto de valores estabelecido (a família, a escola, a religião, os meios de comunicação, a literatura, a ciência). O sistema penal foi denominado por BARATTA, como "meio de socialização substitutivo", pois emerge quando os outros fracassam. Ou seja, a lei não é mais do que um instrumento, entre outros, do controle social.

O sistema penal, portanto, nas sociedades mais evoluídas, é o último recurso do sistema social. Gramsci o pôs em evidência, tangencialmente, ao assinalar as diferenças entre sociedade política e sociedade civil. Isto é, entre hegemonia e domínio. (A hegemonia

\* Tradução de J. Sérgio Fragoso.

supõe submissão obtida através do consenso e o domínio recorre à força das instituições.)

Propor o problema nestes termos equivale a reconhecer uma posição ante as teorias tradicionais, para explicar a origem das formulações penais. Equivale a dizer que não cremos que as leis respondam a um consenso coletivo (Durkheim), mas, sim, a interesses bastante concretos daqueles que têm o poder de impor seus critérios e, por esse meio, garantir e perpetuar esse poder.

### *Como se criminaliza?*

O sistema penal se ativa em duas esferas diferentes: a esfera normativa, estritamente legal, circunscrita ao mundo das leis e a esfera fática. Uma coisa é recheiar um catálogo de tipos delitivos no sistema de um catálogo e, outra coisa, é que esse código tenha uma aplicação total, uniforme e permanente, na vida real. A esfera normativa é simbólica, a esfera da aplicação é real. Não há delinquência que não tenha sido criada pela lei e não há delinquência fora daquela que se persegue e assinala nos registros oficiais.

Quando sociólogos e juristas se reúnem para falar de descriminalização, não fazem senão colocar em evidência esses níveis, normalmente ocultos atrás de elucubrações sofisticadas da dogmática penal. Porque o delito não é o que está nos códigos penais, mas, sim, aquilo que efetivamente se persegue e se castiga. Quando se fala de "descriminalização de fato", não se está falando, a contrário senso, de uma "criminalização de fato".

O sistema de classes, como foi amplamente demonstrado,<sup>1</sup> influi nos processos de criminalização. Três são as vias habituais para fazê-lo:

1 — Criminalizam-se *condutas* que pertencem, preferentemente, à maneira e às condições de vida dos setores marginais.

2 — Criminalizam-se *indivíduos*, preferentemente, pertencentes a estes setores, assim como os que pertencem a grupos subculturais

<sup>1</sup> Bergalli, Roberto — *La recaída en el Delito. Modos de reaccionar contra ella*, Barcelona, Ed. Zeus, 1980. — Ai, há, também, uma ampla resenha de investigações com esses resultados. Baratta, Alessandro — *Sistema penale e de emarginazione sociale*, em *La Questione Criminale*, Ano 2, ns. 2-3, 1976. Aniyar de C., Lola — *El proceso de criminalización*, em "Capítulo Criminológico", 1, órgão do Centro de Investigações Criminológicas, da Universidade de Zulia, Maracaibo, 1973. Aniyar de C., Lola e Santos, Thamara — *Prisión y Clase Social*, em "Capítulo Criminológico", 2, órgão do Centro de Investigações Criminológicas, da Universidade de Zulia, Maracaibo, 1974. Chapman, Denis — *Comentarios presentados a una parte del esquema propuesto para la Parte General del Informe*, Conselho da Europa, Estrasburgo, 4.<sup>a</sup> reunião, 10-14 junho 1974.

desprovidos de poder (negros, índios, jovens não conformistas), quando a polícia dirige sua atenção e seus recursos, precisamente, para esses indivíduos. A polícia atua em função de produtividade, isto é, visando justificar sua atividade mediante cifras de interesse mais quantitativo que qualitativo. Isso se explica, porque é mais fácil combater os miseráveis do que os poderosos, além de não se correr o risco de trabalhar em vão, tendo em conta que as pressões protetoras do poder são inimigas de um trabalho policial honesto e hábil.

A criminalização de indivíduos começa na escola, como explicam Bergalli e Córdova, graças à atitude classista e discriminadora dos professores. Importantes investigações empíricas têm demonstrado essa afirmação.<sup>2</sup>

3 — Outra forma de criminalização ocorre através do tipo de tratamento ou de sanção selecionada. Há, como sabemos, sanções estigmatizantes e há sanções que deixam intacta a imagem do bom membro da comunidade. As sanções estigmatizantes estão, normalmente, previstas para os delitos típicos dos sujeitos situados nos estágios mais baixos da escala social. Ao contrário, as multas, as suspensões de licença e outras medidas administrativas estão destinadas aos detentores do poder econômico. Os mesmos que ao determinar os tipos delitivos e suas correspondentes sanções, reservaram-se, como bem diz Foucault,<sup>3</sup> os ilegalismos dos direitos, deixando aos sem poder os ilegalismos dos bens; quer dizer: os delitos.

Levar uma classe social determinada aos termos do sistema penal estigmatizante, tem uma função reprodutora do sistema social. O que pode ser uma conduta simplesmente desviada, ou um ato de um delinquente primário, converte-se, pela amplificação que produz o sistema penal,<sup>4</sup> em uma carreira delitiva permanente e irreversível. A prisão é um elemento de criminalização que funciona em espiral para os miseráveis.

Como indica Chapman,<sup>5</sup> "fazendo a lista das técnicas possíveis de regulamentação, há que se fazer observar, que, de todas as soluções, é o sistema penal o que exige mais o emprego de especialistas

<sup>2</sup> Córdova, Tito — *Delincuencia marginal en Maracaibo* (mimeo), publicação Instituto de Criminologia, da Universidade de Zulia, 1979.

<sup>3</sup> Foucault, Henri — *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Mexico, 1976.

<sup>4</sup> Bergalli, Roberto — ob. cit.; Becker, Howard — *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, Free Press Paperback, N. York, 1973. Payme, William — *Etiquetas negativas. Pasadizos y Presiones*, em *Estigmatización y Conducta Desviada — Criminología*. Textos para seu estudo n.º 2, recompilação a cargo de Rosa del Olmo, publicações do Centro de Investigações Criminológicas, da Universidade de Zulia, Maracaibo, 1973. Lemert, E. — *Social Pathology*, Mc Graw-Hill, N. York, 1951. Schur, Edwin — *Labeling Deviant Behavior*, Harper and Row, San Francisco, Evanston, London, 1951.

<sup>5</sup> Chapman, D. — ob. cit.

da violência, da intimidação e da tortura física e mental. Muito mais que os outros, o sistema penal, igualmente, impõe privações à liberdade, à sexualidade, aos estimulantes intelectuais, manuais e culturais, aos contatos sociais e com o meio, assim como às compensações profissionais ou econômicas. Coloca os indivíduos em um quadro que os torna inaptos para retomar, posteriormente, uma vida social normal... " ... a pessoa é tentada a pensar que mais vale, se for possível, não fazer nada, do que transferir de um sistema para outro a responsabilidade da regulamentação."

Há, pois, três formas de criminalizar. Uma *de jure* (criminalização de condutas) e duas *de facto* (criminalização de indivíduos e de comportamentos desviados). De acordo com o que ficou dito anteriormente uma é simbólica e duas reais. A simbólica não carece de influência na criminalização real, já que esta última está condicionada àquela, ainda que, nem sempre, a criminalização simbólica, como aqui temos expressado, se traduza em criminalização real.

A função da criminalização simbólica é também importante no terreno legitimador. Quando se incrimina uma conduta, está se demonstrando que "se está fazendo algo" em relação a ela. Um exemplo muito claro encontramos na crescente tendência a criminalizar (*de jure*) as condutas ilícitas ou anti-sociais dos grandes setores financeiros; as transnacionais, entre outros. As sanções efetivas são, praticamente, inexistentes, salvo algumas quantas multas que são rapidamente transferidas aos custos e, portanto, aos consumidores.

Sobre os processos de criminalização e descriminalização, em diversos períodos históricos da Venezuela, dos delitos contra a coisa pública, existe um interessante trabalho de Audelina Tíneo de Suarez que observa, de passagem, a quase absoluta inexistência de presos por esses delitos nas prisões do país.<sup>6</sup> Contudo, uma grande atividade legislativa caracterizou esse tipo de conduta.

O direito, como assinalam Marx e Weber,<sup>7</sup> serve, também, para criar o consenso em torno do sistema, em oposição às condutas assinaladas como puníveis; quer dizer: pela manipulação maniqueísta que faz do bem e do mal dentro de uma determinada sociedade.

Psicólogos como Erikson,<sup>8</sup> manifestam que "não é evidente que todos os atos considerados anormais em uma dada cultura sejam

<sup>6</sup> Tíneo de Suarez, Audelina — *Tendencias a la criminalización y descriminalización en Venezuela. Un caso concreto: Los delitos contra la cosa pública*, em Capítulo Criminológico, 5, órgão do Instituto de Criminologia, da Universidade de Zulia, Maracaibo, 1977.

<sup>7</sup> Sobre a extensão dessas funções do direito; cf. Garcia Mendez, Emilio — *Un código de conducta para el delito necesario*, mimeografado, publicação do Instituto de Criminologia, da Universidade de Zulia, Maracaibo, 1979.

<sup>8</sup> Erikson, Karl — *The other side*, Howard Becker, Ed. Free Press, 1964, citado por Lejins, P. — *Perspectivas sociológicas sobre la Criminalización y*

realmente (nem mesmo em princípio) nocivos para a vida do grupo. Por outro lado, se torna cada vez mais evidente para os sociólogos que fazem esse tipo de investigação, que a conduta anormal pode exercer um papel muito importante ao preservar a ordem social... tem-se prestado pouca atenção à noção de que os sistemas (sociais) funcionam para manter limites... é possível, depois de tudo, que sem este drama (criminal) permanente que se representa nas fronteiras mais distantes do espaço do grupo, este não poderia perceber sua identidade, nem sua coesão, nem, tampouco, essas restrições que lhe dão um lugar específico em um meio mais vasto... (a normalidade) seria uma condição importante para sua estabilidade".

Este mesmo é o papel de bode expiatório que tem representado o delinquentes estereotipado da classe baixa,<sup>9</sup> ao delimitar a fronteira entre o que se deve e não se deve fazer.

A estabilidade do sistema estaria garantida pelos estereótipos do bem e do mal que realiza o sistema penal. Os estereótipos, como se sabe, servem para economizar as análises de situações concretas. Por exemplo, se os delinquentes (os encarcerados, supostamente) são os maus, todas as demais pessoas são boas. Se os delinquentes são da classe baixa, as pessoas das outras classes são boas. Se o sistema persegue os delinquentes da classe baixa (isto é, os maus), o sistema é bom.

Como se pode ver, é um teorema muito sutil.

Assim, pois criminalizar tem muitos efeitos. Não criminalizar tem outros.

O princípio reitor do Direito Penal, por exemplo (princípio de reserva legal ou da legalidade, conhecido como o "nullum crimen, nulla poena sine lege poenale"), que em seu tempo significou expressiva garantia, importante para se defender dos abusos dos poderosos, serve hoje, como servia, também, em suas origens, para deixar fora do código e das sanções estigmatizantes, os ilegalismos dos bens que os poderosos se reservaram para si. O "nullum crimen..." que se nos apresenta como a salvaguarda da nossa liberdade é, na realidade, a salvaguarda da liberdade de fazer e desfazer dos poderosos, sem a ameaça da sanção penal.

A criminalização "de jure":

O problema da criminalização de direito (e de sua contrapartida, a descriminalização) pode ser abordado desde um ponto de vista teórico ou de um ponto de vista técnico.

<sup>9</sup> Chapman, Denis — *Sociology and the stereotype of the criminal*, Tavistock Publications Ltd., Londres, 1968.

*la Decriminalización*. Apresentado ao 25.º Curso Internacional de Criminologia, Guayaquil, 1975.

Como falamos da influência do sistema social no sistema penal e indicamos as formas de verdadeira criminalização, tratamos de impostrar o tema em seu nível teórico.

O nível técnico, pelo contrário, aceita, sem questionar, as intenções últimas do sistema e se limita a intentar organizá-lo racionalmente.

Esta é a tarefa do ramo da Criminologia chamada de organizacional, cujo objetivo é o aperfeiçoamento de uma Política Criminal que seja útil ao sistema social estabelecido e restaure seus estragos e incompetências. A perspectiva técnica da criminalização — descriminalização se propõe, nos termos que seguem os possíveis passos para lograr uma maior eficácia do sistema penal:

Os códigos penais surgem, à simples vista, e, ainda, através da mediação da doutrina, como corpos perfeitamente racionais.

Mas, se observarmos a formulação das normas penais, em seu nível depuradamente legislativo e presumidamente racional, não é fácil determinar quais foram os critérios de que se utilizaram para selecionar, corretamente, condutas merecedoras de sanção, nem qual foi o parâmetro científico, para que se estabelecessem certas sanções ao invés de outras. Por quê dez anos e, não, nove; por quê prisão, e, não, arresto ou apreensão; por quê para umas condutas e, não para outras? Por quê o esquema matemático para as circunstâncias agravantes ou atenuantes do fato punível?

Qual a medida de intervenção da comunidade nos critérios de criminalização? Quem são os “peritos” que os determinam? Quem pode determinar, de quem ou de onde emanam os imperativos sociais? Deve o Direito proteger cada um, cada coisa, mesmo contra a sua vontade?

Quanto custa ao sistema penal incriminar uma conduta? Quais são os custos sociais e individuais? Sabe-se quanto custa outorgar na sentença um ano mais e, não, um ano menos?

A liberdade de ação proveniente deste empirismo faz com que, às vezes, se estenda excessivamente o comportamento considerado punível, sem uma justificação suficiente. Como diz Hulsman,<sup>10</sup> que fez uma das radiografias mais precisas do que é e do que não deve ser o sistema penal, “o legislador não tem mais do que uma ‘suposição’ deste sistema e de seus efeitos sociais, suposição esta que é diferente da realidade. É assim que o balanço custos-benefícios se verifica em forma pouco realista em benefício da criminalização”.

A pouca seriedade com que se assume esta tarefa faz com que, muitas vezes, em função dos fins de direito (que temos chamado

de legitimadores) da criminalização, se criminalize somente para satisfazer pressões públicas, sem levar em conta a capacidade real de aplicar essas medidas ou de pagar seus custos. A criminalização se converteu, assim, na via mais expedita para “solucionar” conflitos.<sup>11</sup>

As vezes, como assinala também, Hulsman, é uma forma de transferir os custos de algumas operações privadas para o sistema de justiça penal, como se faz ao criminalizar o roubo de mercadoria exposta ao público nos supermercados e grandes armazéns. Este risco deveria ser corrido pelo proprietário que utiliza a tentadora via publicitária e, não, pela coletividade. Em troca, por ausência de criminalização, mas, também, como veremos, quando ela existe, o custo de algumas atividades, como a poluição ambiental, se transfere à coletividade.

Hulsman<sup>12</sup> definiu alguns critérios ideais para a criminalização:

1 — Não se deve criminalizar nunca, pelo desejo de fazer dominante uma concepção moral determinada. Os debates sobre questões morais, alega, devem circunscrever-se às igrejas, partidos ou meios de comunicação; mas, nunca levar-se à lei para que esta a dirima. Os critérios de nocividade e de periculosidade não são tampouco, explícitos. Em quase todos os comportamentos podemos encontrar nocividade e periculosidade, de modo que esgrimi-los não é, às vezes, mais do que uma escusa para acobertar um desejo de criminalizar que resulta, assim racionalizado.

2 — Tampouco se devem criminalizar condutas somente para criar um ambiente propício, para dar “tratamento” ao delinqüente de forma coercitiva. Este desejo de “ajudar” a um delinqüente não é, às vezes, mais do que uma cobertura “racional” de outras razões para criminalizar.

3 — Não se deve criminalizar para fazer crer que se solucionou um problema. Este é o caso da hemorragia legislativa que tem ocorrido na Venezuela, relativamente ao delito ecológico. A nova consciência sobre a preservação da natureza parece haver se acalmado com a formulação de novos tipos penais. Porém, as sanções não afetam os grandes culpados. Revertem-se, como se disse, ao consumidor. O problema não se resolveu. As normas e as regulamentações da segurança industrial são, também, abundantíssimas. Contudo, sua aplicação é escassa. Uma situação similar se produz com relação à

<sup>10</sup> Hulsman, L. H. C. — *La Decriminalización*, Colloque de Bellagio — 7-12 de maio de 1973. Cf. também, Rico, J. M. — *La decriminalización. El ejemplo canadiense*, em Capítulo Criminológico, 5, órgão do Instituto de Criminologia, da Universidade de Zulia, Maracaibo, 1977. No mesmo lugar: Castañeda, Francisco — *Los procesos de criminalización y decriminalización*.

<sup>11</sup> Hulsman, ob. cit.; Chapman, Denis — *Le processus de Decriminalization de facto*, Conselho da Europa, Comitê Europeu para os problemas criminais (TN 2.430/EM/AB/PA).

<sup>12</sup> Hulsman, ob. cit.

adulteração de substâncias alimentícias. Os exemplos são muitos e seria longo enumerá-los.

4 — Não se deve, tampouco, criminalizar, quando se trata de comportamentos que são, geralmente, próprios de grupos socialmente mais débeis ou que sejam discriminados, ou que corram o perigo de sê-lo.

5 — Nem se se trata de comportamentos que só a polícia pode conhecer, quando investiga por sua própria conta e, não, em virtude de denúncia.

6 — Não se deve, igualmente, criminalizar em comportamento demasiado freqüente (como o adultério e o aborto).

7 — Nem se se trata de algum que é próprio de um grande número de pessoas (algumas subculturas?).

8 — Ou se é um comportamento que se encontra, somente, em casos de desajuste social ou psíquico.

9 — Ou se é um comportamento difícil de definir com precisão.

10 — Se é da esfera privada (incesto): se a lei não serve para controlar, podemos nos perguntar: por que criminalizar?

11 — Se é daqueles que um grupo numeroso da população considera, com sinceridade, admissível, o que poderia se comprovar mediante pesquisas.

Mas, tudo isso deveria se fazer depois de haver avaliado, com visão de conjunto, a capacidade real que o sistema penal tem de encarregar-se das novas tarefas, sem abandonar as outras que já lhe haviam sido atribuídas.<sup>13</sup>

Duvidamos que haja algum país que realmente tenha feito uma planificação total dos fins, objetivos, vantagens e desvantagens, eficiência e possibilidades do sistema penal. Na prática, há, nada mais, e por inércia, tendências a criminalizar certos tipos de conduta dentro da filosofia do conjunto de interesses que o sistema social-econômico e político protege em um dado momento. Assim, por “afinidade”, sabe-se o que se há de criminalizar (ou se descriminalizar), como um reforço à garantia desse sistema de produção e de valores.

<sup>13</sup> *Ibidem.*

Uma reflexão sobre os limites da intervenção estatal na vida privada dos cidadãos, deve-se também fazer<sup>14</sup> no momento de criminalizar.

Em conclusão haveria que:<sup>15</sup>

1 — Esclarecer os objetivos do sistema penal (se fossem taticamente suscetíveis de serem esclarecidos).

2 — Avaliar as possibilidades reais de alcançar esses fins por esse meio.

3 — Avaliar as possibilidades de alcançá-los por outros meios, tratando de indenizar ou satisfazer a vítima através de outros setores do sistema jurídico, o qual deve sempre ser considerado em sua totalidade.

4 — Estabelecer se, criminalizando, se evita a vingança privada, se se produz uma satisfação psicológica à vítima, ou se se satisfaz seu sentido da justiça, ou se reforça seu sentimento de segurança.

5 — Ponderar o dano da estigmatização que causa, tanto à vítima como ao autor, o traslado de um fato à esfera penal.

6 — Levar em conta que a sanção penal é não-restitutiva e, portanto, não muito eficaz.

7 — Considerar o tamanho provável da cifra negra, que tornaria enganoso o efeito da criminalização de direito.

8 — Não esquecer que, em princípio, o sistema penal oferece mais garantias que os outros sistemas jurídicos e não-jurídicos, como o das medidas de segurança e outros sistemas civis e administrativos; garantias tais como a do princípio “in dubio pro reo”, a do controle da execução da sentença e outras, do tipo processual próprias da defesa, que são privativas da esfera penal.

#### A descriminalização

*Descriminalizar*, em termos gerais, seria extrair dos catálogos penais as condutas que deixaram de ser consideradas puníveis pelos organismos decisórios correspondentes, o que nos casos dos códigos penais do chamado “Direito Continental”, é o Poder Legislativo, único autorizado para derrogar, total ou parcialmente as leis.

<sup>14</sup> *Ibidem.*

<sup>15</sup> Hulsman, ob. cit., em termos gerais.



*Despenalizar*, por outro lado, seria, substituir a pena por sanções extrapenais. Para Vassalli,<sup>16</sup> é a mesma coisa que descriminalização; pois, ao produzir-se a substituição, perde-se o caráter penal, quer dizer, delictivo do fato. Ao contrário, o uso de medidas “reeducativas”, próprio dos sistemas de prova, e de outros como este, aplicado dentro do marco do sistema penal, seriam, mais precisamente casos de despenalização, já que não retiram do fato seu caráter de ilícito penal.

A diferença entre esses dois termos, como se vê, não é muito simples. Por isso, alguns advogam o uso indistinto de ambos.<sup>17</sup>

Para Cornil,<sup>18</sup> “a descriminalização implica em mudança de direção legislativa, de visão política, de exigências econômicas e sociais, sem uma mudança correlativa da consciência social, que pode continuar sendo indiferente à repressão desses atos”.

As vezes é assim: nem sempre quando se descriminalizam fatos como o aborto, o incesto, o adultério, se faz por uma atitude valorativa da opinião pública diante desses fatos, mas, sim, para restaurar a chamada autoridade da justiça, colocada em contradição por sua incapacidade para controlá-los. Outras vezes deriva de um reconhecimento do fracasso do sistema,<sup>19</sup> como foi o conhecido caso da revogação da proibição do uso do álcool nos Estados Unidos, que havia gerado incriminações secundárias (organizações ilegais e clandestinas, corrupção administrativa e outros problemas similares).

Todavia e, ainda, manifestando de início nossas reservas em relação à existência real de uma “consciência social”, não cremos acertado que a descriminalização se produza sempre “por cima”.

As vezes provém do que se tem denominado uma *descriminalização de fato*, que, por oposição à *descriminalização de direito*, ao deixar intacto, do ponto de vista técnico-jurídico, o caráter de ilícito penal, eliminaria somente a aplicação efetiva da pena. (A descriminalização de fato seria, como se pode ver, uma forma de despenalização).

Todavia, é a *descriminalização de fato*, à semelhança da incriminação de fato, aquela que contribui para delimitar as verdadeiras fronteiras da delinquência. Só a que é perseguida e registrada é delinquência, temos dito. Só aquela, portanto, que não se castiga e não se registra, não é delinquência.

<sup>16</sup> Vassalli, Giuliano — *Cahiers de Defense sociale*, Boletim da Sociedade Internacional de Defesa Social, p. 26 e ss., 1975.

<sup>17</sup> Gonella, citado por Vassalli, ob. cit.

<sup>18</sup> Cornil, Paul — cit. por Vassalli, ob. cit.

<sup>19</sup> Cf. Vassalli, ob. cit.

A descriminalização *de fato* é, por isso ocasionalmente, a grande burla do sistema da legislação penal. Ou seu complemento de equilíbrio, se se quiser ver como um subterfúgio para neutralizar os efeitos de uma criminalização forçada ou legitimadora. Na prática, aqueles delitos de Colarinho Branco que têm sido incriminados pela lei, resultam descriminalizados de fato.

Mas, há, também, descriminalização *de fato* por sobrecarga do sistema penal ou pelos critérios da polícia, que são o primeiro nível de criminalização.<sup>20</sup>

O público, também, é fator de descriminalização, quando por desconhecer o caráter delitivo de um fato não promove a ação. Ou, quando considera que é melhor recorrer a acertos privados, ou pensa que a sanção seria mais grave do que a perda.

Muitas ações e omissões neste terreno são determinadas por uma concepção valorativa da conduta em questão. Nesse sentido, é certo que as mudanças na moral e outros critérios sociais são muito mais velozes do que os que se podem produzir nas instituições. Essa preguiça institucional, ou misoneísmo, ou resistência a modificações é particularmente, acentuada no caso da legislação penal que, como diz Lejins, citando Ogburn e Barns, é a mais lenta das instituições.<sup>21</sup>

As vezes há uma descriminalização de grau: produz-se quando se estabeleceu penas mais curtas, ou a liberdade condicional, ou o sistema de prova, ou a liberação antecipada, ou o traslado a outro sistema (médico, assistencial, de saúde mental ou de menores),<sup>22</sup> para algum delito particular. Para Ottenhof,<sup>23</sup> “a despenalização é a etapa mais urgente da descriminalização”. E, às vezes, se considera mais conveniente manter a ilicitude do fato, eliminando somente a pena, evitando desse modo um possível desbordamento da conduta nessas áreas e ratificando a presumida tarefa de docência moral da legislação. Por isso, a chamada descriminalização integral, ou o desinteresse total do sistema por ações que antes eram puníveis, se encontra com pouca frequência.<sup>24</sup>

Fala-se, também, em *descriminalização judicial*. Esta, no Direito Continental, só pode ser aceita como uma forma de descriminalização de fato, já que o juiz não tem faculdades para abrogar leis. A mesma se produz, em alguns casos, através da interpretação e do sobrestamento. Particularmente, para nós, não há dúvida, de que o juiz cria direito e que, portanto, é instrumento de criminalização e descriminalização, de fato, mesmo na concepção legislativa continental.

<sup>20</sup> Cf. Turk, Austin — *Criminality and Legal Order*, Rand Mac Nally, Sociology series, 1969.

<sup>21</sup> Lejins, P. — ob. cit.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> Ottenhof, R. cit. por Vassalli, ob. cit.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

Para as novas tendências interacionistas, se é a lei que cria a delinquência, então, uma maneira lógica de diminuir a delinquência é reduzir o campo da lei.

Isso é admissível no terreno meramente teórico; pois, como vimos, nem a criminalização, nem a descriminalização de direito afetam, em absoluto, o panorama da estatística delictiva. Ela é sempre a mesma, rotineiramente, em seu aspecto qualitativo.

Algumas razões para descriminalizar se fundamentam em que o recurso ao Direito Penal não é uma via sincera.

Por exemplo, Hulsman<sup>25</sup> assinala que, fazer uso desse recurso, faz parecer como certo que as sanções estigmatizantes poderiam ser uma forma satisfatória de solucionar problemas sociais. Ou que estes problemas sociais se resolvem incriminando uma conduta, ao passo que haveria meios (de política social, agregamos) mais apropriados para enfrentá-los ou que a criminalidade é um dos maiores problemas da sociedade<sup>26</sup> e que, portanto, haveria que conseguir mais verba para combatê-la do que para combater outros males.

Muito justamente, também, e para pôr em evidência a conveniência de não utilizar o recurso penal, assinala a incidência desigual que esse sistema jurídico tem nas diferentes classes sociais. Como é danoso, tanto para o autor, como para sua família, pelos seus efeitos estigmatizantes; e, por último, como a privação da liberdade não só não soluciona o problema, como, também, é inimiga da readaptação.

Quer dizer, o sistema penal reforça a desigualdade social existente até o ponto em que seu próprio funcionamento constitui novo problema social; não podendo satisfazer o que lhe foi cometido porque não foi equipado como meio para resolver problemas sociais.<sup>27</sup>

O mais emergente, a seu entender, seria melhorar o sistema penal, aperfeiçoar os programas de prevenção, substituir por outras as medidas privativas da liberdade e modificar o regime penitenciário.

Também se recomendaria o uso da anistia. A anistia mantém o caráter penal; porém descarregaria a Administração da Justiça. O mesmo sucede com instituições tais como o perdão judicial, que se usa em alguns países, como na Itália, para os menores; mas que poderia estender-se aos adultos delinquentes primários.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Hulsman, ob. cit.

<sup>26</sup> *Ibidem.*

<sup>27</sup> *Ibidem.*

<sup>28</sup> Cf. Vassalli, ob. cit.

Também se deveria estimular a autoproteção privada, apesar dos riscos de abuso que possam se apresentar, quando se usa policiais privados; e o recurso ao controle da coletividade.<sup>29</sup>

Logo teria lugar a descriminalização:

1 — Quando a conduta já não se considere indesejável (como o aborto, nos países com política demográfica restritiva).

2 — Quando se pode acudir a outros sistemas.

3 — Quando se podem modificar fatores exteriores à conduta (aperfeiçoamento do sistema viário, reparação de estradas, manutenção de automóveis, etc., para os casos de acidentes ou infrações de trânsito). Agreguemos os recursos trazidos pela vitimologia para evitar vítimas de delitos.

4 — Quando se trate de delitos sem vítimas.

Este é o grande espaço onde se move o debate sobre a descriminalização. (Em realidade, nunca há descriminalização do que poderíamos chamar “grandes delitos” (furto, roubo, homicídio).) O problema se coloca, somente, para os delitos “de recheio”. Aqueles que não constituem o núcleo do sistema de produção que está na base do Direito Penal, ou que, como o homicídio, afetam o interesse essencial de todos os homens.

Especialmente, então, se trataria de descriminalizar aqueles fatos em que não existe acusação de parte.<sup>30</sup>

Exemplo de delitos sem vítima são os atos cometidos entre adultos, com seu consentimento: a homossexualidade, o aborto, a prostituição, o consumo de drogas, a tentativa de suicídio, o alcoolismo, os jogos ilícitos, a bigamia, o adultério e o incesto.

Não é pacífico, no entanto, que em algumas dessas condutas não haja vítimas. Nos textos de Direito Penal se acode ao conceito de sociedade como vítima, em muitos desses casos. Isso foi sustentado, também, pela delegação russa no V Congresso das Nações Unidas, em 1975.

Porém, não é só a inexistência de vítimas o que promove estas descriminalizações. Para o adultério se assinala a grande cifra negra que caracteriza esse delito e, o que nem sempre é o mesmo, sua realização por parte de um número incalculável de pessoas.<sup>31</sup> Para a

<sup>29</sup> *Ibidem.*

<sup>30</sup> Schur, Edwin — *Crimes without Victims*, Prentice-Hall, Englewood, N. York, 1965.

<sup>31</sup> Cf. Aniyar de Castro, Lola — *Temas de Derecho Penal. Los delitos de bigamia y adulterio* — publicações da Faculdade de Direito, da Universidade de Zulia, Maracaibo, 1970.



descriminalização do aborto se soma, entre outras muitas razões, que o feto é um prolongamento do corpo da mãe, que a vida não começa senão com o nascimento e o que existe não é mais do que a esperança dela; ou, pelo contrário, como diz Monod, que a vida tem três milhões de anos, que não se inicia com o feto, mas, sim, que está nos genes. E que, por conseguinte, o que se protege no delito de aborto, não é a vida, mas, sim, "uma pessoa". Porém "pessoa" é um conceito jurídico e para sê-lo é necessário que tenha vida de relação; quer dizer, haver nascido. Se aduz, também, o direito à maternidade livremente consentida.<sup>32</sup>

Sobre o consumo de álcool e drogas se alega que o Estado não deve arrogar-se, pela via penal, coercitivamente, a proteção da saúde individual (deveria, então, fiscalizar os cardápios diários dos indivíduos). Ou que é mais uma enfermidade do que um delito. Contudo, no caso da heroína alguns aduzem que seu consumo poderia acarretar outros delitos. Lejins afirma que, nos Estados Unidos, há um gasto de três milhões e meio de dólares com o consumo de drogas. E, se pergunta: se não é proveniente do delito, de que outra fonte se poderia obter todo esse dinheiro?

Sobre o ultraje público do pudor se realizaram os mais calorosos debates, especialmente, nos casos em que foram acusados disso certos artistas conhecidos. Quevedo, Oscar Wilde, Henry Miller, D. J. Lawrence, perseguidos em sua época, são hoje pontos chave de referência na literatura universal. Na Itália, se processava, rotineiramente, Pasolini pela produção de cada uma de suas películas. A Igreja cobriu de ominosos e pornográficos trapos os genitais dos afrescos e estátuas de Miguel Angelo. Mas, ao lado destes, quantas películas de gosto duvidoso, quantos espetáculos lamentáveis não se exibem em nossos cinemas, teatros e televisões comerciais?

O caso do ultraje público ao pudor, como o do adultério, geralmente, descritos nos códigos através dos chamados "tipos penais em branco" (quer dizer, que não descrevem o núcleo da conduta), deixam à interpretação, digamos melhor, à valoração pessoal do juiz, o poder de criminalizar. Isso tem produzido abusos, como os assinalados anteriormente. E não se evitou a pornografia comercial.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Cf. Machado, Giovanna — *En defensa del aborto en Venezuela*, Ed. Ateneo, Caracas, 1979.

<sup>33</sup> Sobre a interpretação dos "tipos em branco" (mulher "adúltera", ultraje ao "pudor") caberia recordar o parágrafo seguinte: "Quando uso uma palavra — disse Humpty Dumpty com um certo desprezo — significa o que me dá vontade que signifique. Nem mais, nem menos. O problema — disse Alice — é se se pode fazer que as palavras signifiquem tantas coisas diferentes. O problema — disse Humpty Dumpty — é o de saber quem manda. Isso é tudo". Lewis Carroll: "Alice no país das maravilhas".

Devem, também, descriminalizar-se, segundo Griffith,<sup>34</sup> as figuras de responsabilidade objetiva; isto é, aquelas em que não se exige dolo ou culpa, que se castigam pelo mero resultado. A discussão sobre este ponto nos levaria a analisar a necessidade de construir uma dogmática penal diferente para os delitos das pessoas jurídicas, especialmente, das transnacionais, na qual o elemento subjetivo não seja substancial. Não há que olvidar que a dogmática penal existente se fez para os delitos dos sem poder. Por essa razão o requisito da culpabilidade abriga os delitos dos poderosos. O problema da responsabilidade manejado neste campo pode ter conotações ideológicas importantes.

Existe, também, uma tendência<sup>35</sup> a descriminalizar os delitos perseguidos por ação privada, como se disse.

Igualmente se tende a descriminalizar aquelas condutas que têm sido favorecidas por atividades cujo risco deve assumir quem as empreende (como o furto nos grandes armazéns).

Sobre os delitos contra a propriedade, aqueles de menor monta, supostamente, há algumas discussões. Há uma tendência crescente a descriminalizar os pequenos furtos que não demonstrem ser meio de vida, ou estar em conexão com alguma organização<sup>36</sup> a isso destinada. Se tem dito que numa sociedade de classes não é justo incriminar esses fatos. E que, ademais, não é efetiva sua criminalização. E como se isso fosse pouco, custa mais a ação policial do que a falta cometida. Todavia, outros<sup>37</sup> pensam que isso traria como consequência o desrespeito à propriedade em geral.

Por outro lado, tende-se a criminalizar melhor aspectos secundários de certos delitos.<sup>38</sup> Desse modo, se descriminaliza o uso e a posse de drogas e se criminaliza o tráfico. Descriminaliza-se o aborto e a prostituição e se criminaliza a grande atividade lucrativa relativa a esses fatos.

A moral sexual e a religião, nem sempre diferenciáveis, são elementos de muito peso para a manutenção de algumas figuras. Por exemplo, em certos estados norte-americanos mantêm-se como delitos, ainda que despenalizados, a masturbação, a fornicação e o adultério. Contudo, a cifra negra, nesses casos, é sideral. O informe

<sup>34</sup> Griffith, J. — *Models of two Decriminalization Arguments* (mimeo), 8.10.72.

<sup>35</sup> *Ibidem.*

<sup>36</sup> *Ibidem.*

<sup>37</sup> Cf. Conselho da Europa. Subcomitê sobre Descriminalização, 4.ª reunião — Estrasburgo, 10-14, junho, 1974; especialmente, em matéria de pequenas infrações contra os bens. Conclusões do grupo de língua inglesa.

<sup>38</sup> Gibbens, Trevor C. N. — *La decriminalization*, Coloquio de Bellagio, 7-12, maio, 1973.

Kinsey<sup>39</sup> revelou que havia centenas de milhares de casos desconhecidos pelas autoridades em matéria de atividade sexual censurada. Neste assunto, assim como nos casos de pequenos furtos, há muitíssimos delinquentes habituais que nunca foram nem serão detidos durante sua vida, que podemos chamar de delictiva.

Na Espanha, como se sabe, é delito a publicidade de métodos anticoncepcionais, sem dúvida, por influência religiosa. Quantos delinquentes não foram criados por esta proibição? Qual foi a sua eficácia?

Há, paralelamente, um desejo de criminalizar formas novas. Na Itália, por exemplo,<sup>40</sup> se incriminam a falsidade nas obras de arte, as interferências telefônicas, as gravações abusivas, a publicidade mentirosa, a contaminação, o dano à paisagem, a corrupção nos esportes, o desvio de fundos públicos. As infrações fiscais, por sua vez, são privilegiadas pela tendência a criminalizar.

Em definitivo e de acordo com o critério utilitário,<sup>41</sup> não se deve criminalizar, quando:

1 — Os custos da criminalização são maiores do que os da descriminalização (avaliados os custos individuais e sociais da perda da liberdade, os custos para a Administração da Justiça Penal e os dos possíveis efeitos colaterais, como a corrupção policial).

2 — Quando há meios menos caros, com melhores resultados, especialmente, levando em conta que a criminalização transfere à sociedade custos que estão em mãos particulares.

Uma visão de conjunto de todas essas opiniões parece ter como consequência que, a tendência atual, neste terreno, é a de que a permissividade deve ser a regra e a criminalização a exceção.

*Em conclusão:*

A preocupação crescente pela descriminalização permite supor que há uma inflação penal? Que há, como diz Cooper “demasiado direito”?<sup>42</sup>

Estas são boas perguntas para os “técnicos” reformistas do sistema penal. No que nos diz respeito, estamos mais interessados em descer às raízes das coisas e nos perguntamos: a quem serve a lei? a quem, portanto, é útil a criminalização e/ou a descriminalização?

<sup>39</sup> *Ibidem.*

<sup>40</sup> Vassalli, ob. cit.

<sup>41</sup> Cf. Griffith, J., ob. cit.

<sup>42</sup> Cooper, Anthony — *La descriminalización noción academica aberrante o necesidad juridica imperante?* — Conferência pronunciada no 25.º Curso Internacional de Criminologia, sobre descriminalização, Guayaquil, 1975.

Vimos que, tanto a criminalização de fato, como a descriminalização de fato, são as únicas categorias substanciais. As únicas que denominamos “reais”.

Seguindo-lhes a pista, poderíamos chegar ao âmago dos interesses que estão verdadeira e concretamente garantidos pelo sistema penal. Poderíamos tomar o Código Penal como se fosse uma alcaçofra e, confrontando-a com o que na prática se castiga, poderíamos despojá-la, folha por folha, de todo o supérfluo, do simbólico, daquilo que é pura ideologia.

O coração que apareceria a nossos olhos é o programa real de cada sistema de produção.

Isso podemos fazer, também, através de outras vias. Ir, por exemplo, aos cárceres. Veremos ali, só, ladrões, principalmente. E os homicidas e os que ferem. Em alguns, casos muito especiais, violadores, estupradores, pequenos estelionatários e pequenos traficantes de drogas. E, naturalmente, se nos deixarem vê-los, também, delinquentes políticos.

Eles são os rostos da espinha dorsal do sistema (penal e social). Aqueles que, por contraste, o fazem forte, que estão ali, para que se saiba o que pode fazer o sistema com seus inimigos.

Para eles se construiu a dogmática penal. Para eles se inventou a criminologia positivista e defensista. Para eles são os Congressos e Seminários, a bibliografia especializada, os Centros de Observação e Classificação, a polícia e os tribunais. No mundo inteiro, milhões e milhões é o custo econômico que geram esses pobres diabos.

O debate sobre descriminalização deve ser um debate sobre a hipocrisia dos Códigos Penais, sobre sua máscara de papel. Não é certo que os delitos não se castigam porque não se cometem. Com seu minucioso e elaborado articulado, o Código Penal é só uma cartilha de moral e cívica para estudantes de escolas primárias.

Podem os esforços empregados nas discussões sobre descriminalização justificar os objetivos e fins de nosso sistema de produção e, portanto, também, do Código Penal? Não o cremos. Nem cremos que nunca o hajam pretendido, honestamente.

## A PESSOA JURÍDICA COMO SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE DIFAMAÇÃO

Manoel Pedro Pimentel

1. Revive, hoje, a discussão a respeito da possibilidade de ser a pessoa jurídica sujeito passivo do crime de difamação, em face de jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal adotando posição favorável à resposta afirmativa. Em razão de discordar desse preclaro entendimento, de modo respeitoso mas fundamental, dou a conhecer os motivos que me levam a essa conclusão.

Alguns autorizados comentaristas, em livros e em artigos de doutrina defendem a tese de que a pessoa jurídica pode ser sujeito passivo do crime de difamação, pois é titular de um nome que deve preservar, tendo em vista o crédito e a confiança que inspira ou que deve inspirar no público.

Este é o pensamento dominante entre aqueles que sustentam a admissibilidade, valendo-se, sobretudo, do argumento de que o próprio Direito positivo tem acolhido tal entendimento. É o que diz Aníbal Bruno: "Entre nós, há decisão do Supremo Tribunal contrária à admissão de ofensa à honra de pessoas jurídicas. A doutrina em grande parte conclui assim também. Mas a Lei de Imprensa, de 12 de novembro de 1953, dispõe sobre crime de calúnia, difamação e injúria contra órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública."<sup>1</sup>

No mesmo sentido manifesta-se Custódio da Silveira. Depois de discorrer a respeito da dissensão existente na doutrina, alude a uma corrente intermediária, à qual se filia, reconhecendo a possibilidade de figurar a pessoa jurídica como sujeito passivo da *difamação*, tendo em vista que "não se lhe pode recusar uma reputação ou boa fama, cuja lesão reflete sempre no seu patrimônio", acrescentando: "Digno de nota, a tal respeito, é o sistema da vigente Lei de Imprensa (n.º 2.083, de 12.11.1953). Admite ela, no parágrafo único do seu

<sup>1</sup> *Direito penal*, Ed. Forense, Rio-São Paulo, 1966, Tomo 4.º, p. 290.

art. 9.º, que sejam sujeitos passivos dos crimes de calúnia, difamação e injúria, 'os órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública', casos em que a ação penal é promovida pelo Ministério Público, porém, dependendo de 'aviso' ministerial ou secretarial (art. 29, n.º I, b, e § 1.º)."<sup>2</sup>

Damásio de Jesus segue a mesma orientação, filiando-se à corrente intermediária que admite seja a pessoa jurídica sujeito passivo da *difamação*, "em face de possuir, inegavelmente, reputação, boa-fama (honra-subjetiva)".

E, argumenta: "É certo que a definição legal do art. 139 do CP fala em 'alguém'. Mas 'alguém' significa 'alguma pessoa', em face do que se pode entender que o tipo cuida de toda espécie de pessoa, seja física ou jurídica. A verdade, entretanto, é que na doutrina mais recente vai se generalizando a tendência de que as pessoas jurídicas têm capacidade para sofrer ofensa à honra. De ver-se que nossas leis têm considerado a pessoa jurídica como sujeito passivo de crimes contra a honra. O Decreto n.º 4.776, de 1.10.1942, considerou a 'Nação, o Governo, o regime e as instituições' como vítimas de calúnia e injúria. A antiga Lei de Imprensa (Decreto n.º 2.083, de 12.11.1953), em seu art. 9.º, parágrafo único, descrevia os crimes de calúnia, difamação e injúria quando praticados contra *entidades* que exerciam autoridade pública. A atual Lei n.º 5.250, de 9.2.1967 (com as modificações introduzidas pelo Dec.-Lei n.º 510, de 20.3.69), em seu art. 23, III, determina que as sanções previstas nos preceitos secundários das normas que definem os crimes de calúnia, difamação e injúria são aumentadas de um terço se qualquer deles 'é cometido contra órgão ou entidade que exerça função de autoridade pública'. Esses crimes, antes previstos na Lei de Imprensa, atualmente se encontram definidos na Lei de Segurança Nacional (Dec.-Lei n.º 898, de 29.9.1969), em seu art. 45, V: 'Fazer propaganda subversiva: injuriando, caluniando ou difamando, quando o ofendido for órgão ou entidade que exerça autoridade pública'.<sup>3</sup>

Verifica-se que os autores até aqui citados sustentam a admissibilidade em questão, fundados em exemplos colhidos na legislação penal especial e argumentando no sentido de que, *de lege ferenda*, o bom nome, a boa fama e o conceito público da pessoa jurídica merecem proteção penal.

Uma coisa, porém, é reconhecer de *de iure constituendo* existe um *bem jurídico tutelável*, que *de lege lata* já está protegido por legislação penal especial, e outra é pretender aplicar o disposto no

<sup>2</sup> *Direito penal — Crimes contra a pessoa*, Ed. Rev. dos Tribs., São Paulo, 1973, 2.ª ed., p. 227 e 228.

<sup>3</sup> *Direito penal*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1979, 2.º vol., p. 200 e 201.

art. 139 do Código Penal, por analogia, para conferir proteção a esse bem, infringindo a regra fundamental do Direito punitivo, inscrita no art. 1.º do nosso diploma substantivo penal.

O legislador brasileiro, usando das suas prerrogativas constitucionais, e sensível à realidade de que as pessoas jurídicas assumem importância cada vez maior na vida econômica, estabeleceu normas especiais para a proteção desses entes morais, editando diplomas que lhes reconhecem a qualidade de sujeito passivo.

Não há mais dúvida, hoje, e assim o atestam os repertórios de jurisprudência, de que, diante dos termos expressos de algumas leis penais, a pessoa jurídica pode ser sujeito passivo de crimes que atentem contra o seu bom nome, a sua respeitabilidade social. Mas, dúvida não há, também, de que tal entendimento só é autorizado pelo fato de existirem leis dispondo expressamente a respeito.

Por isso mesmo, escrevendo a respeito dos crimes contra a honra arrolados na Lei de Imprensa, manifestamos opinião no sentido de que deve ser protegido o bom nome da pessoa jurídica, dizendo: "*Sujeito passivo*, diferentemente do que vimos na calúnia, será também a pessoa jurídica, pois nela se reconhece um conceito de respeitabilidade, que pode ser atingido pela difamação, quanto ao bom nome conseguido no meio social." <sup>4</sup>

2. Fica bem claro que o legislador, embora com muita falta de técnica jurídica, procurou proteger, nas leis editadas após o Código Penal de 1940, o bom nome, o crédito das pessoas jurídicas. E, havendo lei, impõe-se o seu cumprimento. Perante o Código Penal, entretanto, é inadmissível tal entendimento, uma vez que a *ratio essendi* do art. 139 lhe é inteiramente refratária.

São expressivos os ensinamentos de acatados penalistas. Magalhães Noronha, por exemplo, após tecer considerações a respeito do problema, aludindo igualmente à legislação penal especial, conclui: "Não obstante essas considerações, estamos em que o Código, em seu Título I 'Dos crimes contra a pessoa' refere-se tão-só à criatura humana." <sup>5</sup>

Heleno Cláudio Fragoso, rigorosamente dentro da melhor orientação dogmática, depois de traçar as linhas mestras do debate, assim se manifesta: "Honra é valor social e moral da personalidade humana. Os crimes contra a honra são crimes contra a pessoa humana, que se configuram quando se injúria, difama ou calúnia *alguém*. Perante o vigente CP somente a pessoa física pode ser sujeito passivo dos crimes contra a honra. É evidente que há valores morais, relacionados com a reputação, o bom nome ou o crédito, que são apli-

cáveis às pessoas jurídicas e que devem ser objeto de tutela jurídica. Isso pode e deve ser feito sem que se tenha de atribuir honra a empresas e organizações, que somente atuam através de pessoas físicas. A ofensa feita à pessoa jurídica reputa-se irrogada aos que a representam e dirigem." <sup>6</sup>

Manzini que é, em nossa opinião, o mais completo comentarista do Código penal italiano, autoridade maior da Escola Técnico-Jurídica, a cuja sombra se editou aquele diploma, ensina: "*VII. Collettività ed altri enti astratti. — La natura dei beni giuridici, che la legge penale tutela mediante l'incriminazione dell'ingiuria e della diffamazione, esclude che possono divenire soggetti passivi di tali reati le collettività e le fondazioni considerate como entità distinte dalle persone che le costituiscono o amministrano, abbiano o no personalità giuridica ai fini d'altro ordinamento giuridico. L'onore, il decoro, la reputazione presuppongono nel soggetto, cui si riferiscono, individualità fisio-psichica e idoneità ad acquistare meriti o demeriti individuali, il che implica personalità individuale, coscienza e volontà unitarie. Soltanto chi possiede codesti requisiti, cioè esclusivamente le persone fisiche, si possono onorare o censurare, rispettare o disprezzare, amare ad odiare, stimare o disistimare per quel che hanno fatto, ecc. Allorché si censura una collettività o una fondazione, si riprovano in realtà colore che ne hanno determinato l'azione censurata, e non già la collettività o la fondazione per sè stessa, nè tutte le persone che la compongono o amministrano, quando non tutte abbiano partecipato al fatto censurato.*" <sup>7</sup>

A magistral lição de Néelson Hungria, de todos conhecida, afasta peremptoriamente qualquer dúvida, uma vez que se trata da opinião de um dos principais artífices do Código Penal brasileiro de 1940. Eis o que disse o incomparável mestre: "Em face do Código atual, somente pode ser sujeito passivo de crime contra a honra a *pessoa física*. Inaceitável a tese de que também a *pessoa jurídica* pode, sob o ponto de vista jurídico-penal, ser ofendida em sua honra." <sup>8</sup>

3. Não se entenda, porém, desavisadamente, que o saudoso Ministro considerasse imerecedor da tutela penal o bem jurídico consistente no bom nome, na boa fama, da pessoa jurídica, e ignorasse a circunstância de haver o legislador, em normas especiais, colocado proteção a esse bem. Esclarecendo seu pensamento, escreveu: "É certo que a lei penal, criando um *jus singulare*, pode reconhecer em certos entes morais capacidade penal passiva em relação aos crimes contra

<sup>6</sup> *Lições de direito penal*, Ed. J. Bushatsky São Paulo, 1976, 3.ª ed., parte especial, vol. I, p. 203 e 204.

<sup>7</sup> *Trattato di diritto penale italiano*, UTET, Torino, 1947, vol. oitavo, p. 341 e 342.

<sup>8</sup> *Comentários ao Código penal*, Ed. Rev. For., Rio, 1945, vol. VI, p. 37.

<sup>4</sup> *Legislação penal especial*, Ed. Rev. dos Tribs., São Paulo, 1972, p. 161.

<sup>5</sup> *Direito penal*, Ed. Saraiva, 1977, 13.ª ed., vol. 2.º, p. 132, 133 e 152.

a honra. A nossa vigente Lei de Imprensa, por exemplo, atribui tal capacidade às 'corporações que exerçam autoridade pública'. Também o Dec.-Lei n.º 4.776, de 1.º de outubro de 1942, considera passíveis de *calúnia* e *injúria* 'a Nação, o Governo, o regime e as instituições'. Mas só em tais casos, expressamente ampliado, *contra tenorem rationis*, o conceito de *pessoa* sob o prisma jurídico-penal, se poderá falar em 'direito à honra' por parte de entidades morais. Fora daí, as ofensas à pretendida honra das coletividades organizadas, ainda que com personalidade jurídica, resolvem-se em ofensas à honra das pessoas do núcleo unitário."<sup>9</sup>

É, praticamente, o mesmo ensinamento de Manzini: "Il così detto *diritto all'onore*, in senso lato, è invece riconosciuto e tutelato specificamente soltanto dalla legge penale, la quale, in questa materia, ha carattere costitutivo, e non meramente sanzionatorio. Per poter ammettere negli enti in discorso la titolarità del 'diritto all'onore', occorrerebbe, pertanto, che la legge penale espressamente loro lo riconoscesse; allo stesso modo che, per ritenerli soggetti, ad. es., di diritti politici o amministrativi, sarebbe necessaria una espressa disposizione di legge."<sup>10</sup>

Não ignorando, pois, a realidade, e atendendo à evolução da doutrina, mas permanecendo fiel à verdade dogmática, o eminente jurista Hungria, ao elaborar o Anteprojeto do Código penal, que serviu como ponto de partida para a edição do Código penal de 1969, inseriu uma figura especial, contemplando a tutela da boa fama e do crédito da pessoa jurídica.

Assim é que, com a rubrica lateral — *ofensa à pessoa jurídica* —, inscreveu no Anteprojeto, como art. 148, o seguinte dispositivo: "Propalar fatos, que sabe inverídicos, capazes de abalar o crédito de uma pessoa jurídica ou a confiança que esta merece do público."

Este artigo passou inalterado pela Comissão Revisora e, afinal, converteu-se no art. 147 do Código penal de 1969, baixado com o Decreto-Lei n.º 1.004, de 21 de outubro de 1969, que conservou a mesma rubrica lateral e consignou idêntica redação.

Preenchia-se, assim, a lacuna, pois a pessoa jurídica não podia, como ainda não pode, ser considerada sujeito passivo nos crimes contra a honra previstos no Código penal de 1940.

Trazemos à colação, por muito oportuna, a lição de Luiz Vicente Cernicchiaro, ilustre professor de Direito Penal da Universidade de Brasília e Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: "O legislador brasileiro, no momento em que se multiplica a criação de pessoas jurídicas, atento ao fato social, incluiu o referido crime

no rol das infrações penais. Colocou-o no capítulo dos crimes contra a honra, ampliando, ademais, diante do texto de 1940, a incidência dos respectivos ilícitos. Não só quantitativamente, com o acréscimo de outra figura, mas repercutindo também no conceito de sujeito passivo desses ilícitos. *Até então, somente o homem poderia sê-lo, visto a calúnia, a difamação e a injúria se referirem à pessoa física.* (Grifamos). O crime em referência, ao contrário, ofende valores de interesse de pessoa jurídica."<sup>11</sup>

4. Bem diversa, portanto, a natureza do bem jurídico protegido. O dispositivo constante do art. 147 do Código penal de 1969 não se refere à *honra* da pessoa jurídica, porque este atributo é, indistintamente, patrimônio da pessoa humana. Os bens jurídicos tutelados no modelo novo são o *crédito* e a *confiança* que a pessoa jurídica merece do público.

Sensíveis as diferenças entre o disposto no art. 139 do Código penal de 1940 e o que foi estatuído no art. 147 do Código penal de 1969.

Anote-se, desde logo, que se o legislador de 1969 entendeu necessária a criação de uma nova figura, para tutelar o crédito e a confiança pública da pessoa jurídica, é porque reconheceu que tais bens não se subsumiam no conceito de *honra*. E o Código penal de 1940 protege somente a *honra*, atributo da pessoa física.

Comparando-se as duas figuras, verifica-se que o art. 139 do Código penal de 1940, definindo o crime de que se trata, usa a expressão *difamar alguém*. O vocábulo *alguém*, do latim *aliquem*, é definido nos léxicos como pronome indefinido que designa *alguma pessoa*. E, não é preciso dizer, *pessoa humana*. Foi com essa acepção que o legislador usou esta expressão, pois o Título I, da Parte Especial do Código penal de 1940, trata dos crimes contra a *pessoa*, e qualquer estudante do segundo ano de Direito sabe que o vocábulo *pessoa*, nesse título, indica a *pessoa humana*.

O mesmo acontece relativamente ao Código penal italiano, modelo do nosso, consoante a opinião de Manzini: "L'ingiuria e la diffamazione sono delitti contro la 'persona'; mentre, per il diritto penale, le associazioni e le fondazioni non possono farsi rientrare nel concetto che il codice penale vigente ha della 'persona' nel Titolo XII del Libro II."<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Op. cit., p. 40 e 41.

<sup>10</sup> Op. e loc. cit.

<sup>11</sup> *Ofensa à pessoa jurídica*, artigo publicado na revista "Ciência Penal", Ano II, n.º 3, 1975, p. 39.

<sup>12</sup> Op. e loc. cit.



É cediço princípio de hermenêutica que o legislador não usa palavras em sentido figurado e que as expressões empregadas na lei têm sentido técnico-jurídico determinado. Diz, de modo sintético mas expressivo, João Mendes Neto, que: “Toda palavra tem seu exato valor. Nada se deve desprezar na Lei.”<sup>13</sup>

Por outro lado, sabemos que na mesma lei a exegese de uma palavra é sempre igual, pois permanece idêntico o seu significado. E, exatamente daí, decorre o chamado processo sistemático de interpretação. O insigne Carlos Maximiliano lembra que “não se encontra um princípio isolado em ciência alguma; acha-se cada um em conexão interna com os outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio.”<sup>14</sup>

No mesmo sentido a opinião de Bellavista: “È questo sistema di connessione che consente alle norme di illuminarsi e giustificarsi l’una in funzione dell’altra; ed il senso e la volontà legislativa contenuti in una, balzano più nitidi e precisi agli occhi dello interprete al semplice confronto de un’altra norma.”<sup>15</sup>

Ora, se no art. 121 do Código penal aparece a locução *matar alguém*, a palavra *alguém*, ao contrário do que pretende Damásio de Jesus no trecho retrocitado, se refere somente à *pessoa física*, e o seu significado não pode ser arbitrariamente ampliado para incluir também a *pessoa jurídica*. Esta não é *alguém*, mas, sim, *alguma coisa*.

Comentando o texto do art. 139, Pizzotti Mendes rememora Angel Ariza, que anota serem sujeitos passivos dos crimes em questão somente “las personas de carne y hueso”, acrescentando: “Efetivamente, o legislador emprega o vocábulo ‘alguém’ em sua verdadeira acepção, como sinônimo de pessoa natural. Não se devem aplicar aqui interpretações filosóficas sobre o termo, pois o Direito; como toda ciência autônoma tem seu próprio léxico e em direito a expressão ‘alguém’ significa pessoa natural, ‘pessoa de carne e osso’.”<sup>16</sup>

Julgado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, de que foi relator o ilustre Juiz Mendes Pereira, cuidou com esmero do argumento, consignando no corpo do aresto o seguinte: “Aliás, a argumentação dos que admitem que a pessoa jurídica pode ser vítima de difamação, mas não o pode tratando-se calúnia, não resiste sequer

à interpretação lógica conjugada dos arts. 138 a 140 do CP. Com efeito nos três artigos a lei se utiliza do termo ‘alguém’. Ora, se o legislador não distingue, por que iria distinguir o intérprete quanto ao significado dessa palavra, em cada um dos artigos mencionados? Assim, se a pessoa jurídica não comete crimes, não pode ser caluniada, não estando, conseqüentemente, compreendida no mesmo ‘alguém’ do art. 139?”

E acrescenta o venerando acórdão: “E não haveria necessidade do legislador, no novo Código Penal, art. 148, criar expressamente o delito de ‘ofensa à pessoa jurídica’, se o fato estivesse previsto nos arts. 142, 143 e 144, os quais repetem, textualmente, os arts. 138, 139 e 140 do CP vigente.”<sup>17</sup>

Basta ler o Código penal de 1940 e encontrar-se-á a palavra “alguém” não apenas no Título I da parte especial, mas igualmente em outros títulos, sempre com o mesmo significado. Confira-se, p. ex., os arts. 121, 122, 130, 138, 139, 140, 146, 147, 148, 149, todos do referido Título I, em cuja seção IV, do Capítulo VI, encontramos “alguém” divulgando segredo (art. 153), violando segredo profissional (art. 154). No Título II, depara-se com a figura do estelionato (art. 171), em que a pessoa jurídica pode ser prejudicada, mas o engano, o artifício, o ardil, a fraude, somente podem dirigir-se a uma pessoa física — “alguém”. A extorsão (art. 158) também pode prejudicar uma pessoa jurídica, mas somente uma pessoa física pode sofrer o constrangimento. O mesmo se dirá do que consta nos arts. 169, 185, 197, 198 e 199, estes quatro últimos constantes dos Títulos III e IV. No Título VI deparamos com os expressivos exemplos dos arts. 227 e 228. E, assim por diante, a expressão “alguém” está sempre empregada para designar a *pessoa física*. Por que, então, a única e desamparada exceção, quanto ao art. 139?

5. Cumpre considerar, ainda, que o art. 147 do Código Penal de 1969, ao contemplar a hipótese de *ofensa à pessoa jurídica*, inscreveu um tipo que diverge fundamentalmente da difamação prevista no Código Penal vigente, justamente em razão da natureza diversa do objeto jurídico. A começar pela rubrica lateral, em que aparece pela primeira vez no Código Penal a expressão *pessoa jurídica*, o legislador não se utilizou do vocábulo *alguém*. E distinguiu, perfeitamente, a honra — conceito restrito a um atributo da pessoa humana — do *crédito* e da *confiança pública*, conceitos ajustados à pessoa jurídica.

Por outro lado, na conformidade do que expõe a doutrina, a *difamação* (art. 139 do CP de 1940) se constitui no comportamento

<sup>13</sup> Rui Barbosa e a lógica jurídica, Ed. Saraiva, São Paulo, 1949, p. 135.

<sup>14</sup> Hermenêutica e aplicação do direito, Freitas Bastos, Rio, 1957, p. 165.

<sup>15</sup> L’interpretazione della legge penale, Giuffrè Ed., Milano, 1975, p. 69.

<sup>16</sup> As pessoas jurídicas como sujeitos passivos dos crimes contra a honra, artigo publicado na “Justiça”, n.º 103, 1978, p. 40.

<sup>17</sup> Ac. un. da 1.ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, in Rev. dos Tribs., vol. 460/372.



de atribuir a alguém *fato ofensivo à sua reputação*, seja esse fato *falso* ou *verdadeiro*. Por óbvias razões — e aqui reside a principal diferença — o crime de ofensa à pessoa jurídica (art. 147 do CP de 1969) exige que a propalação do fato se faça — *com a consciência de que o mesmo é inverídico* (“Propalar fatos, que sabe inverídicos etc.”).

Esta significativa diferença mostra que seria intolerável e perigosa extensão analógica incluir-se a pessoa jurídica no conceito de sujeito passivo do crime de difamação previsto no Código Penal vigente, pois tal interpretação conduziria ao absurdo de impedir-se o comentário desfavorável quanto a uma empresa, ainda que verdadeiro o fato comentado.

Comentar o mau serviço de um restaurante, a falta de higiene de um hotel, a desorganização reinante em uma agência bancária, mesmo que verdadeiros os fatos, levaria o autor dos comentários às barras do Juízo Criminal, irremediavelmente. A tal absurdo conduziria esta exdrúxula interpretação, ainda que muito bem intencionada, mas inteiramente distante do verdadeiro significado doutrinário do delito inscrito no art. 139 do Código Penal de 1940.

Pretender aplicar, pura e simplesmente, o disposto no art. 139 do Código Penal vigente às hipóteses em que a pessoa jurídica se diz ofendida em sua “honra”, é valer-se da pior analogia semântica, com flagrante violação do primeiro mandamento do Direito Penal moderno, ou seja, a estrita obediência ao *princípio da reserva legal*.

Em tais casos, ofendidos são os diretores ou os administradores da empresa, consoante os precisos ensinamentos da melhor doutrina, cabendo-lhes cobrar do ofensor a conduta incriminada. Nunca, porém, violentar a lei, para reconhecer o atributo da *honra* — apatúrgia da pessoa humana — em uma pessoa jurídica.

6. Sabemos que existem decisões, inclusive originárias do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que contrariam este entendimento e admitem a pessoa jurídica como sujeito passivo nos crimes contra a honra. Ponderamos, todavia, que tais decisões somente serão corretas, *data venia*, quando se referirem a ações penais movidas com fundamento em leis que expressamente indiquem a pessoa jurídica como sujeito passivo, e que já foram mencionadas: lei de imprensa, de segurança nacional, etc.

Nesses casos, embora o legislador tenha sido absolutamente falto de técnica, os julgados se apoiam no direito positivo e, assim, não podem ser contestadas. Entretanto, é intolerável estabelecer o mesmo tratamento quando da aplicação do art. 139 do Código Penal vigente, uma vez que neste dispositivo o legislador apenas incluiu a pessoa física.

Em conclusão: de acordo com os princípios dogmáticos mais puros, exceção feita às hipóteses expressamente previstas em lei (reputa-se, por erro do legislador), a pessoa jurídica não pode ser considerada sujeito passivo dos crimes em que há ofensa a bens ou interesses jurídicos personalíssimos, e, entre eles, do delito de difamação previsto no art. 139 do Código Penal vigente.

## POLÍTICA CRIMINAL E INJUSTO \*

(Política criminal, bem jurídico, desvalor do ato e do resultado)

Juan Bustos Ramirez

1. A simples menção formal, de ambos os termos, nos leva de imediato a recordar as propostas de Von Liszt sobre o bem jurídico. "Quisera anexar a estas frases alguns esclarecimentos mais detalhados, sobre o que penso com a denominação de bem jurídico como conceito limite. Entendo por conceito limite um conceito que se translada do campo de uma ciência ao campo de outra; um conceito ao qual se remete a primeira, sem que possa determiná-lo ou fundamentá-lo, já que não pertence mais a ela, mas, sim, a outro campo de saber; mas, um conceito que, ao mesmo tempo e, justamente por isso, estabelece a união entre aqueles ramos do saber, mostra suas profundas conexões, garante sua recíproca fecundação";<sup>1</sup> e mais adiante agrega: "Porém, a designação do conceito *bem jurídico*, como conceito limite quer denotar, todavia, mais. Deve acentuar, fortemente, a conexão interna da ciência jurídica com a política, a necessidade de constante fomento e fecundação recíproca; deve resguardar-se contra um tratamento puramente formalístico do direito, isto é, exclusivamente lógico-jurídico."<sup>2</sup>

As expressões de Von Liszt nos colocam, pois, no centro mesmo do tema. Ao unir injusto com política criminal torna-se iniludível a preocupação com o bem jurídico. Pode parecer que o bem jurídico é, justamente, o conceito que determina a união entre ambos os termos, injusto e política criminal. O conceito que vai dar o conteúdo material do injusto, que vai determinar sua substância. Isso mes-

\* Tradução de J. Sérgio Fragoso.

<sup>1</sup> V. Liszt, Franz: *Der Begriff des Rechtsgut im Strafrecht und in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, em ZStW, 8, p. 139.

<sup>2</sup> V. Liszt, Franz: ob. cit., p. 140.

mo pareceria dar à idéia de que o conceito de bem jurídico é claro e preciso em seus limites e conteúdos, qualidades necessárias para que possa cumprir as funções antes mencionadas.

Mas, apesar do muito que já se escreveu sobre o bem jurídico, desde que Birnbaum fez suas proposições sobre a lesão do bem, em contraposição à lesão do direito,<sup>3</sup> não se tem avançado muito na determinação do conceito. E é isso que salientam todos os últimos autores que se têm dedicado ao tema e que são muitos;<sup>4</sup> pois, nos últimos tempos o bem jurídico voltou a entrar na moda, talvez, justamente, porque renovou-se a preocupação com a política criminal. Neste sentido, são sumamente demonstrativos os comentários a seus respectivos livros sobre o bem jurídico, por parte de Hassemer e Amelung.<sup>5</sup> Segundo Amelung: "A respeito dos esforços teóricos em

<sup>3</sup> Birnbaum, J.M.F.: *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, em *Archiv des Criminalrechts*, t. 1, 2.<sup>a</sup> parte (1834), p. 149 e 194. Assim, logo ao definir, na p. 150, o conceito natural de lesão, que centraliza na diminuição ou subtração mediante uma ação, daquilo que para nós é um bem, na p. 179, define o delito do seguinte modo: "Segundo essas minhas opiniões, creio, pois, também, que há de se considerar como delito, segundo a natureza das coisas ou como racionalmente punível no Estado, toda lesão ou exposição a perigo, imputáveis à vontade humana, de um bem garantido pelo poder do Estado, de forma igual para todos, se uma garantia geral não pode atuar de outro modo que mediante a cominação de uma determinada pena e mediante a execução da ameaça legal contra todo contraventor". Claramente Birnbaum propõe uma concepção de bem jurídico que vai além do sistema jurídico, igualmente como Von Liszt, portanto crítica do sistema; mas, que, ao invés de ter raízes sociais, se assenta sobre o jusnaturalismo. É de se destacar, também, a clareza com que assinala o direito penal como *ultima ratio*.

<sup>4</sup> Nos últimos tempos, desde que Peter Sina, faz já quinze anos, escreveu uma obra dedicada aos aspectos históricos do bem jurídico — *Die Dogmengeschichte des Strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut* — surgiu uma série de contribuições sobre o tema: Rudolphi, Hans-Joachim (*Die Verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs*), em *Festschrift Honig*, 1970, p. 151 e ss.; Otto, Harro (*Rechtsgutbegriff und Kriminalpolitik*, 1971, p. 1 e ss.). Marx, Michael (*Zur Definition des Begriffs Rechtsgut*, 1972); Amelung, Knut (*Rechtsgüter-schutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und Anwendungsbereich eines Strafrechtssprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Sozialschädlichkeit des Verbrechens*, 1972); Hassemer, Winfrid (*Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxis orientierten Rechtsgutslehre*, 1973); Polaino Navarrete, Miguel (*El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla, 1974); Lampe, Ernest Joachim (*Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis*, em *Festschrift Welzel*, 1974, p. 151 e ss.); Bustos Ramirez, Juan (*Consideraciones en torno del injusto*, em *Nuevo pensamiento penal*, publicação em homenagem a Welzel, Buenos Aires, 1974, p. 33 e ss.) e a lista poderia continuar.

<sup>5</sup> Não há dúvida de que as obras mais importantes que se têm editado na Alemanha sobre o tema, ainda que sem esgotá-lo, naturalmente, são as destes autores, com as quais deram, também, uma valiosíssima contribuição ao direito penal dos demais países.

relação ao conceito de bem jurídico ocorre algo semelhante. Eles contêm dois pensamentos importantes; porém, no mais permanecem demasiado abstratos, porque Hassemer se esforça pouco na análise e em definições exatas. Contudo, fala-se de tão grande distância sobre um objeto, que não se determina com maior proximidade. Então, muitas afirmativas sobre ele se tornam inexatas ou infundadas.”<sup>6</sup> Por seu turno Hassemer expressa que: “Amelung recomenda um princípio geral, seus corretos objetos do delito são as condições para a vida humana em comum. Penso que, com isso, cai aquém do nível que já havia alcançado a recente discussão do bem jurídico.”<sup>7</sup> E, mais adiante, agrega: “Em compensação o conceito de Amelung está imunizado no que respeita a uma discussão de conteúdo. Seu critério de escolha dos objetos do delito passa, simplesmente para tudo.”<sup>8</sup>

E, por certo, ambos têm desgraçadamente razão nas críticas que fazem. E, assim, como Amelung afirma: “Mesmo os tipos que protegem as pedras, as ervas, os animais ou a raça ariana, satisfazem essa exigência. Quem não quiser dar-se por satisfeito com isso não logrará desenvolver uma teoria das condições da vida humana em comum. Disso esteve, sempre, muito longe a idéia absoluta de proteção de bens. Ela conduz necessariamente ao extravio, porque tem em vista as coisas ao invés dos problemas de organização social.”<sup>9</sup> Pela mesma razão se esforça em demonstrar, ao contrário de Welzel,<sup>10</sup> a não existência do problema dos delitos sem bem jurídico,<sup>11</sup> referindo-se a uma série de casos concretos, entre eles o dos delitos de perigo abstrato, dos delitos contra a moralidade, dos maus-tratos dos animais, etc. Realmente, como diz Hassemer, com a posição de Amelung não se avança absolutamente nada e melhor se trata de justificar tudo dentro de um sistema social. Assim como para Binding o bem jurídico era imanente ao sistema jurídico,<sup>12</sup> para Amelung é função do sistema social. No fundo, encontramos-nos, de novo, numa tese formal, que se posiciona muito longe das proposições de Von Liszt e que vem a ser de muito pouca utilidade. Por outro lado,

<sup>6</sup> Cf. ZStW 87, p. 139.

<sup>7</sup> Cf. ZStW 87, p. 164.

<sup>8</sup> Cf. ZStW 87, p. 164.

<sup>9</sup> Ob. cit. p. 286.

<sup>10</sup> Welzel sustentou que no § 175 — que se refere às relações homossexuais de um homem com um menor de dezoito anos — não se lesiona nenhum bem jurídico (*Derecho penal alemán*, 11.ª ed., trad. Bustos Ramirez — Yañez, p. 313).

<sup>11</sup> Ob. cit. p. 281 e ss.

<sup>12</sup> Veja-se *Die Normen*, t. 2.ª ed., p. 338 e ss. sobretudo nas p. 353 e ss. e p. 365. Sumamente exemplar é a sua frase: “Dentro da desobediência se esconde, como núcleo, a lesão de um bem” (p. 365). Contudo, a Binding se deve que Birnbaum tenha tido a devida atenção dos penalistas e, além disso, a difusão e relevância da teoria do bem jurídico.

Hassemer propõe o problema, em verdade, além do bem jurídico, confundindo-o com outras problemáticas, como assinala Amelung:<sup>13</sup> “Do ponto de vista tradicional da teoria do bem jurídico, crítica do sistema, a única pergunta significativa é a seguinte: “Que objetos de proteção têm de ser concebidos e de que forma em uma lei penal? Aqui se conclui que esta certamente pode ser a questão central de uma teoria do bem jurídico, porém não se poderá contestá-la, sem conhecimentos prévios a respeito da gênese e da função social sobre o que se pergunta: o bem jurídico. Com isso o horizonte da questão sobre o bem jurídico se estendeu aos fatores que condicionam a criminalização do comportamento humano.”<sup>14</sup> O mesmo precisa mais, ainda isso, ao criticar a obra de Amelung: “Disto resulta, para mim, que a salvação de uma teoria do delito não está na busca de um princípio geral, que cubra o conjunto de objetos — considerados sempre como dignos de proteção por qualquer razão que seja — se não na busca de categorias, com cuja ajuda se possa tornar claro, em qualquer tempo, a gênese dos objetos do delito, a cambiante definição social do “digno de proteção” e, portanto, o processo de criminalização do comportamento humano.”<sup>15</sup> Em todo caso, as posições de Hassemer estão mais na linha de Von Liszt que as de Amelung e, por isso mesmo, são mais frutíferas diante de um conceito que, como dizia Von Liszt, é um conceito limite,<sup>16</sup> e, por conseguinte, nos conduz necessariamente a outro campo do saber, diferente da dogmática, ou seja, ao da política criminal. Este está, claramente, destacado e analisado em seu livro por Hassemer. Mas, por outro lado, os resultados da investigação são pobres. “Também, aqui, se assinala que uma teoria do bem jurídico orientada para a praxis tem, em primeiro lugar, por tarefa, desenvolver as condições para uma política racional dos bens jurídicos e chamar a atenção quando se refere a conhecimentos da experiência científica...”, ademais, “...as tarefas de uma teoria do bem jurídico dirigem-se não à construção de uma teoria concludente, mas, sim, a projetar as bases concretas de uma teoria dos bens jurídicos.”<sup>17</sup> Certamente, chegar a propor, como critério último, a racionalidade,<sup>18</sup> fora da relação com o contexto cultural<sup>19</sup> é bastante pouco, ainda, que, talvez, aí, resida o calcanhar de Aquiles da teoria do bem jurídico e dos esforços desde Von Liszt, e é por isso que a dogmática logra, sempre, uma preeminência nos estudos do delito. Como assinala o próprio

<sup>13</sup> Cf. ZStW 87, p. 141 e ss.

<sup>14</sup> Ob. cit. p. 192.

<sup>15</sup> Cf. ZStW 87, p. 163/164.

<sup>16</sup> Ob. cit. p. 139.

<sup>17</sup> Ob. cit. p. 245.

<sup>18</sup> Ob. cit. p. 192 e ss.

<sup>19</sup> Ob. cit. p. 121 e ss.

Hassemer todas as teorias sobre o bem jurídico têm sido compreensivas ou informativas: "Como compreensivas foram concebidas formalmente e tinham um valor explicativo e cognoscitivo; como informativas tinham um valor explicativo; porém, não estavam em situação de desenvolver uma teoria concludente sobre o bem jurídico, que fosse, ao mesmo tempo, uma teoria do delito e da praxis penal, o que, por sua vez, limitava seu valor explicativo."<sup>20</sup> Apesar de todos os esforços realizados e da qualidade das contribuições, tanto a obra de Amelung como a de Hassemer caem dentro das alternativas tradicionais em que se dividem as teorias do bem jurídico. Também cai nisto e, claramente, dentro da primeira alternativa, a proposição de Polaino Navarrete, quando assinala: "Em suma, o bem jurídico pode ser definido, de forma sintética, a nosso juízo, como o bem ou o valor merecedor da máxima proteção jurídica, cuja tutela é reservada às prescrições do Direito Penal."<sup>21</sup>

2. Em todo caso, pareceria que a única rota possível, ainda que difícil e, às vezes, desiludida quanto aos resultados, é a empreendida por Hassemer, isto é, esclarecer o que há mais além do bem jurídico, quais são as bases sobre as quais se assenta.<sup>22</sup> Rota essa, ademais, que já havia seguido Welzel, quando assinalou: "A missão do direito penal consiste na proteção dos valores elementares da consciência de caráter ético-social e só por inclusão a proteção dos bens jurídicos particulares."<sup>23</sup> E, um pouco antes, explicava: "Ao castigar, o direito, a efetiva inobservância dos valores da consciência jurídica, protege, ao mesmo tempo, os bens jurídicos aos quais são referidos aqueles valores do ato."<sup>24</sup> Welzel vai, claramente, pois, mais além do bem jurídico, trata de explicar quais são as categorias que se movem atrás do bem jurídico; por isso mesmo: "a mera proteção de bens jurídicos tem só um fim preventivo, de caráter policial e negativo. Pelo contrário, a missão mais profunda do Direito Penal é de natureza ético-social e de caráter positivo."<sup>25</sup> Mas, certamente, "os valores elementares da consciência de caráter ético-social" não logram, por si sós, explicar-se e, menos ainda, explicar o bem jurídico e sua função<sup>26</sup> e, além disso, levam à tendência de que o que se trata de castigar é o pensamento, as idéias, ainda que o próprio Welzel tenha estabelecido, claramente, um limite, nem sempre se-

guido,<sup>27</sup> mediante a repetida exigência da "efetiva inobservância". As categorias de Welzel pois, por um lado, encerram demasiada indeterminação e abstração, não parecem, assim, ser as categorias realmente explicativas e, por outro lado, tendem a afastar o direito penal, certamente não no próprio Welzel, de um direito liberal ou de um estado de direito, de um direito garantidor. Mas, o mérito indiscutível de Welzel é o de haver assinalado, com toda a clareza, que era necessário ir mais além do bem jurídico para lhe dar um conteúdo e que a sanção penal só era possível quando havia "uma efetiva inobservância"<sup>28</sup> e, ademais, conseqüentemente, haver dado uma definição concreta do bem jurídico: "Todo o estado social desejável que o direito quer resguardar de lesões."<sup>29</sup>

O problema está, pois, em que as raízes do bem jurídico não estão no campo do direito, como dizia Von Liszt e diante disso há a alternativa de buscar seus pressupostos — categorias — no campo da metafísica ou no da realidade social. O primeiro caminho nos leva pelo campo da abstração, da dedução e, de certo modo, mais semelhante ao tradicional da ciência jurídica; o segundo, ao contrário, ao estudo do homem enquanto ente social e da sua atuação dentro de uma realidade social determinada, portanto, à concreção, à indução, à interação constante do homem e de seu meio, à determinação das estruturas sociais. A assinalar, então, que ao Direito o que

<sup>27</sup> Assim, quando se refere à tentativa impossível, prescinde do bem jurídico e fala, somente, do "ordenamento como poder configurador da ordem". (Ob. cit. p. 267).

<sup>28</sup> Ob. cit. p. 13.

<sup>29</sup> Ob. cit. p. 15. — Rudolphi propôs que a expressão "estado" não se refira ao essencial do bem jurídico, já que a sociedade estatal não é algo estático (ob. cit. p. 162 e ss.); por isso, propõe sua substituição: "Os bens jurídicos, que constituem o trabalho protetor do Direito Penal, não são de qualquer forma coisas dadas estáticas, em si mesmas imóveis; mas, sim, as unidades sociais de função, sem as quais nossa sociedade estatal não seria possível existir em sua expressão concreta (p. 163). Este conceito, também, foi acolhido por Otto (ob. cit. p. 8), porém difere deste, em que o bem jurídico seja o objeto mesmo e frisa que é a relação da pessoa com um determinado objeto (p. 3). O que já muito antes havia sido proposto por Von Liszt (veja-se *Tratado de Derecho Penal*, T. II, p. 31 e pelo próprio Mezger (veja-se *Tratado*, T. I, p. 401) mediante o conceito de interesse. Trata-se de chegar a uma definição de compromisso: "É o estado de uma relação real determinada, circunscrita nos tipos individuais, das pessoas e dos valores — unidades sociais de função — concretos, reconhecidos pela comunidade jurídica, em que se desenvolve, pessoalmente, o sujeito de direito com aprovação, mediante o ordenamento jurídico" (p. 8). Não cremos que substituindo estado por função se avance demasiado; mais adiante, tende a identificar com uma determinada corrente, de analisar o sistema social, mais formal do que crítica. Em todo caso, o problema não está tanto em uma definição formal e abstrata do bem jurídico, mas, sim, na determinação das bases de que surge e a função que nessa situação cumpre.

<sup>20</sup> Ob. cit. p. 102.

<sup>21</sup> Ob. cit. p. 270.

<sup>22</sup> Cf. Bustos Ramirez, ob. cit. p. 43 e ss.

<sup>23</sup> Ob. cit. p. 15.

<sup>24</sup> Ob. cit.

<sup>25</sup> Ob. cit.

<sup>26</sup> Vejam-se as considerações críticas de Hassemer, ob. cit., p. 87 e ss.

interessa proteger são as relações sociais determinadas<sup>30</sup> e, por conseguinte, as posições que nelas têm os indivíduos e sua intermediação com objetos e entes, com as conseqüentes interações que surgem entre eles. Estas relações sociais podem ser mais ou menos complexas e terem, mais ou menos, elementos integrados. Por seu turno estas relações sociais concretas, no conjunto de suas interações, podem dar origem a certas abstrações sociais e que podem servir para dar uma explicação histórico-cultural. O que interessa salvaguardar, então, são as relações sociais mesmas, a posição concreta que nela ocupam os indivíduos, sua intermediação com objetos e entes, suas transformações pela interação social. O que fazem os bens jurídicos é plasmar, de maneira concreta, este complexo social real que interessa proteger. Daí a importância do bem jurídico, como princípio garantidor, já que permite justamente, a toda a sociedade e a todos os indivíduos determinar o que é que se está protegendo; por isso, também, a recusa a toda fórmula que o leve à indeterminação e à abstração, que vale seu conteúdo. Daí, também, a exigência imprescindível de que todo preceito penal há de conter um bem jurídico protegido.<sup>31</sup> Não há, pois, que confundir bem jurídico com os seus pressupostos, o bem jurídico é uma fórmula sintética concreta do que se protege, realmente; porém, a gênese, significação e legitimidade do que se protege não surge do bem jurídico e, em caso algum, poderia surgir, mas, sim, dos seus pressupostos, das relações sociais, das posições que neles ocupam os indivíduos, da sua intermediação com as coisas e os outros entes e da interação que se produz entre eles. Só desse modo se pode elaborar uma teoria crítica do sistema em relação ao bem jurídico, que não possua, simplesmente, um caráter formal explicativo. Trata-se, não só de impor, dentro de um direito garantidor, que todo preceito punitivo deve ter um bem jurídico e, com isso, partir de que há preceitos punitivos que não o têm; que há preceitos cujo bem jurídico é tão mediato, confuso, vago e abstrato que, na realidade, tampouco têm bem jurídico, senão, também, que, ante bens jurídicos que satisfazem às características próprias de uma fórmula sintética da relação social, indagar se, realmente, tal fórmula sintética é reflexo da relação social atual ou do que implica uma relação social entre homens. Além disso, indagar se o direito recolheu o que surge da relação social, se o concretizou em bens jurídicos. O bem jurídico surge como um princípio garantidor de caráter cognoscitivo, todo indivíduo e a sociedade toda devem saber o que se está protegendo com o sistema jurídico e com cada preceito, em especial o punitivo; ademais, ter em caminho expedito, para conhecer as

<sup>30</sup> Veja-se Bustos Ramirez, Juan, ob. cit. p. 4 e ss.

<sup>31</sup> Com justa razão no Projeto Alternativo Alemão se estabelecia no § 2.º, inc. 1.º "As penas e as medidas servem para a proteção dos bens jurídicos...".

bases sobre as quais se assenta essa proteção e poder fazer uma revisão delas. Nessa medida, o bem jurídico permite um sistema crítico, crítico até mesmo às bases da sociedade, às quais não pode estar alheio o jurista.

Todavia, é necessário precisar um pouco mais as coisas. Não se trata, somente, de determinar os bens jurídicos e o seu conteúdo, mas, sim, além disso, assinalar que, desse modo, ainda não estamos no terreno do punitivo.<sup>32</sup> Nem todo bem jurídico *necessita* proteção punitiva; mas, ainda, nem toda relação social concreta necessita proteção jurídica. Para isso, naturalmente, temos de ir além da simples relação social, mesmo dentro de sua complexidade, isto é, às relações sociais em seu conjunto, ao que significa o avanço histórico-cultural, ao que significa o Estado de direito, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, ao reconhecimento das grandes lutas sociais, e, de certo modo, o que em grande escala surge das relações sociais e suas interações recíprocas de conjunto. O direito penal só pode ser a *última ratio*, se é que se quer uma sociedade democrática. Por outro lado, a exigência recíproca é iniludível, isto é, um preceito punitivo, se distingue de qualquer outro preceito, porque há de se ter um objeto de proteção concreto, o bem jurídico. Daí, que da existência de uma simples regra de funcionamento não se pode fazer um delito, será, quando muito, uma contravenção à ordem. Diferente é quando se está ante um complexo institucional, em que junto a simples regras de funcionamento, estão se protegendo, também, diretamente, bens jurídicos; como ocorre, a miúdo, no chamado direito penal secundário ou direito penal administrativo.<sup>33</sup>

Vários são, pois, os níveis de análise que hão de ser considerados; em primeiro lugar, os bens jurídicos, a seguir, seus pressupostos explicativos e, finalmente, a necessidade de proteger, mediante uma norma punitiva. A análise desses três aspectos nos propõe a profunda imbricação entre o injusto e a política criminal e nos permite, por seu turno, dar conteúdo material ao injusto e, ao mesmo tempo, estabelecer princípios garantidores.

3. Lugar central, dentro do injusto, ocupa, pois, o bem jurídico, como fórmula sintética de uma situação social dinâmica, que, por isso mesmo, não pode ser afetada, ideal ou presumidamente, mas, *sim efetivamente*. Aqui, leva-se em consideração, para os efeitos do injusto, a debatida questão do desvalor do ato e do resultado.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Veja-se a crítica de Amelung a Hassemer, em ZStW, 87 p. 141 e ss.

<sup>33</sup> Isto dito, naturalmente, sem prejuízo da complexidade que pode representar o bem jurídico, como é o caso de todos aqueles bens jurídicos que estão referidos ao Estado.

<sup>34</sup> Problema tão debatido como o do bem jurídico e muito longe de se chegar a um "fim de paz possível", como havia vaticinado Krauss, Detief (*Erfolgswert und Handlungswert im Unrecht*, em ZStW, 76, p. 67/68).



Nisso está, certamente, o argumento fundamental, para sustentar a imprescindibilidade do desvalor do ato, as normas só podem proibir (ou mandar, ou permitir) atos e, não resultados.<sup>35</sup> Isto é, em concreto, o ordenamento jurídico protege os bens jurídicos mediante o estabelecimento de normas que, por sua natureza, só podem referir-se a atos. Tal acerto é inegável. Mas, nada diz sobre a prescindibilidade do desvalor do resultado, como frisa Stratenwerth.<sup>36</sup> Contudo, isso assinala que o primeiro aspecto garantidor é, justamente, o desvalor do ato, só se podem punir atividades desvalorativas. Quer dizer, com isso se dá conteúdo material à tipicidade e aí reside, justamente, um dos grandes méritos de Welzel haver dado conteúdo material à tipicidade que até esse momento possui um caráter formal e abstrato dentro do sistema de Liszt-Beling, com meras variantes em Mezger. Não se trata de descrever a atividade, simplesmente, mas, sim, de descrever a atividade em seu desvalor; ou seja, em sua relação afetadora do bem jurídico. Disso, pois, surge, não só o conteúdo objetivo, isto é, a adequada descrição, seja meramente explicativa, mas, também, o conteúdo subjetivo da tipicidade. A vinculação das posições dos indivíduos na relação social e sua intermediação com as coisas, em caso algum constitui mera atividade descritiva formal. Porém, só com a tipicidade, com o desvalor do ato, que só pode ser um aspecto do desvalor que pode recair sobre uma relação social, e não já como mero valor de consciência, mas sim como atividade efetiva e afetadora real, em nenhum caso, estamos ante a um injusto. É necessário, ademais, a antijuridicidade dessa ação típica. Assim, poderíamos, também, propor a antijuridicidade de modo exclusivamente formal e negativo, isto é, que uma ação típica é antijurídica se for considerado o ordenamento jurídico em sua totalidade e nele não haja uma norma permissiva. Mas, com isso, no fundo, está se propondo que o injusto seja constituído exclusivamente da norma proibitiva, pois, se não há uma norma permissiva, o único que permanece

<sup>35</sup> Veja sobre esta problemática, Kaufmann, Armin: *Lebendiges und Totes in Bindings* — *Normentheorie*, p. 69 e ss.

<sup>36</sup> Ob. cit. p. 183.

Em geral, os autores se dividem entre aqueles que só aceitam o desvalor do resultado, aqueles que só afirmam o desvalor do ato e aqueles que tratam de chegar a fundamentar tanto a consideração do desvalor do ato e do resultado. De certo modo, a força da disputa entre essas posições se explica porque ela é uma base fundamental de diferença entre a chamada teoria causalista da ação e a teoria finalista da ação. Algumas contribuições importantes ao tema nos últimos tempos são: *Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre* em Festschrift Maurach, p. 51 e ss., de Rudolphi, Hans-Joachim; *Zur Relevanz des Erfolgsunwertes in Strafrecht*, em Festschrift Schaffstein, p. 177 e ss., de Stratenwerth; *Handlungs und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, de Zielinski, Diethart, etc.

é a norma proibitiva. Um juízo meramente negativo para estabelecer a antijuridicidade conduz a isso. Por outro lado, desse modo, norma permissiva e norma proibitiva aparecem como duas ordens separadas, sem ligação entre si, quando a realidade é totalmente diferente. Caso contrário, não poderiam estar se referindo a um mesmo objeto e nunca poderiam se encontrar. Falta aqui, então, um elemento de convergência que dê um conteúdo material à antijuridicidade. E, esse não é outro que o bem jurídico que, através do chamado desvalor do resultado, ou seja, o fato de ser efetivamente atingido pelas atividades desenvolvidas, permite estabelecer positivamente a antijuridicidade e, desta forma, graduar o injusto. Não é a mesma coisa um injusto em que se dão determinados pressupostos de uma norma permissiva, e aquele em que não se dá nenhum. Só mediante o desvalor do resultado pode-se estabelecer uma conexão entre norma proibitiva e norma permissiva, só assim pode-se fazer valer todo o ordenamento jurídico. Uma valoração necessita de um objeto e, este, não é a ação que já foi valorada pela norma e não poderá ser, de novo valorada; mas, sim é o fato de ser realmente atingido o bem jurídico. Atividade e ofensa real, desvalor do ato e desvalor do resultado são indispensáveis para configurar o injusto; o desvalor do ato dá conteúdo à tipicidade, o desvalor do resultado dá conteúdo à antijuridicidade. Desse modo, logra-se um preciso reordenamento do injusto, sendo errôneo afirmar que o desvalor do resultado dá conteúdo à tipicidade, todos os seus efeitos e consequências chegam ao absurdo e desvirtuam a função da tipicidade. Também, é errôneo pensar que o desvalor do ato e do resultado dão conteúdo à tipicidade, com isso se misturam diferentes níveis de análise e não se permite esclarecer o injusto. Mas, tampouco é exato assinalar que desvalor do ato, que só dá conteúdo à tipicidade, é tudo; com isso, formaliza-se a antijuridicidade, que é absorvida, materialmente, pela tipicidade, confundindo-se, também, os níveis explicativos, tendo-se de chegar a soluções totalmente alheias à realidade social. Por isso, só assim se pode compreender a função das causas de justificação. O sopesamento que se há de fazer da ofensa real aos bens jurídicos e as considerações gerais sobre o interesse e sobre a situação social dinâmica que está por trás do bem jurídico. De outro modo, a causa de justificação não é senão, também, consideração do valor do ato, com o qual se amputa a realidade social, deixando-a circunscrita à consciência do indivíduo. Com isso, ademais, se obscurece — o que é o mais grave — todos os fatores que se movem dentro da realidade social. O desvalor do resultado tem, também, como o desvalor do ato, uma função garantidora; não se levam em consideração ofensas ideais ou presumidas aos bens jurídicos,<sup>37</sup> mas, unicamente, as efe-

<sup>37</sup> Com razão Welzel falava da “efetiva inobservância dos valores jurídicos de consciência” — ob. cit. p. 13.



tivas. Ademais, com isso, se integra o injusto na antijuridicidade, tudo aquilo que tem relação com o resultado e que é produto de uma função garantidora ou limitativa do injusto, dada a função eminentemente concretizadora do desvalor do resultado. Além disso se estabelece, também, qual é a forma em que se relacionam as normas jurídicas.<sup>38</sup> Assim, evita-se toda a tendência que leve, simplesmente, a castigar as idéias, os pensamentos ou a simples periculosidade do autor. Só assim se garante que o que se protege não são determinadas visões do universo, mas, sim, o homem concreto, dentro de uma relação social concreta. Não basta, pois, a função garantidora da tipicidade, menos, ainda, a simplesmente formal, ao estilo de Beling;<sup>39</sup> é necessário a função garantidora da antijuridicidade, que não se cumpre com uma simples concepção formal dela.

Ultimamente, renovou-se mais uma vez a objeção de que “a realização do objeto do juízo de desvalor do resultado se dá sempre ante o injusto só *casualmente*”.<sup>40</sup> Relativamente a essa proposição é necessário deixar claro que não se há de confundir desvalor do resultado com o resultado da ação.<sup>41</sup> Não é necessária a existência de um resultado, que possa ser separado, claramente, da atividade desenvolvida, para que exista um desvalor do resultado; isto é, uma ofensa real do bem jurídico, uma perturbação na estrutura do que ele representa. Assim, por exemplo, o delito de perigo concreto ou a tentativa afetam, também, o bem jurídico, apesar de não terem um resultado que possa ser separado da atividade desenvolvida. Descartada esta primeira questão que pode confundir, é necessário perguntar se, realmente, o resultado é algo puramente casual e, portanto, se só o ato pode ser objeto da valoração. Stratenwerth já formulou, com razão, uma primeira objeção: “Mas, isso não significa, de modo algum, que o autor não tenha nada que ver com o resultado, *quando este se produz*”.<sup>42</sup> Se se seguisse a fundo o critério de Zielinski, o autor poderia dizer: mas, eu não o matei, apesar de que esteja morto, nada tenho que ver com isso, perguntem ao “azar”, eu somente realizei uma tentativa. E, da mesma forma a sociedade: não me importam os homens mortos, isso é produto do “azar”. Isto é totalmente alheio à realidade social. Zielinski partindo desta proposição assinala con-

<sup>38</sup> Sobre o questionamento da teoria tradicional sobre as normas, veja-se o interessante artigo de Bacigalupo, Enrique: *Sobre a teoria das normas e a dogmática penal*, em *El Derecho*, t. 58, n.º 3.620, p. I e ss. (Buenos Aires).

<sup>39</sup> Veja-se Beling, Ernst: *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 110 e ss.

<sup>40</sup> Zielinski, Diethart, ob. cit. p. 142. Krauss, apesar de se esforçar para fundamentar a significação do desvalor do resultado para o injusto (ob. cit. p. 62 e ss.) reconhece, contudo, que “a produção do resultado mesmo fica em ampla medida por conta do acaso” (p. 62).

<sup>41</sup> Cf. Stratenwerth, Günther, ob. cit. p. 182/183.

<sup>42</sup> Ob. cit. p. 187.

sequentemente que “não tem sentido uma distinção ao nível do injusto entre o delito consumado e o só tentado. Todo ato final que logra completa execução é contrário ao dever e contravém à norma; se o ato alcança seu fim ou não, é irrelevante para o juízo de valor (secundário) sobre o ato”.<sup>43</sup> Assim, de acordo com essa concepção, os tipos penais devem ser tipos de tentativa e não de delito consumado, o resultado não acrescenta nada, e já com a tentativa se produziu totalmente o desvalor e o injusto aparece completo.<sup>44</sup> Claramente, vemos nisso o assinalado anteriormente, o injusto aparece determinado somente pela contravenção à norma (proibitiva ou de mandado), bastando com a tipicidade para determiná-lo. No fundo, a tipicidade é a *ratio essendi*, como para os autores dos elementos negativos do tipo, porém sem sequer considerar-se, justamente, os ditos elementos negativos na tipicidade. Com isso, se está muito longe de Weizel que, com razão, sempre atacou a teoria dos elementos negativos do tipo e salvaguardou o caráter indiciário da tipicidade. Só no caso limite dos delitos culposos propôs o resultado como exclusivamente limitante.<sup>45</sup>

Mas, ainda em si mesma, a argumentação de que o resultado é produto exclusivo do azar e, não assim, da ação, carece de fundamento. Se fosse certa, quereríamos dizer, conseqüentemente, que todo o desenrolar externo é produto, em maior ou menor grau, do azar. Por conseguinte, também, a tentativa, tanto acabada como inacabada, já que sempre podemos pensar em um fato totalmente fortuito, que impeça tanto uma como outra, apesar de todas as previsões feitas, ou bem que, apesar das poucas previsões feitas, por circunstâncias casuais, cheguem elas a executar-se. Ficaríamos, então, com a única coisa possível de castigar, que seriam os pensamentos; mas, mesmo estes estão sujeitos a leis ou acontecimentos que o homem não pode dominar e, muitas vezes, um pensamento não chega, a despeito de todos os esforços que se façam. Então, só restaria castigar a Deus, como ente todo-poderoso ou às idéias, enquanto pensamentos puros, isolados do azar. Como tal coisa, por um lado, leva ao absurdo e, por outro, estabelece um sistema penal que não se condiz com nenhum postulado, nem com a realidade social atual (embora muitos regimes latino-americanos e, também, outros, mas como latino-americano me interessa fazer insistir naqueles, têm a tendência ao castigo das idéias e dos pensamentos) é necessário convir, que toda a exteriorização tem alguma relação com o indivíduo, sendo este o caso não só da

<sup>43</sup> Ob. cit. p. 144.

<sup>44</sup> Para Zielinski só tem sentido uma distinção entre tentativa acabada e inacabada; pois, nesta última, não se tem chegado, até agora, aos extremos da norma: “Só o ato acabado é injusto (de ação) totalmente realizado” (p. 144).

<sup>45</sup> Ob. cit. p. 193. Cf. sobre isto Bustos Ramirez, Juan, ob. cit. p. 40 e ss.

tentativa inacabada, mas, também, da acabada e do fato consumado. Por conseguinte, sempre alguma coisa vai-se agregando à exteriorização. Essa vinculação não é só com o indivíduo, senão, também, com a sociedade em que este se desenvolve e, também, o que é mais importante com a estrutura da relação social concreta de que o indivíduo participa, sofrendo a ação de seu meio, que é a base do surgimento do bem jurídico. Logo, a exteriorização e sua culminação que é o resultado, algo agregam e esse algo tem de ser considerado pelo injusto. O desvalor do resultado não é, portanto, irrelevante; sem ele, não se dá conteúdo material à antijuridicidade, falta um nível fundamental de graduação do injusto, não se cumpre a função garantidora da antijuridicidade. Por outro lado, sem a consideração do desvalor de resultado não se logra apreender em sua plenitude a função do bem jurídico no injusto, desvirtuando-se com isso as bases que lhe dão origem.

4. É o momento de resumir o que foi desenvolvido até agora. Relacionar política criminal com injusto implica em indagar sobre o núcleo essencial do injusto, que não é outro que o bem jurídico, no qual estão de acordo gregos e troianos. Mas, o bem jurídico é só um conceito limite; isto é, somente uma fórmula sintética concreta de uma situação social dinâmica. Logo, toda indagação sobre o bem jurídico tem, necessariamente, que conduzir além dele, ou seja, à investigação da relação social concreta, da posição que nela ocupam os indivíduos, sua intermediação através dos objetos e dos outros entes que se relacionam no meio social e da interação que se elabora entre eles. O que se protege, em definitivo, é essa relação social, com uma determinada posição e interação dos indivíduos nela inseridos, ante determinados objetos e entes. A concretização sintética disso é o bem jurídico. Daí que a sua função é fundamental no campo do direito, pois, informa, permite conhecer o fundamento mesmo do que cai sob o ordenamento jurídico. Prescindir dele é colocar o ordenamento jurídico nas nuvens, fora do alcance do povo, deixar entregue o ordenamento jurídico à arbitrariedade; pois, não se poderiam conhecer suas razões e, também, deixar entregue o legislador à arbitrariedade, pois ele não saberia como fundamentar as leis. Porém, o surgimento de um bem jurídico não implica necessariamente na existência de um delito. A proteção de um bem jurídico se pode dar de diferentes formas, mesmo sem recorrer ao direito; em todo caso, o direito penal é o último instrumento, a *última ratio*. Aqui, novamente, entra em jogo a política criminal, sopesando a gravidade dos fatos, os diferentes bens jurídicos em jogo, o contexto histórico social, os princípios de um Estado de direito, a dignidade da pessoa humana, etc. Aqui, entram em jogo critérios da racionalidade. É um erro confundir conduta desviada, em geral — conceito, além disso,

que, de per si, há de ser submetido à crítica — com conduta delitiva, ou seja, produto de uma socialização unilateral do direito penal e que realmente os sociólogos não pretendem, nem poderiam pretender. O conceito de conduta desviada é sempre muito mais amplo do que o de delito, mas serve enormemente para entendê-lo.

Assim sendo, a realidade social do bem jurídico implica, também, a de ser afetado em sua realidade social. Não se trata de simples valores de consciência, em que baste uma transformação do ânimo ou da consciência. Isso implica, então, que só a conjunção do desvalor do ato — proposto como atividade efetiva executada — e do resultado, podem conduzir à ofensa do bem jurídico, conforme a proteção que se lhe dispensa. Desvalor do ato e do resultado existem, em realidade, em razão da relação social, ou seja, da situação concreta social dinâmica. O desvalor do ato dá conteúdo à tipicidade e é o primeiro princípio garantidor, assinalando, além disso, os aspectos objetivos e subjetivos iniludíveis da tipicidade. O desvalor do resultado dá conteúdo à antijuridicidade e é o segundo princípio garantidor. Sem ele não é possível explicar-se a relação entre normas proibitivas e permissivas e não é possível explicar-se o funcionamento das causas de justificação; sem ele não se logra realizar devida graduação do injusto.

O bem jurídico assegura, então, tanto as categorias dogmáticas do delito, quanto, também, os princípios de política criminal. Como frizava Von Liszt é um conceito limite.

5. Mas, ao considerar política criminal e injusto e com isso o bem jurídico, não só se propõe sua importante projeção na teoria do delito propriamente dita, senão, também, no campo dos delitos concretos, isto é, nos tipos da parte especial de um código.

O primeiro princípio fundamental é que não há de existir um delito particular, sem um bem jurídico preciso e concreto. A tal princípio por exemplo, não atende o castigo dos delitos de perigo abstrato e a punição da tentativa impossível. Por muito que Amelung<sup>46</sup> procure encontrar um bem jurídico no delito de perigo abstrato,<sup>47</sup> este está tão mediatizado, que não há nenhuma possibilidade de que seja realmente afetado. Como se prescinde disto, mal se pode falar, então, em tal caso, de desvalor do ato — salvo se se o considera como desvalor de consciência, não surgido do bem jurídico — e, menos, ainda, de desvalor do resultado. Na tentativa impossível, tampouco, existe uma relação com um bem jurídico preciso e concreto e, nem

<sup>46</sup> Ob. cit. p. 281.

<sup>47</sup> Sobre os delitos de perigo abstrato, cf. Baigún, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*; Bustos-Polito: *Los delitos de peligro na Revista de Ciencias Penales de Chile*, t. XXVII, n.º 1, p. 33 e ss.

sequer, mediatamente; por isso Welzel tem de falar que, aqui, se trata do “ordenamento como poder configurador da ordem”.<sup>48</sup> Na América Latina têm sido fundamentalmente os códigos que receberam influência da escola positiva italiana, os que se têm preocupado com a punição da tentativa impossível. Assim, os códigos da Argentina (art. 44, inc. 4.º: — “Se o delito for impossível, a pena se diminuirá da metade e poderá ser reduzida ao mínimo legal ou se excluir, segundo o grau de periculosidade revelada pelo delinquente”) e o da Colômbia (“Art. 18: — Se o delito for impossível, poderá diminuir-se discricionariamente a sanção estabelecida para o delito consumado e, até, prescindir-se dela, tendo em conta o que dispõe o art. 36” — o que, justamente, entre outros fatores, se refere à periculosidade); o código peruano, ao qual servia de modelo o código suíço, também, tem uma norma semelhante: (“Art. 99: — O juiz poderá atenuar a pena até limites inferiores ao seu mínimo legal, em relação àquele que houver tentado cometer um delito por meio ou contra um objeto de natureza tal, que a realização de tal delito seja completamente impossível”). Em definitivo, com isso, vê-se claramente que nos resultados, tanto a orientação periculosista, quanto àquela que considera os valores do ato ou da consciência, coincidem; o que importa, em primeiro lugar, para o delito não é o bem jurídico, mas, sim, a consciência do indivíduo — seja como periculosidade ou desvalor do ato —; só o código peruano trata de fazer uma maior menção ao objeto protegido. Mas, de novo, o fundamento da pena não pode residir nele, na medida em que se parte do reconhecimento de que o delito era absolutamente impossível de realizar, isto é, que era absolutamente impossível afetar, realmente, o bem jurídico. Logo só se castiga o ideal, presumido ou irreal.

Essas colocações sobre a tentativa impossível aparecem com mais clareza, em toda a recente discussão do código alemão. É, assim, que o Projeto de 1962 estabelecia em seu § 27, inc. 3.º: — “Se o autor desconhece, por grosseira incompreensão, que pela natureza do objeto ou do meio, em ou com o qual há de se realizar o fato, a tentativa não pode conduzir, em absoluto, à consumação, o tribunal pode atenuar a pena segundo sua livre apreciação ou prescindir dela”. É de se fazer notar a semelhança com o preceito do código penal peruano. Para fundamentar esta disposição, os autores do projeto dizem que “uma tentativa pode ser, totalmente inadequada, mesmo insensata ou supersticiosa e, por isso, não constituir um perigo para o ordenamento jurídico; mas, ao mesmo tempo, pode nela existir uma considerável vontade criminosa que permite temer que, depois do fracasso, tentará impor-se por outro meio apto”.<sup>49</sup> Ao contrário, o Projeto Al-

ternativo, com razão, estabelece em seu § 25, inc. 3.º: — “A tentativa é impunível: 1. — quando se baseia na suposição errônea de uma posição de dever especial; 2. — quando se assenta em suposição grosseira e, por isso, não apresenta perigo desde o início.” E, na fundamentação se critica o Projeto de 1962, justamente: Ademais, não expressa o ponto de vista material determinante, de que o fato não encerra perigo desde o início. E, a seguir, se a tentativa se baseia em incompreensão grosseira e, por isso, não é perigosa desde o início, não existe necessidade de uma reação penal. A consideração hipotética de que o fato poderia se repetir, com um meio mais adequado, não pode justificar a pena: ela significaria que a posição espiritual perigosa do autor — revelada pelo “sintoma” da tentativa irreal — se castiga, como tal, penalmente e dessa forma se abandona o terreno do direito penal pelo fato.<sup>50</sup> A única coisa criticável nesta fórmula do Projeto Alternativo é a manutenção da expressão “incompreensão grosseira” que por um lado é uma expressão confusa<sup>51</sup> e, por outro, não diz o essencial que, como assinala o próprio Projeto Alternativo é o critério material de que a tentativa não encerrava perigo para o bem jurídico, desde o princípio. Que isso seja devido a “grosseira incompreensão” ou outra causa não é questão de legislar ou de restringir, se é que se quer permanecer conseqüente com as proposições. Lamentavelmente, o texto que predomina não foi, sequer, o do Projeto Alternativo, mas, sim, o do projeto de 1962, que passou a ser o § 23, inc. 3.º, do atual Código Penal alemão.

Mas, a exigência de que todo o delito há de estar construído sobre um bem jurídico, não só se refere a esses casos analisados, que são mais uma derivação da teoria do delito, mas, sim, que implica sobretudo numa revisão exaustiva e constante da Parte Especial dos códigos. Neles, sobretudo nos códigos ibero-americanos e, em especial, nos casos dos delitos contra o Estado, a moralidade, os delitos sexuais, encontram-se delitos sem bem jurídico.<sup>52</sup> Em todos eles, o que, na realidade, se penaliza são idéias, pensamentos, estados de consciência, ânimos, se anatematiza a partir de determinados modos religiosos ou filosóficos de ver o mundo. Naturalmente, os termos e os objetivos deste artigo não me permitem fazer tal revisão, porém, não há dúvida que é necessário advogar a supressão de todos esses delitos.

<sup>50</sup> P. 65.

<sup>51</sup> Sobre os problemas concretos com que se enfrentam os autores e a jurisprudência na Alemanha, veja-se Stratenwerth, Günther: *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 2.ª ed., ns. margem 690 e ss.

<sup>52</sup> Relativamente aos delitos contra a moralidade, cf. Jäger, Herbert: *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957. (*Beiträge zur Sexualforschung*, caderno 12).

<sup>48</sup> Ob. cit. p. 267.

<sup>49</sup> Drucksache IV/650 p. 145.

Outro aspecto, ao qual só podemos aludir, é que os bens jurídicos têm uma determinada proeminência entre eles,<sup>53</sup> surgindo em grande escala da relação social concreta mesma; mas, também, nisso influem critérios políticos e jurídicos posteriores, baseados sobretudo na lenta superação social e cultural que alcançou a Humanidade. Isso, leva, por sua vez, a determinar onde está o assento dos tipos penais e também leva a uma graduação nas penas e em outras medidas punitivas. Por último e muito importante de ter presente, é o já assinalado anteriormente, ou seja, que o direito penal é a *última ratio*. Logo, nem todo bem jurídico há de ser protegido sempre ou em suas diferentes modalidades ou, ainda, na mesma intensidade por um tipo penal. Para tanto entram em consideração proposições de política jurídica e de política criminal, em especial. Portanto, aqui, com isso, se estabelecem os limites funcionais na ordem penal do bem jurídico como tal. Um erro seria, pois, confundir e tratar de negar um bem jurídico onde ele existe ou castigar, sempre, porque ele existe. Assim, ocorre, por exemplo, no caso do aborto. Ninguém poderia negar a existência de um bem jurídico, a vida com todos os adjetivos que se lhe queira agregar, em gestação, incipiente, dependente, etc. Um caminho errado seria advogar por sua abolição pela não existência de um bem jurídico. Mas, também, é um princípio errado pleitear, sem mais nem menos, sua proteção penal, o que não quer dizer que se o desproteja, pois se conta com outra classe de meios jurídicos e, mesmo sociais. Do que se trata neste caso, como diante de todo bem jurídico, é considerar se tem algum sentido — e em que medida — a proteção penal, se com ela não se provoca maior prejuízo a outros bens jurídicos e ao próprio bem jurídico, que é a vida. A experiência social, sobretudo na América Latina, demonstra que a punição de forma *absoluta* do aborto, provoca enormes danos aos bens jurídicos e, além disso, conduz a uma falsificação da relação social concreta, na qual o indivíduo assume posições que, na realidade, não leva a cabo e, portanto, provocam-se distorções no cidadão que ante o direito penal — no sentido tradicional — é considerado como cidadão “normal” ou “comum e corrente”. Para punir há, pois, que levar em conta, também, estes critérios, que vão além do que é o surgimento de um bem particular, que vão além de sua função específica, implicando numa consideração social global. Mas, em todo caso, também esses critérios são fundamentais para determinar o injusto. Com isso, vê-se até que ponto todo o direito penal tem como substrato iniludível o amplo campo da política criminal. Política criminal e injusto são expressões inseparáveis.

<sup>53</sup> Bustos Ramirez, ob. cit. p. 43 e ss.

## VESTÍGIOS DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA NO PROCESSO PENAL

Sérgio Demoro Hamilton

1. Ninguém ignora a imensa dificuldade que existe, no seio da doutrina, na busca de uma exata conceituação a respeito da natureza jurídica da jurisdição voluntária. É de conhecimento vulgar, que os mais eminentes processualistas nacionais e estrangeiros não conseguiram, até hoje, fixar um critério despido de crítica a propósito da essência daquele instituto processual. Alcalá-Zamora, Chiovenda, Carnelutti e o nosso Frederico Marques são alguns, dentre muitos autores do maior renome, que empreenderam estudos de fôlego visando a delimitar as características da jurisdição voluntária. Trata-se, realmente, de difícil tarefa e de estabelecer a exata dimensão de jurisdição graciosa, problema que tem constituído verdadeiro desafio para as maiores inteligências do processo.

2. A primeira dificuldade com que se defronta o estudioso começa na própria designação do instituto processual em exame. João Mendes adotava a expressão “jurisdição graciosa” para designar aquela atividade exercida pelo juiz para homologar o

acordo ou a vontade das partes. E acrescentava: “em geral, todos os atos de jurisdição graciosa são requeridos pelas partes”. Mostrava, em consequência, que “não há razão, portanto, para denominar a jurisdição graciosa — jurisdição voluntária — como correspondendo a uma função espontânea do Juiz”. Salientava, ainda, que “outros denominam a jurisdição graciosa — jurisdição administrativa — e entre esses está Paula Batista (*Processo Civil*, § 39), que denomina processos administrativos os que correm perante a jurisdição graciosa.”<sup>1</sup>

A jurisdição voluntária, também conhecida como jurisdição graciosa e, por outros, chamada de jurisdição administrativa, honorária ou não — contenciosa, para muitos autores não é, sequer, jurisdição, pois o pronunciamento do juiz em tais casos não atinge caráter jurisdicional mas trata atividade meramente administrativa da qual não resulta coisa julgada substancial.

<sup>1</sup> *Direito Judiciário Brasileiro*, João Mendes de Almeida Junior, ps. 44 e 45, Livraria Freitas Bastos, Rio, 1960.

3. Sente-se, mais do que se explica, que a jurisdição voluntária apresenta contornos próprios que a distinguem da chamada jurisdição contenciosa. Porém, a bem da verdade, pode-se afirmar que, sem embargo dos notáveis estudos empreendidos pelos mais eminentes cultores da ciência processual, não se conseguiu, no estágio atual dos estudos do processo, estabelecer um critério suficientemente nítido capaz de estabelecer perfeita diferença entre as duas modalidades de manifestação do poder jurisdicional do Estado.

4. Há alguns traços gerais que revelam a jurisdição voluntária. Um deles é a prevenção da *litis*, apontada por Carnelutti como fim específico da jurisdição voluntária.<sup>2</sup> É de ver, no entanto, que o caráter de prevenção de litígios, por si só, não serve para identificar a jurisdição administrativa, uma vez que também na jurisdição contenciosa encontramos providências jurisdicionais que, igualmente, assumem aspecto preventivo. Nesse sentido, revela-se perfeita a lição formulada pelo Professor Frederico Marques com apoio em Niceto Alcalá-Zamora e Zanzuchi.<sup>3</sup>

5. Outro aspecto da jurisdição voluntária reside no fato de que os sujeitos da relação jurídico-processual, em tais procedimentos, não são partes mas meros interessados, não havendo como falar em decisão imutável. Justamente na ausência da coisa julgada substancial reside outro aspecto típico da jurisdição voluntária.

6. Para a corrente dos administrativistas, assim chamada pela conotação própria que empresta ao tema em estudo, a chamada jurisdição

voluntária nada mais é que a administração pública de interesses privados, pois quando assim atuam os órgãos judiciários realizam tarefa administrativa despidida de caráter jurisdicional. Dessa forma, para os administrativistas, quando o juiz autoriza a venda de bem de incapaz está, apenas, cuidando do interesse particular, tendo em vista a qualidade do sujeito, que necessita de proteção pelo simples fato da sua incapacidade. O juiz, com a sua intervenção, evita que o ato da venda possa ser lesivo aos interesses do incapaz.

7. Em posição contrária alinham-se aqueles que sustentam ser o processo voluntário pertencente à jurisdição, salientando que, também, na jurisdição contenciosa há, igualmente, a tutela de interesses privados, tal como ocorre com a administração, totalmente voltada para a tutela do interesse público.

8. A abordagem do tema, ainda que de passagem, serve para demonstrar o terreno movediço em que se pisa quando, em sede processual civil, o assunto aflora em debate.

Escapa, por completo, aos objetivos do presente trabalho empreender estudo a respeito do tormentoso assunto. Aqui ficaram anotadas, apenas, idéias gerais, muito resumidas, das principais correntes doutrinárias que se ocuparam da matéria.

9. Em sede processual penal o tema não tem merecido destaque por parte da doutrina pela simples razão de que a jurisdição penal apresenta

caráter eminentemente contencioso. Com efeito, o processo penal é um processo de partes, não de meros interessados. Tourinho, ao estudar a matéria, limita-se a afirmar que "quanto à forma, há quem distinga a jurisdição em contenciosa e voluntária. Todavia, o pensamento dominante na doutrina é de que a jurisdição voluntária nada tem de jurisdição e, muito menos, de voluntária."<sup>4</sup>

Em consonância com a natureza do processo penal, não há lugar, em nosso Código de Processo Penal, para a existência de procedimentos especiais de jurisdição voluntária, tal como ocorre na lei processual civil.

10. Porém subsistem em nosso direito positivo vestígios da jurisdição voluntária, através da realização de atos judiciais típicos da jurisdição graciosa, todos disciplinados no próprio Código de Processo Penal.

Um belo exemplo do que acabo de afirmar encontra eco no art. 33 de nossa lei instrumental penal básica. Na verdade, a nomeação por parte do juiz competente para o processo penal de curador especial para exercer o direito de queixa em favor do ofendido menor de 18 anos ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, ou nos casos de falta de representante legal ou de colisão de interesses entre o ofendido e seu representante legal, aparece, com rara clareza, como providência de jurisdição graciosa. Este curador especial, que, no entender de Tourinho,<sup>5</sup> age como verdadeiro substituto processual, atua com plena liberdade de intentar a queixa, pois, embora nomeado pelo juiz natural para o processo penal, só promoverá a ação penal privada caso os elementos de informação chegados a seu conhecimento autorizem

a propositura da queixa. A nomeação do juiz, evidentemente, não tem força vinculativa, obrigando o curador especial a agir como se fosse um autômato. Pode-se, aliás, estender a providência, contemplada no art. 33 do C.P.P. igualmente, ao caso de ação penal pública condicionada à representação, partindo do princípio segundo o qual quem pode o mais pode o menos. Com efeito, a queixa (petição inicial da ação penal privada) é mais que a representação (mera condição de procedibilidade). Portanto se o juiz pode nomear curador especial para promover a ação penal privada, *a fortiori* poderá fazê-lo em relação à representação. É caso de mera interpretação extensiva.

De qualquer forma, está bem delineada na atividade jurisdicional contemplada no referido art. 33 a prática de ato característico de jurisdição voluntária. Efetivamente, a nomeação do curador especial apresenta o caráter preventivo típico de jurisdição administrativa pois tem em mira acautelar os interesses do ofendido surpreendido em qualquer das situações contempladas no art. 33. A vigilância exercida pelo juiz tem por objetivo não deixar o ofendido, colhido naquelas circunstâncias, ao desamparo da lei, negando-lhe a devida proteção jurisdicional. Sua atuação, na emergência, é totalmente distinta do interesse na composição do litígio. Não há contendores mas mero interessado a exigir proteção especial do Estado.

<sup>2</sup> In *Comentários ao Código de Processo Civil*, José Olympio Castro Filho, vol. X, p. 13, Forense, Rio, 1976.

<sup>3</sup> *Apud* *Comentários ao Código de Processo Civil*, José Olympio Castro Filho, vol. X, p. 13, Forense, Rio, 1976.

<sup>4</sup> *Processo Penal*, Fernando da Costa Tourinho Filho, vol. 2, p. 82, Editora Jalevi Ltda., 5ª edição, Bauru, S. Paulo, 1979.

<sup>5</sup> *Processo Penal*, Fernando da Costa Tourinho Filho, vol. 1, p. 345, Editora Jalevi Ltda., 1979.



11. Vislumbro, da mesma forma, no art. 53 da nossa lei instrumental penal outro caso em que se verifica a realização do ato de jurisdição voluntária em sede processual penal.

Trata o dispositivo da aceitação do perdão por curador nomeado pelo juiz, quando o querelado for mentalmente enfermo ou retardado mental, e não tiver representante legal ou colidirem os interesses deste com os do réu na ação privada.

O perdão, como é sabido, constitui causa extintiva da punibilidade nos casos de ação exclusivamente privada (art. 108, V, do Código Penal). Porém, ao contrário da renúncia, ele é bilateral. Vale dizer: somente o perdão *aceito* produz efeitos; tanto que, abrindo exceção ao princípio da indivisibilidade da ação penal (art. 48, C.P.P.), a lei admite a recusa ao perdão por parte do querelado (art. 51, C.P.P.).

Pois bem: a aceitação do perdão, nas hipóteses aventadas no art. 53, caberá ao curador que o juiz nomear para proteção dos interesses do querelado. Aqui, a intervenção do juiz se dará independentemente de provocação, portanto dominada pelo princípio inquisitório, objetivando acautelar o interesse do réu na queixa. Não se pode negar que o juiz, no caso, pratica ato de jurisdição voluntária, atuando junto ao interessado e não no meio das partes, dirimindo a contenda.

Lembra Espinola Filho<sup>6</sup> que “o art. 53 não trata do caso de ser o incapaz, na situação figurada, um menor, nem de ser ausente”. E acrescenta: “que um ausente, mesmo judicialmente declarado, possa ser réu em ação criminal, por ser hipótese de difícil verificação, não é impossi-

vel, a decadência do direito de queixa só começando a decorrer, quando o ofendido vem a saber quem é o seu ofensor criminal. Apresentando-se semelhante situação, com a circunstância de colidirem os interesses do ausente e os do seu curador, ou de faltar este àquele, não pode deixar de adotar-se a mesma orientação traçada no art. 53, para a aceitação do perdão concedido ao réu ausente.”

Em relação ao menor, aduz o festejando tratadista, provê o art. 54.

12. Um suprimento de consentimento contemplado no art. 35, parág. único, do Código de Processo Penal, parece-me outra hipótese de jurisdição voluntária em sede processual penal. É certo que a medida, embora prevista na lei processual penal, encontrará deslinde através de procedimento especial de jurisdição voluntária, em sede civil. A decisão que conceder a autorização para demandar, ao contrário dos outros dois casos acima assinalados, partirá de juiz estranho ao processo penal. Porém, não se pode negar que o fundamento legal para a providência encontra sua base na lei processual penal. É bem verdade que o pedido de suprimento em questão não consta do elenco do art. 1.112 do Código de Processo Civil. Cumpre ponderar, no entanto, que a melhor doutrina tem seguido orientação no sentido de que a enumeração constante do art. 1.112 do CPC não tem caráter taxativo sendo, antes, exemplificativa.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> *Código de Processo Penal Anotado*, Eduardo Espinola Filho, vol. 1, p. 436, Editora Borsói, Rio de Janeiro, 1965.

<sup>7</sup> *In op. cit.*, p. 93.

13. Não pretendo, em breve estudo, haver indicado todos os atos de jurisdição voluntária indicados em nossa lei processual penal. Possivelmente, outros existirão.

Fica, porém, assinalado que a jurisdição voluntária, ao contrário do que se costuma afirmar, não é, de todo estranha ao nosso processo penal.



# O PERDÃO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

Wagner Brússolo Pacheco

## I

### Objeto do trabalho

É muito fácil detectar a enorme controvérsia que progressivamente se desenvolveu na doutrina e na jurisprudência pátrias, tangente ao perdão judicial.

Divergem autores e julgadores quanto à natureza jurídica do instituto, e essa discussão se reflete, conseqüentemente, no delineamento da natureza jurídica da sentença que concede o perdão.

A polêmica tomou novo impulso com a reforma penal brasileira de 1977, levada a efeito pela Lei n.º 6.416, de 24 de maio, que, promovendo várias alterações no vigente Código Penal, introduziu dois novos casos de perdão judicial, com o acréscimo do parágrafo 5.º ao art. 121, e do parágrafo 8.º ao art. 129.

Admitindo, assim, a concessão do perdão em casos especiais de homicídio culposo e de lesões corporais culposas, o novo sistema penal fez reacender-se a velha discussão sobre o assunto. Não só porque agora muito mais amiudadamente será dado aos

Tribunais tratar do tema, mas também porque agora não mais se cuida de infrações de reduzido significado, como acontecia antes da reforma.

E persiste a disputa em torno da matéria, já que o legislador reformista não soube aproveitar as lições que exsurgiram dos debates no Congresso Nacional, quer nas Comissões quer no Plenário, e deixou esvaír-se a oportunidade histórica sem dela se valer para conceituar o perdão judicial, ainda que em moldes meramente tupiniquins, instituindo expressamente seu regime jurídico.

Permanece lacunosa a lei; e — por isso — permanecem vivas as divergências doutrinárias a respeito do tema.

Qual a natureza jurídica do perdão judicial? Qual a natureza jurídica da sentença que o concede? Essa sentença tem efeitos secundários?

São estas as indagações que pretendemos respondidas ao final deste trabalho.

## II

### O perdão judicial

1. O Direito positivo brasileiro não usou em qualquer de seus seg-

mentos o *nomem juris* perdão judicial. Sempre que estabelece a incidência desse “umaníssimo instituto”, no dizer de *Manzini*,<sup>1</sup> vale-se de fórmula segundo a qual “o juiz pode deixar de aplicar a pena”. Mais além, o nosso direito posto jamais cuidou de conceituar o instituto, deixando — mesmo — de estabelecer seu regime jurídico e sua disciplina processual.

1-a. Por isso, é na doutrina que se hão de buscar a sua conceituação, o perímetro dentro do qual vive esse remédio vigoroso e relevante, preconizado pela moderna Política Criminal, e os fundamentos em que se assenta a sua existência.

Na Itália, *Mario Duni*, em monografia sobre o tema,<sup>2</sup> procura conceituar o perdão judicial sob o enfoque da sociologia criminal, entendendo-o caber quando o agente pratica certos fatos especificamente descritos na lei, e sob certas circunstâncias, que fazem com que sua punição desagrade à consciência popular. Ainda na península, *Giuseppe Lampis*, escrevendo sobre o assunto no “Nuovo Digesto Italiano”,<sup>3</sup> examina o tema já sob a ótica da Política Criminal e vê o instituto como uma forma de se evitarem desvios no espírito do delinquente, quando se possa presumir a emenda do culpado, ainda que sem a sua condenação. Para o grande *Manzini*,<sup>4</sup> a não imposição de pena, em determinados casos, pode levar à prevenção da delinquência e também ao aprimoramento ético em geral.

*Sebastian Soler*,<sup>5</sup> surpreendentemente para os que lhe admiram a obra calcada no direito penal argentino, passa ao largo do tema, examinando-o muito superficial e restritivamente, preocupando-se apenas em

distingui-lo da graça e do indulto, e vendo nele tão-somente um substitutivo das penas privativas de liberdade de pequena duração.

Entre nós, *Jorge Alberto Romeiro*<sup>6</sup> entende o perdão judicial como sendo “o instituto jurídico pelo qual o juiz, reconhecendo a existência de todos os elementos para condenar o acusado, não o faz, declarando-o não passível de pena, atendendo a que, agindo por essa forma, evita um mal injusto, por desnecessário, e o acusado não tornará a delinquir.”

*José Frederico Marques*<sup>7</sup> vê nele “a providência de caráter jurisdicional com que o juiz deixa de aplicar ao autor de uma infração penal, nas hipóteses taxativamente previstas em lei, o preceito sancionador cabível”. Nessa mesma trilha caminham *Arthur Cogan*,<sup>8</sup> *Christiano José de Andrade*<sup>9</sup> e *Celso Delmanto*.<sup>10</sup>

O penalista *Damásio Evangelista de Jesus*, cuidando da reforma de 1977,<sup>11</sup> conceitua o perdão judicial valendo-se do seguinte enunciado: “faculdade concedida ao juiz de, comprovada a prática de uma infração penal, deixar de aplicar a pena imposta pela lei, em face de justificadas

<sup>1</sup> Vicenzo Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. III, Torino, 1950, p. 659.

<sup>2</sup> *Il Perdono Giudiziale*, Milano, 1957, p. 13.

<sup>3</sup> *Voce Perdono Giudiziale*, vol. IX, 1939, p. 838.

<sup>4</sup> Ob. e loc. cit., nota 1.

<sup>5</sup> *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1953, tomo II, ps 475 e ss.

<sup>6</sup> “Perdão Judicial”, in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 10, ps. 73 e ss.; e *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Borsó, Rio, vol. XXXVII, ps. 34 e ss.

<sup>7</sup> *Curso de Direito Penal*, vol. e, p. 270.

<sup>8</sup> “O Perdão Judicial”, in *Rev. Trib.*, vol. 465, p. 251.

<sup>9</sup> “Prescrição da pena de multa e do perdão judicial”, in *Justitia*, vol. 80, p. 366.

<sup>10</sup> “Perdão Judicial e seus efeitos”, in *Justitia*, vol. 102, p. 203.

<sup>11</sup> *O Novo Sistema Penal*, Saraiva, 1977, p. 171.

circunstâncias excepcionais". Idênticas expressões são usadas pelo ilustre jurista na edição de 1978 de sua obra "Direito Penal".<sup>12</sup> Mas, ao tratar da parte especial, em volume editado no ano corrente,<sup>13</sup> e com o indisfarçável objetivo de dar supedâneo à teoria que defende, inclui no conceito a contradição construção: "faculdade de condenar o réu e deixar de aplicar a pena." Contudo, como procuraremos demonstrar, não pode confundir-se perdão judicial com condenação. Na verdade, esses são termos que mutuamente se excluem, posto que "condenação" é sinônimo de "pena imposta", e "condenar" é sinônimo de "impor pena",<sup>14, 15 e 16</sup> o que é expressamente reconhecido pelo nosso direito processual (art. 387, III, do C.P.P.).

Outro momento conceptual que precisa ser enfrentado diz respeito à posição que Celso Delmanto<sup>17</sup> assume com muita propriedade, quando verifica que "não se trata de simples faculdade deixada ao puro arbítrio do juiz, mas de benefício-direito dado ao réu, que tem o direito público subjetivo de não ser a pena aplicada contra si, quando presentes aquelas circunstâncias que a lei especialmente prevê."

Desse direito público subjetivo já suspeitara um dos mais ferrenhos opositores do perdão judicial, o francês Donnedieu de Vabres, quando afirmou que "dizer que o perdão é, hoje, um ato de política criminal não significa que ele constitui um favor, uma manifestação da generosidade arbitrária. O seu domínio é determinado pelos fins sociais que a lei tem em vista ao criá-lo."<sup>18</sup>

Não se consegue descobrir na jurisprudência nacional qualquer aresto onde o problema tivesse sido agitado.

Mas espera-se que a qualquer momento as Altas Cortes do país desencadeiem julgamentos nesse sentido, dando ao perdão judicial o mesmo tratamento de benefício-direito que têm dado à suspensão condicional da pena e ao livramento condicional, quando presentes os requisitos de que tratam os arts. 57 e 60 do Código Penal, respectivamente.

1-b. Estabelecendo-se a última diferença entre perdão judicial e seus gêneros próximos, consegue-se armar um quadro lógico, que torna menos difícil a tarefa de conceituar o instituto.

Carnelutti aproximava tanto o perdão judicial da suspensão condicional de execução da pena, que denominava esta última de *perdão condicionado*, cuja eficácia resolutória só se exercita quando se verifiquem as condições impostas.<sup>19</sup> Essa mesma aproximação fazia Donnedieu de Vabres, o que justifica, em parte, as acerbicas críticas que o ilustre penalista francês sempre dedicou ao perdão judicial.<sup>20</sup>

Mas há que ressaltarem-se as diferenças fundamentais entre os institutos, como fez Mario Duni,<sup>21</sup> lembrando que no perdão judicial a ex-

tingão da punibilidade se dá no mesmo momento da sentença, enquanto que na suspensão condicional da pena a extinção só ocorre com o cumprimento das condições impostas e com o expirar do prazo dessa suspensão. E o mesmo Duni,<sup>22</sup> repetindo Manzini,<sup>23</sup> aduz ainda que o beneficiário do perdão não é reincidente, caso cometa outra infração penal, diversamente do que ocorre com o que teve suspensão condicionalmente sua pena. Por tais motivos, cremos poder dizer-se com segurança que enquanto o perdão judicial, como veremos mais adiante, extingue a punibilidade, o *sursis* se limita a suspender a execução da pena imposta, que se extingue — e só ela — caso decorrido "o período de prova sem ter havido motivo para a revogação", no dizer de Aníbal Bruno,<sup>24</sup> persistindo íntegra a condenação, em todos os seus efeitos reflexos. E é o que se depreende do art. 59, § 4.º, do Código Penal, segundo o qual, uma vez decorrido o período de prova, sem transgressão das condições, não mais se executa a pena privativa de liberdade.

Também do indulto se distancia o perdão judicial: não só porque aquele é ato do Executivo e este do Judiciário, mas também porque o primeiro, assim como o *sursis*, pressupõe a aplicação quantitativa da pena, ou seja, uma condenação, e por isso o indultado perde a primariedade. Ademais, como lembra Soler,<sup>25</sup> o indulto abrange todos os delitos, enquanto o perdão judicial é reservado sempre para os de pena privativa de liberdade de pequena duração, das quais é substitutivo.

Aliás, essa mesma distinção se observa entre o perdão e a anistia, pois esta, além de ser ato do Legislativo, não tem caráter pessoal, mas

real ou impessoal, e alcança também as infrações penais de que haja resultado condenação efetiva.<sup>26</sup>

1-c. Dada a sua grande semelhança com o perdão judicial, deve ser dedicado um momento especial ao exame das *excusas absolutórias*, que o nosso direito conhece como casos de *isenção de pena*, a que Euclides Custódio da Silveira chamou de *exclusão obrigatória* da punibilidade ou perdão legal.<sup>27</sup>

As excusas absolutórias no Código Penal Brasileiro, onde vêm previstas mediante fórmulas tais como "é isento de pena quem...", imediatamente proposta à tipificação de alguns delitos, não se confundem com outras isenções de pena que decorrem da inexistência, na conduta do agente, de um dos componentes estruturais do crime, como — *por exemplo* — no caso da embriaguês completa, proveniente de caso fortuito (art. 24, § 1.º) — que exclui a culpabilidade —, ou como no caso do aborto necessário (art. 128, I), que exclui a antijuridicidade.

Na excusa absolutória, todos os elementos integrantes da estrutura do delito — a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade — estão presentes, como lembra Luis Jiménez de Asúa,<sup>28</sup> mas determinadas circunstâncias pessoais relativas ao agente

<sup>12</sup> *Direito Penal*, vol. 1º (Parte Geral), Saraiva, 1978, p. 625.

<sup>13</sup> *Direito Penal*, vol. 2º (Parte Especial), Saraiva, 1979, p. 80.

<sup>14</sup> *Pequeno Dicionário Enciclopédico Koogan Larousse*, Editora de Antonio Houaiss, Rio, 1979, p. 215.

<sup>15</sup> Caldas Aulete, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, 2ª edição bras., Rio, 1964, vol. II, p. 890.

<sup>16</sup> *Dicionário Enciclopédico Brasileiro*, org. de Alvaro Magalhães, Ed. Globo, P. Alegre, 1954, vol., p. 459.

<sup>17</sup> *Ob. e loc. cit.*, nota 10.

<sup>18</sup> *A Justiça Penal de Hoje*, trad. port. de Fernando Miranda, Coimbra, 1962, p. 227.

<sup>19</sup> Francesco Carnelutti, *El Delito*, trad. argent. de Santiago Sentís Melendo, EJEA, 1952, p. 218.

<sup>20</sup> *Ob. cit.*, nota 18, p. 232.

<sup>21</sup> *Ob. cit.*, nota 2, p. 15.

<sup>22</sup> *Ob. cit.*, nota 2, p. 261.

<sup>23</sup> *Ob. e loc. cit.*, nota 1.

<sup>24</sup> *Direito Penal*, Forense, tomo 3º, 1967, p. 178.

<sup>25</sup> *Ob. e loc. cit.*, nota 5.

<sup>26</sup> Cf. Jorge Alberto Romeiro, *ob. cit.*, nota 6, p. 75.

<sup>27</sup> *Direito Penal — Crimes contra a pessoa*, Ed. RT, 3ª ed. rev. atual. por Everardo da Cunha Luna, 1973, p. 254.

<sup>28</sup> *La Ley y el Delito*, Caracas, 1945, p. 541, *verbis*: "Son causas de impunidad o excusas absolutórias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública."

excluem a punibilidade, por expressa consignação legal e em atenção a razões de utilidade pública, como — *por exemplo* — no caso da impunibilidade dos crimes contra o patrimônio praticados em prejuízo do cônjuge, na constância da sociedade conjugal (art. 181, I), e do crime de favorecimento pessoal praticado por ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso (art. 348, § 2.º). E, nesse ponto, as escusas absolutórias se avizinham do perdão judicial, pois que este, também, só incide nos casos em que coexistem todos os elementos con-

Mas, por outro lado, o que distingue definitiva e fundamentalmente o perdão judicial das escusas absolutórias não é a *facultatividade* da-quele, como quer *Hans Wezel*,<sup>29</sup> mas o fato de as circunstâncias pessoais que o autorizam necessitarem de ser mensuradas pelo julgador, com algum grau de subjetividade. Já no caso das escusas, as circunstâncias vêm clara e exatamente postas na lei, desnecessitando de qualquer mensuração.

Essa distinção não foi antevista por *Asúa*, posto que o mestre espanhol incluía o perdão judicial entre as escusas absolutórias,<sup>30</sup> o mesmo acontecendo com *J. Frederico Marques*.<sup>31</sup> Contudo, fez com que *Maurach* e *Schroenke-Schoeder*<sup>32</sup> deixassem de lado a expressão “abgesehen von Strafe” (= abstenção ou abolição da pena), tradicionalmente empregada pela doutrina alemã,<sup>33</sup> mas que alcança também as escusas absolutórias, e reservassem a expressão “richterlich Gnadenakt” (= ato de clemência judicial) para, com precisão, distinguir o perdão concedido pelo juiz.

1-d. Considerando essas posições, e levando em linha de conta as se-

melhanças e diferenças entre o instituto que ora se estuda e os que lhe são afins, cremos poder conceituar-se o perdão judicial como sendo um instituto de direito penal material, através do qual o juiz, embora reconhecendo a coexistência dos elementos objetivos e subjetivos que constituem o delito, deixa de condenar o agente, declarando extinta a punibilidade de seu ato, desde que ocorrentes determinadas circunstâncias previstas na lei, que tornam desnecessária a imposição da sanção penal.

2. Parece extremamente correta a posição de *Jorge Alberto Romeiro*<sup>34</sup> quando, fundado no francês *Aubry*, vislumbra a origem mais remota do perdão judicial num texto de *Paulus*<sup>35</sup> em que se abre ao magistrado romano a possibilidade de deixar de aplicar a pena de açoite aos agentes de crimes culposos de incêndio, substituindo-a por severa interlocução.

Mas *Romeiro*, por traduzir com alguma imprecisão aquele texto latino, acaba por concordar com *Mario Duni*, quando o jurista italiano vê também na *monitio canonica* a expressão do perdão de que estamos tratando.<sup>36</sup> Contudo, não nos parece

que essa *monitio* viesse carregada do conteúdo do perdão judicial, posto que ali o juiz, relevando ao acusado a falta cometida, repreendia-o, advertindo-o de que seria severamente punido em caso de reincidência. Como se vê, o juiz não deixava de aplicar a pena, já que a *reprehensio* há de ser vista sempre como sanção.

No direito intermédio, há quem veja a presença do instituto no Livro V das Ordenações Filipinas, onde se cuidava da *carta-de-perdão*. Entretanto, não vemos como sustentar tal assertiva: ali, condicionando o perdão à vontade dos parentes do morto, estava o germe do nosso atual *perdão-do-ofendido*, se bem que exercido pelos sucessores deste.

Por isso, pode dizer-se que é no direito moderno que o instituto aparece pleno de vigor e conteúdo. E é na *Inglaterra* que se dá seu surgimento, através do “Summary Jurisdiction Act”, de 1879, antes portanto do “Children Act”, de 1908, citado por alguns autores como a primeira manifestação legislativa do perdão. Na *Austria*, surge em 1928, também através de lei esparsa. Mas é em 1930 que o perdão judicial aporta numa codificação penal, creditando-se o pioneirismo aos códigos *dinamarques* e *italiano*. Em 1932, é previsto no código penal *polonês*. O *Uruguai*, em seu código criminal de 1933, alterado em 1934, passa a admitir o instituto nos casos de homicídio e lesões corporais praticados contra o cônjuge e seu parceiro, em flagrância de adultério, e nos casos de homicídio eutanásico, aqui sob nítida influência de *Asúa*, o mesmo acontecendo com o código penal da *Colômbia*, em 1936. O código penal da *Suíça*, de 1937, que se baseava no italiano e que serviu de mo-

delo para o nosso, previu o perdão judicial e o manteve na reforma de 1950. A *Bulgária* e a *Iugoslávia* admitiram o instituto em seus códigos de 1951. A *Alemanha* o absorveu na redação de 1953 dada a seu código de 1871, mantendo-o nas revisões de 1957 e 1975. E a *Rússia*, no seu código de 1960, deu melhor tratamento ao instituto do que o determinado na codificação anterior.<sup>37</sup>

Como se vê, a *França*, berço de tantas inovações jurídicas, desconhece o perdão judicial. E foram frustradas todas as tentativas de introdução do instituto no direito gaulês, malgrado estivesse essa indulgência prevista na “Lei do Perdão”, submetida à deliberação das Câmaras francesas em 1918, e, depois, no anteprojeto de código penal. A inovação foi veementemente combatida por *Donnedieu de Vabres*, que a considerou desnecessária, posto que a suspensão condicional da execução da pena, já vigente, atendia às necessidades de política criminal. E, parece-nos, assistia razão ao penalista ex-Diretor da Faculdade de Direito de Paris: em França, o “sursis à l'exécution de la peine”, uma vez cumpridas pelo condenado as condições impostas, tem o condão de fazer desaparecer, definitivamente, a condenação. “O condenado fica reabilitado de pleno direito”.<sup>38</sup>

3. No Direito Brasileiro, a discussão sobre o tema ingressa pelas mãos de *Sá Pereira*, cujo projeto de 1928 cogitava dele em seu art. 132, possibilitando sua aplicação os casos levíssimos punidos com multa ou com detenção por menos de um mês.

<sup>29</sup> Cf. *Jorge Alberto Romeiro*, *ob. cit.*, nota 6, p. 76.

<sup>38</sup> *H. Donnedieu de Vabres*, *ob. cit.*, nota 18, p. 229.

*Alcântara Machado*, em seu projeto de 1938, contemplava o instituto em seu art. 108, tangente a delinquentes menores de dezoito anos, e seu art. 331, tangente ao crime de injúria, quando houvesse retorsão ou quando fruto de violenta emoção, provocada por ato injusto de outrem.

O nosso vigente Código Penal, de 1940, embora não conceituando o instituto, agasalhou-o em cinco passagens, permitindo que o juiz deixe de aplicar a pena em casos especiais de injúria (art. 140, § 1.º, I e II), de refeiçã, alojamento ou transporte sem recursos para o pagamento (art. 176, parág. único), de receptação culposa (art. 180, § 3.º), de adultério (art. 240, § 4.º) e de subtração de incapazes (art. 249, § 2.º). Em 1941, a Lei de Contravenções Penais ainda vigente cuidou dele no caso de escusável erro de direito (art. 8.º) e na contravenção de associação secreta (art. 39, § 2.º).

Na Lei de Imprensa, em vigor desde 1967 — como, de resto, já ocorrera na anterior, de 1953, contemplava-se hipótese de perdão judicial no delito de injúria cometido através dos meios de comunicação, se ocorrentes as circunstâncias previstas para a injúria comum.

Animamo-nos a não catalogar entre os casos de admissão do perdão judicial, em nosso direito posto, a hipótese prevista na Lei de Falências, em seu art. 186, parágrafo único, como fazem alguns autores<sup>39</sup>, <sup>40</sup> e <sup>41</sup> posto que nos inclinamos a entender que na Lei de Quebras o de que se trata é *isenção de pena*<sup>42</sup> por exclusão da antijuridicidade da conduta, não se incluindo, pois, quer nos casos de escusa absolutória, quer nos casos de perdão judicial.

Por outro lado, deve ser lembrado que o abortado Código Penal de 1969, num de seus raros momentos felizes, havia acolhido o instituto, com seu *nomen juris* próprio, incluindo-o entre as causas de extinção de punibilidade previstas no seu art. 108, Parte Geral.

Como se vê, o Direito Brasileiro abria suas portas para a incidência do instituto apenas em delitos de insignificância ou inexpressividade penal.<sup>43</sup>

Mas, com a reforma penal de 1977, em tão boa hora introduzida em nosso meio através da Lei n.º 6.416, foi vigorosamente agitado o problema de que aqui se cuida. Abrindo a possibilidade de concessão do perdão judicial em certos e específicos casos de homicídio culposos e lesões corporais culposas, a lei nova trouxe o debate para um campo de suma importância no Direito Penal, posto que viabilizou a sobrevivência da indulgência a delitos que ofendem a vida ou a incolumidade física do indivíduo.

4. Assumidas essas posições até aqui postas, parece estar armado o tabuleiro para busca da solução do primeiro ponto controvertido: qual a natureza jurídica do perdão judicial que é admitido pelo nosso direito?

Procuramos agrupar as diversas opiniões sobre o tema em quatro posições, que refletem a perplexidade em que se acha mergulhada a doutrina e a jurisprudência.

<sup>39</sup> Celso Delmanto, *ob. cit.*, nota 10, p. 203.

<sup>40</sup> Arnaldo Sampaio, "O Perdão Judicial", in *Rev. Forense*, vol. 168, p. 470.

<sup>41</sup> Jorge A. Romeiro, *ob. cit.*, nota 6, p. 78.

<sup>42</sup> Trajano Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, Rio, vol. III, 1949, p. 31.

<sup>43</sup> Celso Delmanto, *ob. e loc. cit.*, nota 10.

4-a. A primeira corrente, evidentemente fundada no direito positivo italiano, vê o instituto como *causa de extinção do crime*, detectando nele natureza de condição resolutória do delito. Assim, "o juiz, depois de comprovado o delito, cancela-o com o perdão". É a lição de Carnelutti,<sup>44</sup> para quem essa atividade judicial representa uma atenuação do rígido dever do juiz de infligir a pena, desde que demonstrada a existência do crime.<sup>45</sup> O mestre peninsular, ademais, por entender que "o juízo penal é um mal para quem o sofre e que, por isso, ocasiona um sofrimento", que, para certas pessoas, "é mais grave do que aquele que lhe possa ser causado em caso de condenação",<sup>46</sup> afirma que com o perdão judicial não há uma total remissão da pena, posto que com o processo o réu já a sofreu pelo menos em parte.<sup>47</sup>

Também Bettiol<sup>48</sup> vê o instituto como *causa extintiva genérica do crime*. No mesmo sentido, *Giuseppe Lampis*,<sup>49</sup> afirmando que "o perdão judicial, mais que sobre o delito em si mesmo, exercita o seu efeito extintivo sobre o direito-dever do Estado, que resulta do cometimento do crime, de punir o culpado." E acrescenta: "Mas, posto que a extinção desse direito-dever, em consequência da renúncia sobrevivente com o perdão judicial, leva a considerar o delito extinto, o código italiano colocou ordenadamente o perdão entre as causas de extinção do delito."

Na literatura nacional, essa posição é defendida por Arnaldo Sampaio,<sup>50</sup> que equipara o instituto às excludentes do art. 19 do nosso estatuto criminal, com o condão de apagar o delito, "anulando o caráter criminoso do ato praticado nas condições que possibilitam sua aplicação."

Muito recentemente, o juiz *Mariante da Fonsêca*, em voto vencido na 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro,<sup>51</sup> adotou idêntica posição.

4-b. A segunda corrente vê o perdão judicial como *escusa absolutória*, caracterizado pela *exclusão da punibilidade*, nos termos em que vinha posto, já em 1918, na "Lei do Perdão", rejeitada pelo legislativo francês pelos motivos apontados por *Donnedieu de Vabres*,<sup>52</sup> seu ferrenho opositor. Envolvidos nessa corrente, "encontramos *Luis Jiménez de Asúa*,<sup>53</sup> *Basileu Garcia*,<sup>54</sup> *José Frederico Marques*,<sup>55</sup> o juiz *Francis Sellwin Davis*, do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, através de voto vencido muito citado,<sup>56</sup> e *Euclides Custódio da Silveira*.<sup>57</sup> E é, também, a posição, frente ao direito alemão, de *Hans Welzel*, embora o jurista germânico agregue a facultatividade de sua concessão como atributo próprio do perdão.<sup>58</sup> cremos poder incluir, entre os que vêem o instituto como uma escusa absolutória, os insígnies *Aníbal Bruno*<sup>59</sup> e *Alcides Munhoz Netto*,<sup>60</sup> posto

<sup>44</sup> *Ob. cit.*, nota 19, p. 219.

<sup>45</sup> *Ob. cit.*, nota 19, p. 26.

<sup>46</sup> Francesco Carnelutti, *El problema de la pena*, trad. argent. de Santiago Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires, 1947, ps. 52-53.

<sup>47</sup> *Ob. cit.*, nota anterior, p. 54.

<sup>48</sup> *Direito Penal*, trad. bras. de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco, Ed. RT, vol. III, 1976, p. 183.

<sup>49</sup> *Ob. cit.*, nota 3, p. 842, trad. duzi.

<sup>50</sup> *Ob. cit.*, nota 40, p. 470.

<sup>51</sup> Apelação criminal n. 16.424, J. em 27.3.78, in RT, 519/447.

<sup>52</sup> *Ob. cit.*, nota 18, p. 232.

<sup>53</sup> *Ob. cit.*, nota 28, ps. 541 e ss.

<sup>54</sup> *Comentários ao Cód. de Proc. Penal*, vol. III, 1945, p. 527; *Instituições de Direito Penal*, 1.ª ed., vol. II, p. 664 e ed. 1978, ps. 661-662.

<sup>55</sup> *Ob. e loc. cit.*, nota 31.

<sup>56</sup> *Rev. Trib.*, vol. 448, p. 390.

<sup>57</sup> *Ob. cit.*, nota 27, p. 253.

<sup>58</sup> *Ob. e loc. cit.*, nota 29.

<sup>59</sup> *Ob. cit.*, nota 24, ps. 165-166.

<sup>60</sup> *A Ignorância da Antijuridicidade em Matéria Penal*, Forense, 1978, p. 128.

que ambos aludem a uma *isenção de pena* decorrente do perdão, com evidente conotação de exclusão de punibilidade. E dando essa mesma conotação ao instituto, podem encontrar-se pelo menos dois arestos de tribunais nacionais, ambos originários do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.<sup>61</sup>

4-c. A *terceira* corrente atribui ao perdão o caráter de simples indulgência judicial, sem qualquer correlação com a sanção penal em si, ontológica e teleologicamente considerada. Filiava-se a ela *Costa e Silva*,<sup>62</sup> para quem o perdão judicial não excluía o delito e nem impedia a punição, facultando ao juiz, tão-somente, deixar de aplicar a pena privativa de liberdade.

É, também, a posição de *Arthur Cogan*<sup>63</sup> e foi a que assumiu *Helena Cláudio Fragoso* na edição de 1958 de suas "Lições".<sup>64</sup>

4-d. Mas é na quarta posição que se concentra a força amplamente majoritária da doutrina e da jurisprudência. Segundo essa corrente, o perdão judicial, uma vez concedido, *extingue a punibilidade*, elidindo o direito — dever do Estado de punir o autor do delito. Certamente, esta é a corrente que se põe ao lado da verdadeira natureza jurídica do perdão judicial, que nada mais é senão uma causa extintiva da punibilidade, ocorrente no momento em que o juiz observa a existência das circunstâncias preordenadas pela lei e autorizadoras da concessão. Já *Enrico Ferri*<sup>65</sup> assim entendera o instituto e com essa natureza o previra no art. 82 de seu Projeto.<sup>66</sup> Assim o viu *Hungria*,<sup>67</sup> embora mais tarde o equiparasse à extinção posterior à sentença condena-

tória,<sup>68</sup> como adiante veremos. Revendo sua posição anterior, *Fragoso*<sup>69</sup> passou, também, a observar o instituto como causa extintiva da punibilidade. Da mesma forma, *Frederico Marques*,<sup>70</sup> embora o ilustre mestre, em algumas passagens, como já se disse, fale em escusa absolutória. Ali-nham-se, ainda, na mesma corrente de pensamento *Jorge Alberto Romeiro*,<sup>71</sup> *Celso Delmanto*<sup>72</sup> e *Paulo José da Costa Jr.*<sup>73</sup> Também nela se encontram *Damásio Evangelista de Jesus*<sup>74</sup> e *Edgard Magalhães Noronha*,<sup>75</sup> estes com as ressalvas de que logo trataremos.<sup>76</sup> E *Maurach*,<sup>77</sup> malgrado o estatuto penal alemão trate de abstenção de pena ("abgesehen von Strafe"), refere-se expressamente ao instituto como causa extintiva da punibilidade.

<sup>61</sup> RT 404/276 e 520/398.  
<sup>62</sup> Código Penal Brasileiro Comentado, 1959, vol. V, p. 213.  
<sup>63</sup> "O Perdão Judicial", in *Rev. Trib.*, vol. 465, p. 251.  
<sup>64</sup> Lições de Direito Penal, Ed. José Bu-shatsky, 1958, vol. 2, Parte Especial, p. 299.  
<sup>65</sup> Principios de Derecho Criminal, trad. esp. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, 1933, ps. 313, 336 e 699.  
<sup>66</sup> Ob. cit., nota anterior, p. 757.  
<sup>67</sup> Novas questões jurídico-penais, 1945, p. 105.  
<sup>68</sup> Comentários ao Código Penal, 1955, vol. VII, p. 273.  
<sup>69</sup> Helena Cláudio Fragoso, "A reforma da legislação penal", in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, ano I da nova fase, n. 3, p. 36; e *Lições de Direito Penal*, 1977, vol. II, p. 115.  
<sup>70</sup> Ob. cit., nota 31, p. 49; e *Curso de Direito Penal*, Forense, 1956, vol. III, ps. 269-270.  
<sup>71</sup> Ob. cit., nota 6, p. 82.  
<sup>72</sup> Ob. cit., nota 10, p. 205.  
<sup>73</sup> A Nova Lei Penal, Ed. RT, S. Paulo, 1977, p. 81.  
<sup>74</sup> Obras citadas, notas 11, 12 e 13, ps. 171, 625 e 83, respectivamente.  
<sup>75</sup> Curso de Direito Processual Penal, 1966, p. 295; v. ainda, *Código Penal Brasileiro Comentado*, Saraiva, 1958, 5ª vol., ps. 176 e 180, e *Direito Penal*, Saraiva, 1977, vol. II, ps. 480 e 526.  
<sup>76</sup> V., também, Hélio B. Tornaghi, *Instituições de Processo Penal*, Saraiva, 1978, 4ª vol., p. 403; *Christiano J. Andrade*, ob. cit., nota 9, p. 366; e *Benito Augusto Tiezzi*, *Da extinção da punibilidade*, in *Jurisprudência do STF*, vol. 10, p. VI.  
<sup>77</sup> Ob. e loc. cit., nota 32.

São inúmeras as manifestações jurisprudenciais reconhecendo no instituto natureza de causa de extinção da punibilidade. Mas sobreleva mencionar antigo aresto do Supremo Tribunal Federal, prolatado em recurso extraordinário relatado pelo Min. *Anibal Freire*, na ocasião em que pela vez primeira aquele Magno Sodalício foi chamado a manifestar-se sobre o problema. Já nessa oportunidade entendeu-se o instituto como "a renúncia à punição e daí a sua não similitude com a suspensão condicional da pena."<sup>78</sup> e <sup>79</sup>

III

A sentença que concede o perdão judicial

Se o estudo referente à natureza jurídica do próprio perdão judicial traz a série de controvérsias que acabamos de examinar, muito maior perplexidade se verifica tangentemente à natureza da sentença que concede o benefício.

1. É de sabença que a mesma classificação das sentenças, quanto à sua eficácia, que se faz no Direito Processual Civil pode ser transplantada para o processo penal, já que nesta área se repetem os mesmos conceitos, quanto ao tema, próprios daquela. É a opinião, dentre outros, de *Alcalá-Zamora*<sup>80</sup> e é a lição de *Frederico Marques* que, repetindo *Vincenzo Cavallo*, entende que a distinção do processo civil merece ser aceita no processo penal, "uma vez que se relaciona com a função da sentença".<sup>81</sup>

Assim, temos, no âmbito do processo penal, sentenças *constitutivas*, *condenatórias* e *declaratórias*. A par destas, contudo, somos forçados a ca-

talogar a existência de sentenças *mandamentais*, quais sejam as que concedem ordem de *habeas corpus*.

1-a. Como exemplos de sentenças constitutivas podem ser citadas a que defere a reabilitação e a que revoga a medida de segurança, posto que modificam o *status poenalis* do condenado.

1-b. A sentença condenatória, a que expressamente se refere o art. 387 do Código de Processo Penal, é, obviamente, aquela que, pondo fim ao processo, julga procedente a pretensão punitiva — como decisão do litígio penal — e transforma a sanção abstrata da lei material em sanção concreta, impondo ao acusado a pena preestabelecida para a infração que praticou. Por isso, diz-se que a sentença condenatória tem um duplo conteúdo: de um lado, declarando a existência plena do direito de punir oriundo da violação da norma penal e, de outro, fazendo despertar a latente força coativa da ordem jurídica, mediante a imposição da sanção adequada.<sup>82</sup> Dessarte, a sentença condenatória é o ato final do processo penal de conhecimento e, posto que cria título executório, é o ato inicial do processo de execução penal.

Resumindo: não é possível pensar-se em sentença condenatória que não traga em seu bojo esse duplo conteúdo, qual seja, a imposição das sanções e o reconhecimento da existência do *jus puniendi*, posto que só

<sup>78</sup> RT 192/913.  
<sup>79</sup> V., p. ex., RT 297/434, 411/374, 426/438, 519/447 e 521/461.  
<sup>80</sup> Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Derecho Procesal Penal*, 1945, vol. III, ps. 233 e 239.  
<sup>81</sup> Elementos..., cit., nota 31, p. 27.  
<sup>82</sup> Cf. Enrico Tullio Liebmann, *Processo de Execução*, 1946, ps. 39-40; e, ainda, *Embargos do Executado*, 1968, ps. 95-99.



pode ser condenatória a sentença que julga procedente a acusação, reconhecendo as *causae petendi* remota e próxima e atendendo ao *petitum* (*rectius*, objeto) contido na *res in iudicio deducta*.

1-b.1. Vê-se claramente que o efeito *principal* da sentença condenatória é a submissão do condenado a execução forçada das penas principais e acessórias que lhe são impostas, bem como da eventual medida de segurança compreendida na condenação. Ao lado desses efeitos primários, surge a sentença condenatória efeitos *secundários*, ou reflexos, quais sejam a reincidência, a presunção de periculosidade, a inadmissibilidade ou a revogação de *sursis*, a certeza da obrigação de condenado responder pelos danos causados pelo delito, a condenação nas custas processuais, etc...

E, como "ato formal destinado a documentar a sentença condenatória, a fim de que esta produza seus efeitos secundários em relação à pessoa do condenado", <sup>83</sup> é o nome deste lançado no *rol dos culpados*, o que lhe caracteriza o *status poenalis* formado com a condenação criminal.

1-c. Sentenças *declaratórias* por excelência são as *absolutórias*, que declaram infundada a acusação e im procedente a pretensão punitiva manifestada no *petitum* da denúncia ou da queixa.

Considerando que a acusação tem como *causa petendi remota* a dicção da lei material, tipificando como delituoso o fato que descreve e criando o direito de punir, e como *causa petendi próxima* a atribuição ao réu da prática de fato idêntico ao ali descrito, será improcedente o pedido acusatório se não restar provada essa imputação.

Lembra *Frederico Marques* <sup>84</sup> que essa improcedência se dará:

- a) quando não for delituoso o fato atribuído ao réu;
- b) quando não for provada a existência do fato, ou for demonstrada a sua inexistência;
- c) quando o réu não for o autor do fato.

Nesse caso, como se vê, a sentença reconhecerá que a imputação não é verdadeira ou não restou provada, e declarará a improcedência da acusação, absolvendo o réu.

Contudo, pode acontecer que a imputação fique plenamente provada, mas seja desacolhida a pretensão punitiva contida na acusação, em virtude da ocorrência de causa que extinga o *jus puniendi*. Não se tratará de absolvição. Mas ainda uma vez estamos diante de uma sentença declaratória que faz cessar a instância do processo condenatório, já que declara extinta a punibilidade, ou seja, declara a inexistência, naquele mesmo momento, do *jus puniendi*. E assim faz, malgrado reconheça que todos os elementos objetivos e subjetivos do delito estão a coexistir incontestavelmente.

A essas sentenças declaratórias de extinção da punibilidade *Frederico Marques* dá o nome de *terminativas de mérito*, já que não são absolutórias porque não declaram a acusação improcedente, e nem são condenatórias porque não impõem qualquer sanção ao acusado, malgrado ponham fim à relação processual e impeçam "novo julgamento sobre o mérito do litígio

<sup>83</sup> José Frederico Marques, *Elementos...*, cit., nota 31, p. 67.  
<sup>84</sup> Ob. cit., nota 31, p. 33.

penal contido na *res in iudicio deducta*". <sup>85</sup>

Como se vê, estamos, neste passo, dando especial ênfase à declaração de extinção da punibilidade na sentença de mérito no momento mesmo em que é dada a prestação jurisdicional provocada pela inicial acusatória. Deixamos de lado, portanto, a declaração de extinção da punibilidade feita depois de prolatada sentença definitiva condenatória. Nesta, fixou-se uma pena, a par de se ter reconhecido a existência plena do *jus puniendi*. Naquela é declarada extinta a *causa petendi* remota (o *jus puniendi*), e — por isso — não é atendido o provimento pedido.

Exemplo típico de sentença terminativa de mérito, declaratória de extinção da punibilidade, é a que é prolatada em ação penal pública, em que se imputa ao denunciado a prática do delito de lesões graves, mas de cuja instrução não resulta provada a qualificadora. O magistrado, à luz das provas, desclassifica a imputação, localizando-a no delito de lesões leves, e verifica haver decorrido o prazo prescricional estabelecido com base na pena *in abstracto* cominada pela cabeça do art. 129. E declara a extinção da punibilidade, pondo termo ao processo, malgrado haja reconhecido — expressa e claramente — que o crime de lesões leves se achava incontestavelmente demonstrado em todos os seus elementos constitutivos. À evidência, não tem tal decisão qualquer conotação condenatória.

2. Pareceu-nos útil esse passeio teórico em torno da eficácia e dos efeitos da sentença penal, ainda que enfrentando o tema a golpes-de-foice, para matricular no contexto do estudo as premissas a partir das quais

abordaremos a natureza jurídica e os efeitos da sentença que concede o perdão judicial.

A doutrina e a jurisprudência nacionais têm assumido variegadas posturas à face do problema, decorrendo a controvérsia da omissão legislativa quanto à expressa regulamentação do instituto.

2-a. Assim, encontramos uma primeira posição, evidentemente minoritária, que atribui à sentença concessiva do perdão natureza de declaração de absolvição. É o sentir de *Basileu Garcia*, que se mantém firme nessa posição, defendendo-a até a última edição de suas *Intituições*. <sup>86</sup> E, pelo conteúdo de seu conceito de perdão judicial, *Arnaldo Sampaio* só pode admitir absolvição em caso de concessão do benefício. <sup>87</sup> É, também, o entendimento do respeitável magistrado paulista *Francis Sellwin Davis*, que, em pelo menos dois votos vencidos, se entrincheira na defesa da solução absolutória. <sup>88</sup> Também através de voto vencido, o juiz carioca *Mariante da Fonseca* sustenta esse desfecho. <sup>89</sup> Na jurisprudência, localizamos a posição timidamente assumida em um aresto <sup>90</sup> do antigo Tribunal de Alçada de São Paulo, relatado pelo juiz *Young da Costa Manso*.

Não vemos como defender a natureza absolutória da sentença de que estamos tratando. A decisão penal de mérito, que conclui pela absolvição do acusado, tem necessariamente que declarar inverídica ou não provada a imputação que a acusação faz ao réu,

<sup>85</sup> Ob. cit., nota 31, p. 47.  
<sup>86</sup> Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal*, 1978, vol. II, ps. 661 e 827.  
<sup>87</sup> Ob. cit., nota 40, p. 470.  
<sup>88</sup> RT 448/390 e 520/398.  
<sup>89</sup> RT 519/447.  
<sup>90</sup> RT 281/538.



ou seja, a atribuição a ele da prática de um ato típico, antijurídico e culpável. Isso não acontece na concessão do perdão judicial. Ao contrário, a sentença há de reconhecer, preliminarmente, que o julgador está convencido de que o acusado se conduziu de modo a preencher o tipo definido pela lei material como conduta delituosa. Esse fato, como já vimos, exclui da decisão qualquer conotação absolutória.

A pensar-se de acordo com esta corrente, estar-se-ia dando ao perdão judicial o condão de extinguir o crime, como se o instituto fosse irmão das excludentes e dirimentes, o que é impossível diante da necessidade impostergável de essas circunstâncias extintivas estarem expressamente previstas pelo Direito Penal positivo. Ademais, é impossível perdoar-se alguém a quem não se tivesse atribuído a prática de um ato contrário a alguma norma.

Já numa posição diametralmente oposta colocam-se os que entendem tratar-se de sentença condenatória, que tão-somente deixa de aplicar a pena principal privativa de liberdade, produzindo portanto todos os efeitos secundários próprios dessa classe de decisões penais.

A jurisprudência majoritária refilete esta corrente,<sup>91</sup> que parece ter seu nascedouro no entendimento de *Nelson Hungria*, para quem “o perdão judicial deve seguir-se à efetiva condenação do réu (reconhecidas a existência do crime e a autoria imputada), pois, de outro modo, seria criar um benefício de que a lei não cogita, isto é, o de poupar ao réu até mesmo o desfavor de não ser considerado reincidente, se vier a cometer novo crime.”<sup>92</sup> Mas como *Hungria*, antes

dessa manifestação, já afirmara que o perdão judicial se inclui entre as causas extintivas da punibilidade, que não estão exaustiva, mas exemplificadamente, previstas no art. 108 de nosso estatuto repressivo,<sup>93</sup> deve entender-se que o ilustre penalista via na concessão do benefício uma extinção da punibilidade equiparável à que ocorre em virtude da prescrição pela pena concretamente aplicada (art. 110, e parágrafos, do C.P.).

Ocorre, entretanto, que *Hungria* acabou mudando de opinião (o que, de resto, raramente aconteceu durante sua vida de magistral penalista).<sup>94</sup> Mas seus seguidores permaneceram estacados no entendimento antigo, como é o caso de *Magalhães Noronha*<sup>95</sup> e *Damásio de Jesus*,<sup>96</sup> integrantes desta corrente.

*Noronha*, buscando apoio à sua opinião de que o perdão pressupõe necessariamente a condenação, transcreve<sup>97</sup> parcialmente texto de *Carneletti*, mas deixa de observar que o mestre peninsular ali fala em precedência de condenação “o, al menos, la comprobación del delito, que de otro modo no podría ser perdonado por el juez”.<sup>98</sup> Por aí se vê que o grande jurista italiano não radicaliza posi-

ção no sentido de só se poder conceder o perdão após uma condenação: admite-o expressamente desde que comprovado o delito, isto é, desde que reconhecida na sentença a presença dos elementos essenciais do crime na conduta do agente. Ademais disso, o texto mencionado por *Noronha* está inserido em capítulo em que *Carneletti* trata de demonstrar que o processo penal, só por si, representa uma punição a quem a ele é submetido, e por isso, mesmo havendo perdão, não há total remissão de pena.

Para *Damásio de Jesus*, “o perdão judicial constitui causa extintiva da punibilidade pelo juiz na própria sentença condenatória. Significa que o juiz deve efetivamente condenar o réu, somente deixando de aplicar a sanção penal.”<sup>99</sup>

Malgrado a torrentosa jurisprudência integrada nessa colocação, e inobstante a alta qualificação dos doutrinadores que a defendem, não vemos como se possa entender a sentença concessiva do perdão judicial como condenatória, livrando o condenado — apenas — da privação da liberdade. Se assim fosse, teríamos tão-somente uma suspensão incondicional da pena, e o instituto seria reduzido a mero incidente à execução da sanção. Nada, pois, estaria a justificar, sequer, a sua existência dentro do mundo jurídico. *Primeiro*, e considerando o seu aspecto de benefício (e, já vimos, historicamente o perdão judicial é um benefício), porque seria a sua concessão menos benéfica ao acusado que a suspensão condicional da execução da pena que lhe fosse imposta, pois neste caso, durante o período de prova, a sentença condenatória permanece registrada em livro próprio, em caráter secreto, não figurando na folha penal do interes-

sado, nos termos do art. 709, e seus parágrafos, do Código de Processo Penal. *Segundo*, considerando o aspecto preventivo que toda condenação tem no sentido de evitar a reincidência, porque seria o perdão judicial uma alteração inútil, e para pior, da suspensão condicional, pelo temor que a revogação dela infunde no condenado.

E, então, chegaríamos à esdrúxula situação de um acusado pedir que lhe não fosse concedido o perdão, mas que, em sendo condenado, apenas se lhe deferisse a suspensão da execução da pena privativa de liberdade...

Mas o argumento de cunho jurídico, que efetivamente tem que ser contraposto a essa corrente, é o que diz respeito ao duplo conteúdo de toda decisão condenatória: esta reconhece a plena existência do direito de punir oriundo da violação da norma contida na lei material e aplica a sanção adequada. *Ada Pellegrini Grinover* resalta essa duplicidade de conteúdo quando afirma que “a sentença condenatória, acolhendo a pretensão punitiva, não contém apenas a declaração sobre a existência do poder punitivo, pois que lhe acresce a sanção penal.”<sup>100</sup> A nossa lei formal espelha esse substrato conteudístico da sentença condenatória, quando em seu art. 387, inciso III, determina que o juiz, ao proferi-la, aplique as penas de acordo com as conclusões a que chegou.

Ora, se não há aplicação de sanção, fica-se apenas na fase declaratória, não havendo qualquer condenação, posto que esta é efetivamente a

<sup>91</sup> RT 170/70, 178/97 (ac. reformado p/ STF, v. RT 192), 181/599, 211/387, 265/600, 266/478, 282/520, 285/551, 316/323, 316/329, 372/159, 375/204, 381/205, 398/311, 402/354, 403/385, 404/276, 422/272 (com fixação de penal), 448/390, 457/438 (equiparando o P. J. à extinção da punibilidade após a condenação), 486/310, 504/360, 514/365, 522/371 e 522/373.

<sup>92</sup> Comentários ao Código Penal, Forense, 1955, vol. VII, p. 273.

<sup>93</sup> Novas questões jurídico-penais, Rio, 1945, ps. 105-106.

<sup>94</sup> “Em torno ao Anteprojeto de Código Penal-II”, in Rev. Bras. de Criminologia e Direito Penal, Ano I da nova fase, n. 4, jan.-mar. de 1964, p. 40.

<sup>95</sup> Ob. e loc. cit., nota 75.

<sup>96</sup> Ob. e loc. cit., notas 11, 12, e 13.

<sup>97</sup> Código Penal Brasileiro Comentado, cit., nota 75, p. 176.

<sup>98</sup> Ob. e loc. cit., nota 46.

<sup>99</sup> Ob. e loc. cit., nota 13, p. 83.

<sup>100</sup> A Nova Lei Processual Penal, Ed. RT, 1977, p. 121.

imposição de pena, que não ocorre nas decisões que concedem o perdão. Ademais disso, é caráter indefectível em qualquer sentença condenatória a sua exequibilidade, uma vez que essa decisão cria o título executório da pretensão provida.

E, parece óbvio, não há o que executar nas sentenças concessivas do perdão.

Não são condenatórias, pois, as sentenças contêm o perdão judicial, e “por isso” não podem dela decorrer quaisquer efeitos secundários ou reflexos, próprios daquelas, como sejam a reincidência, a presunção de periculosidade, a certeza da obrigação de reparar o dano, a condenação nas custas, etc. — E, ainda por não serem condenatórias, não formam o *status poenalis* que se caracterizaria com o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados.

Admitir-se o contrário corresponderia a se admitir que o fogo se apague, mas continue a produzir luz e calor...

Outra corrente, nascida no seio da jurisprudência e que conta com algumas manifestações de diversos tribunais estaduais,<sup>101</sup> vê a sentença concessiva do perdão como condenatória, mas sem produzir efeitos principais (imposição de penas principais, acessórias e medidas de segurança) e nem os efeitos secundários (reincidência, condenação nas custas, lançamento do nome do réu no rol dos culpados, etc.).

Não há como permanecer em tal posição, posto que aí se negam todos os atributos da sentença de condenação.

Na verdade, os que se colocam nesta posição parecem confundir “condenação” com “imputação”, já que só esta é reconhecida nessas decisões.

Se se apagam todos os efeitos da sentença condenatória, se se não permitem quaisquer consequências da condenação, é intuitivo que de sentença condenatória não se trata. Aproveitando a desataviada imagem, pode dizer-se que se cuida de fogo que jamais produziu luz ou calor.

Numa quarta posição, onde hoje se concentram publicistas em número cada vez maior, encontramos os que observam na sentença que concede o perdão judicial a natureza de sentença declaratória da extinção de punibilidade, sem qualquer efeito secundário em desfavor do réu perdoado. Para essa corrente, a decisão, que não é condenatória nem absolutória, se limita a declarar extinto o direito-dever do Estado de punir o réu, desde que ocorrentes as circunstâncias autorizadoras da concessão do benefício, mas reconhecendo a veracidade da imputação que a ele foi feita pela acusação.

Contando com ponderável suporte jurisprudencial,<sup>102</sup> inclusive com antiga manifestação do Supremo Tribunal Federal,<sup>103</sup> alinham-se nessa postura Hungria,<sup>104</sup> Frederico Marques,<sup>105</sup> Heleno C. Fragoso,<sup>106</sup> Aníbal

<sup>101</sup> RT 361/264, 368/248, 409/309, 429/452, 452/394, 509/392 e 520/398.

<sup>102</sup> RT 292/767, 297/434, 371/253, 372/181, 406/236, 411/374, 426/438, 508/413, 519/447 e 521/461; v., ainda, votos vencidos do Juiz Silva Franco, do TACrim.SP, in RT 514/365 e 522/373; Incola-Anuário de Jurisprudência, 1976, p. 457; *Diário da Justiça do Estado do Rio de Janeiro* de 28.7.75, p. 124; e *Diário da Justiça do Estado do Paraná* de 24.10.79, p. 12.

<sup>103</sup> RT 192/913.

<sup>104</sup> Em tomo ao Anteprojeto de Código Penal, cit., nota 94, revendo a posição anteriormente assumida nos seus *Comentários ao Código Penal*, citado na nota 92.

<sup>105</sup> *Elementos...*, cit., nota 31, ps. 49-50, corrigindo antiga opinião expendida na edição de 1956 se seu *Curso de Direito Penal*, S. Paulo, vol. III, p. 270.

<sup>106</sup> Obs e locs. cit., nota 69, emendando a opinião que manifestara em suas *Lições...*, cit., nota 64.

Bruno,<sup>107</sup> Romão Cortes de Lacerda,<sup>108</sup> Hélio B. Tornaghi,<sup>109</sup> Jorge Alberto Romeiro,<sup>110</sup> Paulo José da Costa Júnior,<sup>111</sup> e Celso Delmanto,<sup>112</sup> entre outros.

E, segundo nos parece, é esse o entendimento que se coaduna com os mais firmes princípios do direito penal material e que se afina com a estrutura do direito formal.

Tem-se aí, que a sentença reconhece que a imputação feita pela acusação ficou provada, com o juiz prolator declarando a existência do crime em todos os seus elementos essenciais e afirmando o seu convencimento de que o réu foi o seu autor, mas deixando de aplicar a condenação prevista no preceito sancionador da norma violada, posto que, atendidas circunstâncias especiais, entende extinto o direito estatal de punir. E, declarando essa extinção, o juiz faz quebrar-se o *vinculum juris*, definido por Cernelutti<sup>113</sup> como o nexa jurídico existente entre o crime e a pena.

Nesse caso, o Estado-Juiz, autorizado expressamente pela lei, renuncia ao direito de punir, não obstante demonstrada a existência de uma infração penal nos seus componentes subjetivos e objetivos. Mas renuncia ao direito de *condenar*, e não apenas ao direito de *executar* uma pena imposta.

E essa sentença, declarando a extinção da punibilidade, porá fim ao processo, solucionando a lide penal pelo seu mérito, e “por isso” se revestirá da autoridade da coisa julgada, como lembra, com muita propriedade, Ada Pellegrini Grinover.<sup>114</sup>

Frederico Marques, atento ao conteúdo dessas sentenças, e verificando que por extinguirem o *jus puniendi* elas encerram a instância, denominam-as “terminativas de mérito”.<sup>115</sup>

Evidentemente, em decorrência do momento em que é concedido o perdão judicial, a sentença não conterá em sua parte dispositiva o reconhecimento de procedência da acusação, posto que esta só é procedente quando seu objeto (ou seja, seu pedido de condenação do réu nas penas contidas no preceito sancionador da norma violada) é provido pelo magistrado.

Ora, no caso, o pedido imediato não foi provido, e não no poderá ser jamais, vez que *antes mesmo de seu exame* foi extinta a sua *causa petendi* remota, qual seja a punibilidade do ato praticado. Dessarte, nenhuma consequência desfavorável ao réu pode surgir.

As causas extintivas da punibilidade, mesmo sendo “como são” externas ao crime, fazem com que feneça o *jus puniendi*. Se ocorrem antes de o Estado manifestar uma condenação, como é o caso de que estamos a tratar, não se limitam a extinguir a pena, mas a própria possibilidade de imposição de sanção.

Da mesma forma, e porque a acusação não foi julgada procedente, não foi o réu vencido, com o significado do art. 804 do C.P.P., e por isso não pode ser condenado nas custas.

Por essas razões, J. Frederico Marques foi levado a caminhar ao lado de

<sup>107</sup> Ob. cit., nota 24, ps. 166-167.

<sup>108</sup> *Comentários ao Código Penal*, Forense, 1956, vol. VIII, ps. 381-382.

<sup>109</sup> *Instituições de Processo Penal*, Saraiva, 1978, 4ª vol., ps. 403-404.

<sup>110</sup> Ob. e loc. cit., nota 6, e *Comentários ao Código Penal*, atualização da obra de Aloysio de Carvalho Filho, Forense, 1979, vol. IV, ps. 576 e ss.

<sup>111</sup> Ob. cit., nota 73, p. 81.

<sup>112</sup> Ob. e loc. cit., nota 10.

<sup>113</sup> *Teoria General del Delito*, trad. esp. de Victor Condé, Madrid, 1941, ps. 47 e ss.

<sup>114</sup> *As Condições da Ação Penal*, S. Paulo, 1977, ps. 78-79.

<sup>115</sup> *Elementos...*, cit., nota 31, p. 49.

Mario Duni, monografista da matéria,<sup>116</sup> quando este ensina que o perdão judicial tem o efeito de elidir o direito de punir e eliminar outros efeitos penais menores relativamente aos fatos tipificados como infração penal.<sup>117</sup>

Se antes da reforma penal de 1977 esta posição podia sofrer oposições, tal já não acontece depois da Lei n.º 6.416, inobstante, como já dissemos, haver o legislador deixado escapular a oportunidade de solver todos os problemas tangentes ao perdão judicial.

Mas, de qualquer forma, reconhecendo a lei alteradora do Código Penal, ao estatuir as duas novas hipóteses, que a *sanção* se torna desnecessária, parece ficar afastado todo e qualquer desfavor ao réu perdoado.

Concedido o perdão judicial, nenhuma consequência jurídico-penal pode advir ao beneficiário: não havendo *sanção*, não haverá efeito principal e nem efeito secundário ou reflexo.

Contudo, é óbvio que o ofendido poderá buscar no juízo cível a reparação do dano causado pelo réu perdoado. Mas não disporá do título de que trata o art. 63 do Código de Processo Penal, competindo-lhe objetivar a sua formação na área privada através de sentença definitiva em processo de conhecimento, incidindo "no caso" o inciso II do art. 67 do estatuto formal penal.

2-b. Como observação postrema, queremos lembrar que o projeto-de-lei n.º 633/75, que pretende instituir o novo Código de Processo Penal, prevê, em seu art. 290, inciso II, o julgamento antecipado da lide penal "quando estiver extinta a punibilidade".<sup>118</sup> Nessas condições, se durante a instrução do feito criminal o

juiz obtiver seguras indicações de que concederá o perdão judicial, poderá fazê-lo no estado em que se encontrar o processo, extinguindo-o. A entrar em vigor disposição desse jaez, estarão solvidos os problemas que têm perseguido o perdão judicial no Direito brasileiro.

Em face das desalinhasdas razões que este trabalho contém, cremos poder estabelecerem-se as seguintes.

#### IV

##### Conclusões

1. O perdão judicial é instituto de direito penal material, através do qual o juiz, embora reconhecendo a coexistência dos elementos objetivos e subjetivos que constituem o delito, deixa de condenar o agente, declarando extinta a punibilidade de seu ato, desde que ocorrentes determinadas circunstâncias previstas na lei, que tornam desnecessária a imposição da sanção penal.

2. O direito brasileiro não emprega a denominação "perdão judicial", mas incontroversamente acolhe o instituto em cinco passagens do Código Penal, em dois momentos da Lei de Imprensa e em dois segmentos da Lei de Contravenções Penais.

3. A Lei n.º 6.416/77 criou duas novas hipóteses de perdão judicial, possibilitando a concessão de indulgência em caso de forma culposa de homicídio e de lesões corporais, "se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária."

<sup>116</sup> Ob. cit., nota 2.  
<sup>117</sup> Cf. *Elementos...*, cit., nota 31, p. 49.  
<sup>118</sup> *Diário do Congresso Nacional*, n. 061, de 13.6.75, seção I, suplemento A.

4. O perdão judicial é historicamente um *benefício* que se concede ao réu.

5. São motivos de política criminal os que justificam a existência do instituto.

6. Uma vez presentes as circunstâncias que a lei prevê como autorizadoras do perdão judicial, o réu passa a ter o direito público subjetivo de lhe não ser imposta qualquer sanção penal.

7. O perdão judicial, no nosso direito, tem natureza jurídica de causa extintiva da punibilidade.

8. Só se há de falar em perdão judicial nos casos de haver restado indubitavelmente demonstrada a existência da infração penal em todos os seus elementos constitutivos.

9. Por extinguir o *jus puniendi*, que integra a causa-de-pedir remota

da acusação, o perdão judicial impede a procedência da inicial acusatória.

10. Por pressupor provada a imputação feita ao réu na acusação, o perdão judicial não leva jamais à absolvição do acusado.

11. Assim, a sentença que concede o perdão judicial não é condenatória nem absolutória, mas declaratória da extinção de punibilidade.

12. Considerando que essa extinção é declarada *antes* da imposição de qualquer sanção, nenhuma consequência jurídico-penal resulta em desfavor do réu perdoado.

13. Pondo fim ao processo, mesmo sem condenar ou absolver o réu, as sentenças concessivas do perdão judicial alcançam o mérito da lide penal (sentenças terminativas de mérito) e por isso transitadas em julgado se revestem da autoridade de coisa julgada material.

## SEBASTIÁN SOLER (1899-1980)

Celso Delmanto

“Sem segurança jurídica não se pode viver.”

A frase não só compõe um enunciado lapidar, como foi, também, o princípio que norteou a vida de seu autor — o eminente penalista, filósofo, sociólogo e advogado Sebastián Soler.

No dia 12 de setembro último, Soler faleceu em Buenos Aires, aos 81 anos.

Nascido na Espanha, foi, ainda pequeno, para a Argentina, país cuja cidadania adotou.

Pouco depois de concluir o curso de Direito na Universidade Nacional de Córdoba, passou a nela lecionar.

Durante muitos anos, ali ministrou suas aulas, mas, com o advento do regime peronista, Soler renunciou às cátedras que ocupava.

Em consequência do seu posicionamento contrário ao governo de então, foi por este exonerado do cargo de membro do Tribunal de Apelação da Província de Santa Fé.

Conhecido pela firmeza de seus princípios, ele permaneceu afastado dos postos oficiais.

Somente em 1955, com a queda do regime político que o afastara, So-

ler retornou à vida pública, ocupando, durante algum tempo, o alto cargo de Procurador Geral da Nação.

Professor honorário de várias universidades estrangeiras, participou de muitos congressos internacionais, além de proferir palestras em Nova Iorque, Barcelona, Lima, El Salvador e noutras cidades, inclusive do Brasil.

Homem de talento e cultura excepcionais, profundo conhecedor da ciência penal, da filosofia e da história, ele jamais abusou dos seus acumulados conhecimentos.

Invariavelmente, os textos de sua imensa obra eram claros, límpidos e sempre atentos à realidade social.

Entre 1940 e 1946, foram publicados os cinco volumes que compõem o seu *Derecho Penal Argentino*, tratado considerado clássico pelos estudiosos do Direito Penal em todo o mundo.

Em sucessivas reedições, a obra foi por ele constantemente atualizada, não só acompanhando as alterações da legislação argentina, como discutindo as novas idéias surgidas na ciência penal.

Em sua busca do exato conhecimento da lei, transparecia, sempre, o

respeito que lhe dedicava: “Uma coisa é a lei, outra a nossa opinião; quando ambas não coincidem, ninguém nos impedirá de dizer o que pensamos a respeito. Todavia, precisamos saber distinguir o que é a lei daquilo que desejávamos que ela fosse”.

Soler defendia o caminho reto do dogmatismo jurídico, em substituição às fantasias do positivismo.

No entanto — afirmava — como a lei penal impõe sofrimentos ao homem e riscos à sociedade, é indispensável que ela seja sempre estudada com prudência e boa vontade.

Além de seu notável tratado, Mestre Soler deixou grande número de estudos penais, publicados em revistas especializadas, e nada menos do que três projetos de Código Penal, dois por solicitação do governo argentino e outro a pedido da Guatemala.

Ele era, também, conhecedor profundo do Direito Penal Brasileiro. Nossos penalistas, como Aníbal Bruno, Heleno Fragoso e Néelson Hungria, figuram entre os principais autores citados em seu trabalho.

O próprio Código Penal Brasileiro foi por ele estudado a fundo. Lembre-se, por exemplo, o realce que seu tratado dá à perfeição do título VIII do nosso Código, que cuida dos crimes contra a incolumidade pública.

As concepções jurídico-filosóficas de Sebastián Soler foram desenvolvidas, principalmente, em seus livros *Ley, Historia y Libertad* e *Palabras de la Ley*.

No primeiro deles cuidou da crise do estado liberal e democrático, da compreensão do homem, mas sempre ligando a discussão teórica das idéias às exigências da vida concreta, apontando as contradições que surgem entre os princípios teóricos e a realidade.

Em *Palabras de la Ley*, expôs a sua teoria da ação. Mostrou que as doutrinas devem ser avaliadas em relação aos problemas humanos e não apenas pelo engenho de suas construções teóricas.

No ano de 1976, visitei Sebastián Soler para agradecer-lhe o prólogo que ele havia escrito na versão espanhola de um livro meu sobre crimes de concorrência desleal, publicado na Argentina.

Mestre Soler tinha, então, 76 anos.

No entanto, o que mais me marcou foi a juventude de seu espírito, o entusiasmo com que se referia às aulas que ainda dava e às pesquisas que seguia realizando.

Quem o visse — como eu o vi — detalhando como estava elaborando o novo Projeto do Código Penal Argentino, que o governo o incumbira de apresentar, não podia deixar de considerá-lo um jovem...

Ao mesmo tempo em que já concluíra a parte geral e adentrara a parte especial do Código, Soler ministrava aulas de filosofia na Universidade, em nível de pós-graduação, e ainda trabalhava, diariamente, em seu escritório de advocacia.

A vontade de ensinar chegava, até, a remogar seu físico. Não me esqueço da agilidade com que ele, naquela idade, subiu em uma cadeira para alcançar, no alto da estante, um livro cujas idéias desejava me expor.

No ano seguinte, logo depois da reforma penal brasileira de 1977, ele já me escrevia, encomendando a lei modificadora do nosso Código, que desejava estudar.

A correspondência que mantivemos mostra que conservou, até o final da sua vida, a dedicação ao ensi-

no, o brilho da inteligência, a ânsia em encontrar verdades transcendentais, sempre dedicado à segurança jurídica e atento à realidade social.

Na última das cartas que me escreveu — três meses antes da sua morte — mantinha o apurado refinamento de seu espírito.

Numa das passagens, criticava os penalistas que se afastam da lei “para ir a discutir con otros colegas discutidores que en sus teorías son capaces

de fusilar al inocente y absolver al culpable”.

Entristece a todos o falecimento de Sebastián Soler, pois morre um notável advogado, sociólogo, filósofo e penalista.

Todavía, seus ensinamentos permanecerão vivos e brilhantes. Seu profundo respeito à lei seguirá como exemplo a ser imitado. Sua dedicação ao homem e à liberdade apontará o caminho correto para todos nós.

## A RESPEITO DE COSTA E SILVA

Ricardo Antunes Andreucci

### 1. NOTAS PRELIMINARES

A ciência criminal no Brasil, no final do século XIX, mal esboçava seus primeiros passos, ainda incerta e insegura quanto aos seus rumos e trajetões.

Sem ter ainda uma tendência própria, enfrentava o clima eufórico do mundo, em época na qual a Escola Positiva exprimia o sentimento deslumbrado de um cientificismo crescente. Darwin, Haeckel, Comte conduziam a Lombroso, Ferri, Garófalo, Puglia, estruturando um momento cultural no qual se esvaíam parcialmente as possibilidades da evolução da análise jurídica do crime.

Veja-se o equacionamento de Queiroz Filho: “A Escola Positiva, deslocando o problema criminal para o campo das ciências naturais, representou, na história das doutrinas que vimos resumindo, o denominado “positivismo naturalista”. Mais tarde, iniciando-se com a reivindicação de metodologia adequada ao direito penal, desenvolveu-se o tecnicismo jurídico, não como uma escola, mas como uma tendência do “positivismo jurídico”, e esta caracterizada pela

redução do objeto do direito às suas leis escritas.”<sup>1</sup>

Na sequência deste naturalismo, no Brasil, vultos excepcionais, como Tobias Barreto, Vieira Araújo, Crysólito de Gusmão, Cândido Motta, Viveiros de Castro, Nina Rodrigues, Lemos Brito, Evaristo de Moraes e tantos outros,<sup>2</sup> dominavam o cenário impondo rumos científicos que certamente não correspondiam às nossas necessidades e ao nosso instante histórico.

Manoel Pedro Pimentel, com acerto, escreve que “não se preocupavam muito os penalistas brasileiros de então, com as novas colocações da doutrina, no campo específico dos conceitos dogmáticos da ciência penal, encartando-se mais com as fascinantes cogitações dos pesquisadores dedicados à antropologia, à sociologia, à psiquiatria, à endocrinologia e a outras ciências que estudam o homem, na sua interação bio-psíquico-social.”<sup>3</sup>

<sup>1</sup> *Lições de Direito Penal*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1966, p. 78.

<sup>2</sup> Cons. Roberto Lyra, *Novo Direito Penal*, Rio, Ed. Borsó, 1971, vol. I.

<sup>3</sup> “Breves Notas para a História da Criminologia no Brasil”, in: *Ciência Penal*, Rio, 1979, ano V, n. 2, p. 38.

Miguel Reale conclui que “num ambiente imbuído de ideologia científico-positiva,



A importação das idéias européias quanto ao crime e ao criminoso levava a um pseudomodernismo doutrinário em situação interna profundamente diversa daquela do velho continente. Isso ficaria demonstrado pelo fracasso do positivismo criminal no Brasil, ao contrário do que sucedeu, em parte, nos demais países latino-americanos.

A diversidade resulta clara. Basta, para ilustrar, que se arrola os tópicos desdobrados por Rémond, de problemas do velho continente: a Revolução industrial e a Revolução operária; o socialismo, a condição do camponês e os movimentos agrícolas, o desenvolvimento das cidades, o movimento das nacionalidades, o problema colonial.<sup>4</sup>

Proclamada a nossa República, não se vislumbrava, ainda, similitude nas dificuldades, avanços ou retrocessos. Recém-saídos do Império e, pois, do liberalismo “retórico”, na expressão da Zahidé Machado Neto, vivíamos a resultante de uma sociedade que havia sido “de economia dependente, escravista, paracolonial, eminentemente agrícola e rural tradicional, patriarcal e privatista.”<sup>5</sup>

Em 1889 o Brasil contava com 14 milhões de habitantes<sup>6</sup> o que, por si só, basta para que se sinta o quadro no qual terminaram preponderando as velhas oligarquias. Justifica-se, pois, a asserção de Werneck Sodré que a “componente da classe média, presente no poder, será por ele despejada. A composição que possibilitara a mudança do regime estava rompida: a classe senhorial voltaria a unificar-se, ao comando da fração ligada ao café. A outra, ligada ao co-

lonialismo econômico, pela sua estrutura, e dependente dos favores da proteção do Estado, preferia submeter-se. Isolada, a classe média, sem base política, estava condenada a gravitar por muito tempo, em torno de problemas circunstanciais, sofrendo os efeitos de uma política econômica que atirava ao consumidor os ônus cada vez mais pesados da “valorização do café”.<sup>7</sup>

A ilustração brasileira, como lembra Clóvis de Carvalho Júnior, já procurava um “projeto republicano-positivista, que fez prosélitos e popularizou-se no campo jurídico da mesma maneira que em outras áreas de conhecimento” e “o intelectual brasileiro manteve-se em muitos aspectos, preso à ideologia que vinha do império e embora aceitasse em princípio o positivismo, procurava descompro-

<sup>4</sup> René Remond. *O século XIX. 1815-1914*, trad. de Frederico Pessoa de Barros, São Paulo, Ed. Cultrix, 1976.

<sup>5</sup> Cf. Zahidé Machado Neto. *Direito Penal e Estrutura Social*. São Paulo, Ed. Universidade de São Paulo e Saraiva S.A., 1977, p. 11. V. Emilia Viotti da Costa. *Da monarquia à República*, São Paulo, Ed. Grigalbo, 1977.

<sup>6</sup> Cf. Nelson Werneck Sodré. *Formação Histórica do Brasil*. Rio, Civilização Brasileira, 10ª ed., 1979, p. 293.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, p. 303. Cons., ainda, Emilia Viotti da Costa, *op. cit.*, ps. 293 e ss. e Edgard Carone. *A República Velha — Instituições e Classes Sociais*. Rio, Difel, 4ª ed., 1978 e *A República Velha — Evolução Política*, São Paulo, Difel, 1974.

com forte tendência para as novidades culturais as teorias da chamada escola positiva em vigorosa polémica com a escola clássica, e aberta para os problemas antropológicos, seduziram os espíritos mais combativos, tornando-se quase uma palavra de ordem para as novas gerações”. “A cultura jurídica italiana no Brasil”. In: *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, 1959, vol. IX, fasc. 1, p. 108. Cons., ainda, Renato T. de Dio. “A escola positiva de direito penal e sua influência no Brasil”. In: *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 1961, vol. LVI, fasc. II, ps. 182 e ss.

missar-se ou com as origens ou com os dogmas maiores da doutrina.”<sup>8</sup>

A Escola Positiva, naquilo que se refletiu no Brasil, impregnou um tempo, mas sem naturalidade ou espontaneidade, contraposta a uma ocasião em que o Código Penal de 1890 recebia interpretação fragmentária e sem sistema adequado.<sup>9</sup>

Observa Hungria, com acerto, que a nossa bibliografia na matéria era “escassa, enfezada e carrasqueira”. As novas idéias penais revolucionárias apenas condicionavam decisões emocionais do Tribunal do Júri sob a égide de uma psiquiatria ou de uma sociologia mal compreendidas.<sup>10</sup>

Como ele escreve, foi a “época dos anotadores do antigo Código”. Corresponde àquela que seria, no entender de Nilo Batista, a era dos grandes advogados que “trabalharam um direito penal da emergência, que guardava um compromisso fundamental e decisivo com as situações concretamente postas pelas contingências judiciárias. Desenvolveu-se nele, com ele, e para além dele, um trabalho de feição marcadamente criminológico, que procurava um trajeto nacional para o positivismo.”<sup>11</sup>

O positivismo penal brasileiro, nas palavras de Clóvis de Carvalho Júnior, era “inconsciente e heterodoxo, mais uma mentalidade generalizada que a adesão a um sistema penal proposto”. No ambiente histórico e cultural do fim do século XIX o positivismo penal era encarada como parte de um projeto revolucionário global. Sua divulgação deveu-se a juristas envolvidos no projeto de reestruturação da sociedade brasileira: Lessa, Motta e Vieira Araújo foram militantes abolicionistas e republicanos. Como tal assumiram papel de re-

levo na implantação da República Velha. Lessa foi mesmo cogitado para presidi-la.<sup>12</sup>

Registre-se ainda, na sequência política, e completando o quadro, durante a República Velha, a intervenção do militar, com o tenentismo, “que constituiu um movimento reivindicatório da classe média em oposição à oligarquia rural.”<sup>13</sup>

Instaura-se a valorização dos estudos estritamente jurídicos apenas em 1921, com a obra de Galdino Siqueira, “Direito Penal Brasileiro”, na qual ordena organicamente a compreensão dogmática do Código de 1890.

Em 1930, Costa e Silva publica “Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado” (São Paulo, Ed. Nacional), volume ao qual acrescentaria outro, em 1938, na mesma linha científica de Galdino Siqueira.

Era a recepção no Brasil, do movimento que se instaurara na Itália de depuração do Direito Penal, restaurando o método e o objeto jurídicos.

Mir Puig historia que se o positivismo filosófico ecoou como positivismo jurídico na Alemanha (Binding, Von Liszt, Beling), na Itália provocou um positivismo naturalista (Fer-

<sup>8</sup> “Escola Positiva Penal”. In: *Ciência Penal*, São Paulo, 1975, ano II, n. 4, p. 126.

<sup>9</sup> V., em sentido contrário, Roberto Lyra, *op. e vol. cit.*, ps. 60 e ss.

<sup>10</sup> Nelson Hungria. “A evolução do Direito Penal Brasileiro nos últimos 25 anos”. In: *Novas questões jurídico-penais*, Rio, Ed. Nac. Direito, 1945, p. 17.

<sup>11</sup> Nilo Batista. *Aníbal Bruno — Penalista*, Rio, Instituto de Ciências Penais, 1978, ps. 15-16.

<sup>12</sup> Clóvis de Carvalho Júnior, *op. cit.*, ps. 106, 126, 128.

<sup>13</sup> Miguel Reale Júnior. “O atual Direito Penal Brasileiro — Autoritarismo e Tecnocracia”. In: *Ciência Penal*, Rio, 1979, ano IV, n. I, p. 83.

ri, Garófalo), que distanciou o Direito Penal de si mesmo.<sup>14</sup>

Os excessos da Escola Positiva italiana, para raciocinar com Sainz Cantero, impulsionam o tecnicismo jurídico, inaugurado por Rocco, com a célebre lição de Sassari 1910.<sup>15</sup> É, como diz Mestieri, "uma reação ao pensamento" positivista e ao emprego do método experimental em Direito Criminal. Trata-se de movimento "purista", negando entradas às técnicas e métodos estranhos ao campo criminal, à metafísica e aos dados da criminologia e outras ciências. A investigação jurídica é o caminho por excelência para o aprimoramento do Direito Criminal e o estudo e crítica do direito positivo a maneira correta de realizá-la."<sup>16</sup>

Punha-se em andamento no pensamento brasileiro a Escola Técnico-Jurídica. Teria aumentado o número de seus seguidores com o transcorrer dos anos, permitindo a montagem de um verdadeiro corpo doutrinário sobre nossa legislação penal, num neutralismo político só comprometido por inteiro com o individualismo.

Veja-se, neste sentido, a assertiva de Pimentel: "a influência dos postulados técnico-jurídicos foi avassaladora, dada a sua grande aceitação, que fez calar até mesmo os mais ferrenhos positivistas. Seus reflexos se fizeram sentir em pouco tempo no Brasil, logrando imediatamente inúmeros prosélitos."<sup>17</sup>

Daí por que Fragoso afiança: "a Doutrina do direito penal alcançou na América Latina altos níveis de

perfeição técnica, inspirada na obra dos autores italianos e alemães de maior prestígio. A influência positivista, a que aludimos, praticamente desapareceu a partir da obra excepcional de Sebastián Soler (cuja primeira edição é de 1940), na Argentina e de Costa e Silva e Nelson Hungria no Brasil."<sup>18</sup>

## 2. VIDA E OBRAS

Justifica-se a pesquisa sobre Costa e Silva não só por sua importância histórica como também pelo relativo olvido em que caiu no âmbito do direito vivido e aplicado, onde foi sendo substituído como autor por outros mais atuais mas nem sempre capazes de igualá-lo.

Antônio José da Costa e Silva<sup>19</sup> nasceu em São Paulo, a 28 de Fevereiro de 1866, filho do português Clemente da Costa e Silva e de D. Carlota Campos da Costa e Silva.

Estudou no Colégio Mamede, no do norte-americano G. N. Norton, e no Colégio Moretz-Sohn. Coursou a Faculdade de Direito de São Paulo de 1884 a 1888, recebendo os influxos dos professores Justino de Andrade e João

<sup>14</sup> *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1976, p. 188.

<sup>15</sup> *La ciencia del Derecho Penal y su evolución*, Barcelona, Bosch, 1970, p. 91.

<sup>16</sup> *Teoria elemental do Direito Criminal*, S.c.p., 1971, p. 56.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p. 41.

<sup>18</sup> "O Direito Penal Comparado na América Latina". In: *Revista de Direito Penal*, Rio, 1977, n. 24, p. 21.

<sup>19</sup> Sobre Costa e Silva, Vida e Obra, existem os seguintes trabalhos: J. C. Ataliba Nogueira. "Ministro Costa e Silva". In: *Arcadia*, v/d. p. 11-14; Nelson Hungria. "Costa e Silva, penalista". In: *Novas questões jurídico-penais*, cit., ps. 299-315; Basileu Garcia. "Costa e Silva, um penalista de geração espontânea". In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1967, v. 62, T. 2, ps. 287-294; Magalhães Noronha. "Antonio José da Costa e Silva". In: *Revista dos Tribunais*, 1967, 386-343-345.

Monteiro, de direito civil e processo civil respectivamente.

Versado o primeiro deles no trato com os autores alemães, o aluno procurou familiarizar-se com aquela língua, recebendo aulas de um professor da "Deutsche Schuele", o que muito lhe valeu em seus estudos posteriores.

Quando ainda acadêmico de direito, no 3.º ano do curso de bacharelado, foi jornalista da "Gazeta do Povo" e, já advogado, sediou-se na Comarca de Amparo, onde, por um tempo exerceu a profissão.

Por intermédio do presidente João Pinheiro foi para o então termo e depois Comarca mineira de Caeté como Juiz Municipal, onde aprofundou suas leituras. Voltou à São Paulo, tornan-

do-se juiz de direito da Comarca de Caconde, de onde, dois anos e meio após, em 1869, seguiu, nas mesmas funções para São Simão, onde ficou dezesseis anos. De lá para Santos e, em 1921, Ministro do Tribunal de Justiça, aposentando-se em 1930.

Até o seu falecimento em 1942, cuidou ininterruptamente do Direito Penal, com suas publicações e com as múltiplas e úteis sugestões para o projeto de Código Penal que se converteu em Lei em 1940.<sup>20</sup>

Em matéria penal, incluindo trabalhos póstumos, esta foi a sua principal produção:

<sup>20</sup> Os dados bibliográficos aqui expostos são os constantes, principalmente, do artigo "Ministro Costa e Silva", de autoria de Ataliba Nogueira, já citado.

## LIVROS:

— *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. São Paulo, Editora Nacional, 1930/1938.

— *Código Penal*. São Paulo, Editora Nacional, 1940, 2.º vol. Reeditado com o nome *Comentário ao Código Penal Brasileiro* — Parte Geral. São Paulo, S.c.p., 1967.

## ARTIGOS:

— "Momento determinante da distinção entre crimes e contravenções". In: *Gazeta Jurídica*, São Paulo, 1893, vol. 2, p. 403.

— "O Código Penal em vigor". In: *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, 1906, vol. 2, p. 481.

— "A tentativa nas lesões pessoais". *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, 1907, vol. 4, p. 329.

— "As duas formas de culpabilidade". In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1920, vol. 35, p. 3.

— "Legítima defesa dos bens". In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1921, vol. 37.

- “Circunstâncias agravantes: noite e lugar ermo”. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1921, vol. 38, p. 8.
- “O Homicídio no Código Penal Pátrio”. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1921, vol. 39, p. 177.
- “O novo projeto de Código Criminal Brasileiro do Prof. Alcântara Machado”. In: *Arquivo Judiciário*, Rio de Janeiro, 1938, vol. 47, p. 21 e 79 do suplemento e In: *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1938, vol. 22, p. 79 e In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1939, vol. 80, p. 243.
- “A prescrição da ação penal nos crimes de ação privada, não se confunde com a decadência do direito de queixa (parecer)”. In: *Revista de Jurisprudência Brasileira*, Rio de Janeiro, 1939, vol. 43, p. 44.

— “O crime de receptação do Código Penal Brasileiro”. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1960, ano 57, vol. 190, p. 44.

— “Infanticídio”. In: *Justitia*, São Paulo, 1964, vol. 44, p. 7.

— “Da rixa”. In: *Justitia*, São Paulo, 1965, vol. 50, p. 47.

— “Lesões corporais”. In: *Justitia*, São Paulo, 1966, vol. 52, p. 73.

— “Delitos de contágio”. In: *Justitia*, São Paulo, 1966, vol. 54, p. 5.

Não se alheiou, entretanto, dos outros ramos do Direito, a eles sempre conduzido por seu espírito científico fecundo:

— “Os corretores oficiais estão sujeitos aos impostos de licença e de indústria e profissões”. In: *Revista do Comércio e Indústria*, São Paulo, 1915, vol. 2, p. 72.

— “Juízo arbitral obrigatório — Sua inconstitucionalidade”. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1920, vol. 36, p. 185.

— “Limitação ao direito de construir”. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1920, vol. 36, p. 8.

— “Da preferência entre testamentários para o cargo de inventariante (parecer)”. In: *Revista de Jurisprudência Brasileira*, Rio de Janeiro, 1936, vol. 33, p. 3, 7 e 8.

— “A constitucionalidade do imposto paulista sobre vendas e consignações”. In: *Exposição, consultas e pareceres*. Publicação da Procuradoria Fiscal do Estado, Imprensa Oficial de São Paulo, 1936.

— “Do filho — Prole de casal desquitado”. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1939, vol. 117, p. 55.

— “Desquite — Direito do cônjuge inocente de fixar domicílio para si e para o filho confiado à sua guarda. Direito de empreender viagens em companhia do filho comum. Consentimento do marido e se é necessário (parecer)”. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1939, vol. 117, p. 55.

— “Sentença — Decisão implícita — Divisória acumulada com reivindicatória (parecer)”. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1940, vol. 126, p. 461.

— “Hipoteca e pagamento antecipado de aluguéis”. In: *Revista de Jurisprudência Brasileira*, Rio de Janeiro, 1941, vol. 50, p. 122.

### 3. O CÓDIGO DE 1890

Não cabe aqui o elogio indiscutível ao magistrado Costa e Silva, já que se analisa o penalista e este sempre foi decantado pelos maiores nesta ciência, entre eles Jimenez de Asúa que o considerava o melhor intérprete do Código de 1890.<sup>21</sup>

Tal opinião à que expressam Magalhães Noronha,<sup>22</sup> Basileu Garcia,<sup>23</sup> Nelson Hungria<sup>24</sup> e Roque de Brito Alves<sup>25</sup> e na verdade, seus estudos sobre aquele estatuto representam a sedimentação do tecnicismo jurídico no Brasil.

Com critério científico seguro, comenta o Código de 1890 que, segundo Ary Franco, nascera velho e anacrônico<sup>26</sup> e consegue renová-lo, descobrindo virtudes até então insuspeitadas, remoçando-o, para usar expressão de Basileu Garcia.<sup>27</sup>

Liberta-o, expungindo os defeitos que a interpretação romântica acrescenta aos que certamente apresentavam e, como diz Hungria: “alheando-se radicalmente à estéril e anacrônica polêmica das escolas, cujo borralho fora revolido entre nós, por efeito reflexo da celeuma provocada

pelo malogrado projeto Ferri, apresentado ao governo italiano em 1921, Costa e Silva afirmava-se mestre insuspeitável na exposição técnico-jurídica que através de uma crítica superiormente esclarecida, arroteava as trilhas para um mais seguro e confiante empreendimento de nossa reforma penal.<sup>28</sup>

Daí asseverar Anibal Bruno que suas obras eram de perfeita técnica-jurídica e que seu rigor científico provinha dos autores alemães.<sup>29</sup> Noronha registra que “em seus ensinamentos, ostentava-se o Direito Penal como ciência normativa afastadas considerações biológicas e sociológicas, tão do agrado dos positivistas-naturalistas cujo objeto é o dever-ser e o não-ser, isto é, as ordenações e

<sup>21</sup> *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1964, 3ª ed., Tomo I, p. 1.357.

<sup>22</sup> *Op. cit.*, p. 343.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, p. 289.

<sup>24</sup> *Op. cit.*, p. 300.

<sup>25</sup> *Direito Penal*, Recife, Labograf, 1976, p. 99.

<sup>26</sup> *Direito Penal*, Rio de Janeiro, Tip. Almeida Marques, 1934, p. 79.

<sup>27</sup> *Op. cit.*, p. 289.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, ps. 300-301.

<sup>29</sup> *Direito Penal*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1967, Tomo I, p. 176.

preceitos, ou antes, a norma legal, desprezadas preocupações experimentais em torno do fenômeno do crime. Sua preocupação é o conhecimento exato da norma, pelo emprego do método técnico-jurídico, sem, porém, aceitar excessos de dogmatismos..."<sup>30</sup>

Com ele a história retoma o seu curso no Direito Penal brasileiro, ajustando-o às nossas premissas culturais, eliminando-se o divórcio pré-existente entre direito e possibilidade. "Sua contribuição foi, por isso, sem par na literatura juridico-penal."<sup>31</sup>

Quanto a seu "Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado", basta copiar Hungria: "os temas eram versados sob aspectos até então desconhecidos em nossa literatura penal ou assumiam relevo que ainda não havíamos sequer suspeitado. Todo o livro era uma sucessão de límpidas e incisivas lições, destacando-se as páginas sobre o "princípio da legalidade", a "teoria da causalidade", os "crimes à distância", a "capacidade de direito penal", a "culpabilidade", o "dolo indireto", a "responsabilidade objetiva", o "erro de direito", e o "erro de fato", a "actio libera in causa", o "concurso de agentes", as "justificativas" e os "accidentalia delicti". Oito anos depois da publicação do primeiro volume, foi dado remate à obra, com o aparecimento do segundo tomo. Manteve-se este na mesma altitude daquele. Versando com inexcusável maestria o tema da pena em geral e das penas em espécie, os regimes penitenciários, os institutos da suspensão da pena e livramentos condicionais, o concurso de crimes, as causas extintivas da punibilidade e ainda contendo uma série de outros "aditamentos" sobre o

"princípio da legalidade e analogia em matéria penal", a "extradição dos nacionais", o "problema da causalidade", o "dolo criminal" e a "liberdade de imprensa".<sup>32</sup>

#### 4. A REFORMA DO CÓDIGO DE 1890

Costa e Silva sempre revelou a sua constante preocupação com o direito legislado, procurando, constantemente, oferecer a sua contribuição pessoal para melhorá-lo e aperfeiçoá-lo.

Assim é que, já em 1906, publica o seu estudo: "O Código Penal em Vigor", censurando o Código de 1890 e onde começa "a traçar as primeiras linhas destes modestíssimos subsídios ao estudo de nossa lei penal e de sua futura reforma, o submeter a uma análise rápida alguns institutos mais."<sup>33</sup>

Enfoca questões que o preocupavam. Assim a distinção entre crime e contravenção, quanto a qual "só o critério quantitativo — da gravidade objetiva do fato — poderá servir", pois "permitirá organizar o sistema das contravenções com bastante perfeição, mas afastará também embaraçosas questões, como sejam as relativas ao elemento subjetivo desta classe de delito (em sentido amplo), à tentativa e cumplicidade deles, e muitas outras."<sup>34</sup>

Analisa, a seguir, a tentativa que considera o setor mais erigido de controvérsias. Diz ser "escabrosa matéria" e conclui, quanto ao Código de

1890: "Reconhecida como entendemos que se acha, a predominância dos fatores psíquicos dos delitos sobre os fatores objetivos, forçoso será, quando se houver de refundir em outros moldes as disposições dos arts. 13 e 14, dar-lhes uma feição acentuadamente subjetivista". Preferia, como fundamento jurídico-político da tentativa, a orientação que "vê na vontade do delinquente, quando objetivada, a razão do castigo imposto."<sup>35</sup>

Estuda, ao depois, a "concorrência de várias pessoas em um mesmo crime", e como fez em relação à tentativa, considera-a em função do Código de 1890 e do projeto Vieira de Araújo de 1893. Objeta à regulação prolixa da matéria da instigação, à indeterminação do conceito de auxílio sem o qual o crime não poderia ter sido cometido, à idéia anacrônica da cumplicidade necessária, dos preceitos concernentes ao que o uso inveterado chama de impropriamente "excessus mandati". Finalmente aborda o açoitamento de assassinos ou roubadores e a receptação que era considerada como cumplicidade em sentido estrito: "idéia de uma cumplicidade posterior, de um "auxilium post delictum perfectum" é um contra-senso. Aplicado o princípio da causalidade à teoria da concorrência criminal, a verdade é a que já Boehmer, comentando a C.C.C., enunciava: "quoties de concursu quaeritur, non sunt immiscendi qui ex-post facto vitiosi quid agunt."<sup>36</sup>

Preciosa é a sua meditação sobre a possibilidade de tentativa de lesões corporais, em função do constante dos arts. 303 e ss. do Código de 1890. Para ele, no aspecto objetivo a matéria não apresentava dificuldades. Passa

então a indagar se as consequências mais graves (art. 304 e §), para que possam ser atribuídas ao agente, devem ser queridas. Escreve ponderações atualíssimas, pugnando sempre contra a responsabilidade objetiva, que nunca admitiu. "A ciência repugna acoitar uma responsabilidade que promane da vontade do delinquente, mas o direito positivo dos povos, ainda dos que ocupam a dianteira da cultura jurídica, tem por vezes derogado em seus preceitos os verdadeiros e mais inconcussos princípios. Foi o que no caso aconteceu. As legislações, em geral, tornam o agente responsável pelo resultado, embora não querido ou previsto. É um erro comum, mas imperdoável, que vai de encontro à verdade fundamental do direito punitivo de que não pode haver pena de culpa. Neste erro incidiu o legislador brasileiro"<sup>37</sup> Daí por que a tentativa só será, neste caso, admitida em caráter de exceção, quando as consequências indicadas no art. 304 estejam na intenção do agente.

Nesta linha de pensamento — nenhuma pena sem culpa — é que confecciona o trabalho "As duas formas de culpabilidade", no qual escreveu páginas magníficas sobre o dolo e a culpa.

A premissa é: o dolo como vontade consciente é único, não permitindo divisões. Elas surgem "atendendo aos diversos processos que acompanham a gênese da vontade delitosa, à maior ou menor clareza e nitidez com que, no momento da resolução, o evento se apresenta no espírito do

<sup>30</sup> Op. cit., p. 343.  
<sup>31</sup> Frederico Marques. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1964, vol. I, p. 106.

<sup>32</sup> Op. cit., p. 302.

<sup>33</sup> O Código Penal em Vigor, cit., p. 498.

<sup>34</sup> O Código Penal em Vigor, cit., p. 487.

<sup>35</sup> O Código Penal em Vigor, cit., ps. 488-490.

<sup>36</sup> O Código Penal em Vigor, cit., ps. 491-498.

<sup>37</sup> A tentativa nas lesões pessoais, cit., p. 343.

agente, à maior ou menor probabilidade de superveniência de resultado.”<sup>38</sup>

Costa e Silva reage vigorosamente contra o “*dolus indeterminatus* (generalis)” e o “*indirectus*”, é isso por uma dúlice razão: porque o primeiro ainda é recebido em nossa jurisprudência como moeda de bom cunho e porque o segundo continua a imperar, com toda a sua revoltante iniquidade, em nossa atrasada lei penal”. Proclama que o dolo indeterminado é um mito lógico e psicológico porquanto é impossível agir “*in genere*”, sem alguma especialização e se se refere ao alternativo e eventual, o correto será falar de dolo relativamente indeterminado.<sup>39</sup>

No que tange ao dolo indireto, que chama de “vergonhosa crueldade”, não se pode deixar de transcrever na íntegra um trecho: “nasceu esta espécie de dolo ligada à idéia de irregularidade. Consistia esta na exclusão, de pessoas achadas em culpa, do exercício das funções eclesásticas: “*infamibus, portae non pateant dignitatum*”. Como culpa se entendiam, não só o dolo e a culpa (s. estrito) do direito romano, mas também tudo quanto provinha, ainda que por acaso, de um ato ilícito: “*versanti in re illicita operam danti rei illicitae imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*”. Esta teoria que, como várias outras, apareceu e se dissolveu em estrita conexão com o crime de homicídio, não alcançou, no direito canônico, o valor de uma regra geral de imputação. Foram os práticos italianos que lhe deram esse caráter.

A história do dolo indireto nos mostra que ele atravessou duas fases

distintas: em começo compreendia todas as consequências do “*exercitum rei illicitae*”; mas depois, sob a influência de Leyser, Boehmer e Nittelbladt — Glaentzer, se restringiu, para abranger apenas as que podiam ser previstas. Era esta, ao terminar o século XVIII, a situação da doutrina.

As legislações do século seguinte retrocederam ao primitivo ponto de partida. Todo progresso até então conquistado foi esquecido.

Percorrendo as numerosas codificações penais do derradeiro século, em todas elas se nos depara, mais ou menos profusamente, a aplicação do princípio da responsabilidade pelo resultado, sem dependência de culpa — o dolo indireto, em sua acepção mais antiga e draconiana.

“O Código Brasileiro de 1890, obra que, em tão diversos assuntos, se adiantou ao próprio tempo, não logrou furtar-se à influência do dolo indireto.” “O Código de 1890 fruto de precipitada elaboração, em vez de corrigir o erro em que incidira o legislador da infância da monarquia, nele persistiu, agravando-o até. São aí numerosos os casos de responsabilidade pelo resultado, sem culpa (em sentido amplo).” “Os projetos de reforma organizados pelo Dr. João Vieira e pela Comissão da Câmara dos Deputados escogitaram um sistema que tem tanto de original quanto de absurdo.” “O projeto do Dr. Galdino Siqueira, não querendo romper com as tradições do direito vigente, foi tão infeliz como seus antecessores. Os votos insistentes da ciência, no sentido de eliminação da aludida respon-

<sup>38</sup> As duas formas de culpabilidade, cit., ps. 6-7.

<sup>39</sup> As duas formas de culpabilidade, cit., p. 7.

sabilidade, ficaram inexplicavelmente desatendidos.”<sup>40</sup>

E assim até hoje, na vigência do Código de 1940.

Quanto à culpa em sentido estrito, diz ser vizinha do dolo eventual: “nenhum espaço vazio os separa. Também aqui é verdadeira a sentença — “*natura horret saltus*”. Por não haver prestado atenção a este fato, incorreu o legislador brasileiro (aliás em boa companhia) no defeito de deixar entre a pena do crime doloso e do praticado culposamente um largo terreno baldio.”<sup>41</sup>

No esforço para criar uma consciência jurídica capaz de eliminar a responsabilidade pelo resultado, Costa e Silva produziu o artigo: “O homicídio no Código Penal Pátrio”, no qual responsabiliza a Escola Clássica pelo erro. “Quando as duas faces do crime a externa ou física e a interna ou psíquica, não correspondem exatamente, a qual delas deve ser atribuído maior valia? Qual delas, — o resultado ou a vontade, deve servir de medida do legislador na determinação da responsabilidade criminal? A Escola Clássica de direito criminal deu sempre predominância à parte objetiva do delito. E por isso esbarramos a cada passo na maioria dos Códigos Penais, com casos em que a responsabilidade do delinquente vai além da sua respectiva culpa (em sentido lato).”<sup>42</sup>

O “Código Penal pátrio, tão atrasado, em relação à face subjetiva do homicídio, como o de 1830, pune a morte resultante de uma lesão corporal voluntária com as penas do homicídio, simples ou agravado, conforme as circunstâncias. Nada monta que o delinquente tenha querido fa-

zer consistir a sua ação em simples ataque à integridade da vítima: que não tenha sido possível prever a superveniência de um resultado mais grave: responde o autor “*de occiso*” e não de “*vulnerato*”. É a teoria do dolo indireto em sua feição mais antipática e orgulhosa. Não admira após isto que as lesões corporais se nos apresentem no art. 304, qualificadas pelas consequências, sem que se cogite de exigir, relativamente a estas, qualquer grau de culpa. Os projetos de reforma (1893 e 1899) mostraram-se cegamente alheios à poderosa e avassaladora corrente destinada a banir do direito criminal os derradeiros vestígios da responsabilidade sem culpa. Esposaram o conceito italiano do homicídio preterintencional.”<sup>43</sup>

Estas, rapidamente, algumas das observações de Costa e Silva quanto ao Código de 1890 e projetos de reforma, revelando que a sua preocupação com o nosso sistema legal remonta a 1906.

## 5. O PROJETO ALCÂNTARA MACHADO

Se naquele período as sugestões de Costa e Silva não puderam ser acolhidas, mesmo porque nada se fez então de efetivo no âmbito de alteração de nosso Código, elas se tornaram enormemente úteis quando da elaboração do Código de 1940.

Basileu Garcia registra: “quando, pouco depois, se tratou a sério da organização de um novo Código Penal, o nome de Costa e Silva apareceu,

<sup>40</sup> As duas formas de culpabilidade, cit., ps. 8-9.

<sup>41</sup> As duas formas de culpabilidade, cit., p. 9.

<sup>42</sup> O homicídio..., cit., p. 177.

<sup>43</sup> O homicídio..., cit., p. 180.



obrigatoriamente, entre os dos que deveriam compor a Comissão Revisora do Projeto Alcântara Machado, cujas deficiências — que as tinha, sem dúvida, apesar de suas muitas qualidades — ele começara a debulhar numa série de artigos, logo interrompida por motivo que elegantemente escondeu, sendo de crer que não desejou magoar a sensibilidade à flor da pele do eminente professor da Faculdade de Direito, cuja atividade sobre-humana na preparação do novo estatuto e cuja revolta ante as críticas que lhe foram dirigidas abreviaram os dias de sua existência.”<sup>44</sup>

Quem melhor pode falar do seu artigo: “O novo Código Criminal”, largamente difundido na época entre nós, em nada menos do que três revistas jurídicas — Arquivo Judiciário, Revista de Direito Penal e Revista Forense — e de sua atividade posterior junto à Comissão Revisora, é Nelson Hungria. Em 1945, registrando para a história, realizou a conferência “Costa e Silva, penalista”, na Ordem dos Advogados, secção do Distrito Federal: “Extenso e profundo foi o influxo de Costa e Silva na elaboração do projeto do atual Código Penal Brasileiro, resultante da revisão do projeto Alcântara Machado. Em eruditos e percucientes artigos publicados no “Jornal do Commercio”, desta Capital coubera-lhe a primazia de séria crítica ao trabalho do professor e político paulista.”<sup>45</sup>

Hungria sugeriu ao Ministro Francisco Campos o nome de Costa e Silva para compor a Comissão Revisora e levou-lhe pessoalmente o convite. Não só pelo caráter pessoal de que se revestia a discussão do projeto como por motivos de saúde, não pôde ele aceitar o convite. Mesmo assim,

a Comissão não o desobrigou de colaborar. Consigna Hungria que “pude, entretanto, com a minha instância, convencê-lo de aceitar a incumbência de uma supervisão da atividade da Comissão Revisora, sem afastar-se de São Paulo. De como se desempenhou da missão, di-lo a magnífica dissertação crítica que, sob o título “Ligeiras Observações” enviou à Comissão, bem como a correspondência que comigo manteve assiduamente.”<sup>46</sup>

A conferência de Hungria desvendada, realmente, o quanto sua colaboração foi fecunda.

Contribuiu para a melhor precisão da aplicação da teoria da ubiquidade nos crimes a distância, para a punibilidade da tentativa de crime culposos, para separar o dolo eventual da culpa consciente e lutou arduamente contra a adoção da preterintencionalidade, sugerindo para eliminá-la a seguinte fórmula: “Pelos resultados que agravam especialmente as penas só responderá o agente que os houver causado pelo menos culposamente”,<sup>47</sup> no que, apesar da rejeição recebida da Comissão, estava na companhia da melhor doutrina.

Impugnou, sem sucesso, a tricotomia usada para conceituar a culpa — imprudência, negligência, imperícia — por desejar um conceito unitário, no qual surgisse a separação entre a culpa consciente e inconsciente. Sustentava, ser uma “veglia cheria intellettuale” deixar à critério da jurisprudência e da doutrina a distinção. Para ele assim deveria ser re-

<sup>44</sup> *Op. cit.*, p. 291.

<sup>45</sup> *Op. cit.*, p. 305.

<sup>46</sup> *Op. cit.*, p. 306.

<sup>47</sup> *Op. cit.*, p. 309.

digido o artigo: “Diz-se o crime culposos quando o agente, deixando de observar a diligência a que era obrigado, não prevê o resultado, que poderia prever; ou prevendo-o, confia em que ele não se verifique.”<sup>48</sup>

Inovadoramente lutou pela relativa relevância do erro de direito, contribuiu para a melhor definição da legítima defesa, e para um conceito sintético da co-autoria, alterou a matéria da responsabilidade por considerar que a semi-imputabilidade não poderia ser tratada apenas como circunstância atenuante,<sup>49</sup> foi favorável ao período inicial de isolamento celular do sistema progressivo, criticou a teoria objetiva-subjetiva do crime continuado fazendo com que a Comissão aderisse à teoria objetiva.<sup>50</sup>

A razão estava com Hungria, ao encerrar sua palestra: “seria prolongar indefinidamente esta conferência se me empenhasse na tarefa de esmiuçar todo “apport” com que Costa e Silva contribuiu para o projeto que se transformou no atual Código Penal. Não há talvez um só dos seus dispositivos que se não ressinta, quer na essência, quer na forma pelo menos de um retoque seu”<sup>51</sup>, daí por que “sem desmerecer o contingente de erudição e experiência de Roberto Lyra e Narcélio de Queiroz, não tenho dúvida em afirmar que o êxito da tarefa revisionista foi devido a três fatores decisivos: a devotada colaboração de Costa e Silva, a firmeza de propósito do Ministro Campos e o sereño equilíbrio intelectual, o raro espírito de proporção de Vieira Braga.”<sup>52</sup>

## 6. O CÓDIGO PENAL DE 1940

Em vigor o novo Código Penal, Costa e Silva redigiu seus comentá-

rios da Parte Geral (até o artigo 107), “Código Penal Anotado” que não chegou a ver publicado e nem mesmo a examinar as provas tipográficas.

Desse seu livro, com 2.<sup>a</sup> edição em 1967, asseverou Basileu Garcia: “afigura-se em algumas passagens, que a sua penetração no âmago das normas, talvez por antever a morte que se aproximava, é menos completa do que nos dois tomos sobre o Código precedente. Urgia terminar antes que a Parca chegasse... Não se depara, no entanto, um erro, não se lobriga uma falha na exteriorização, sempre lapidar do seu pensamento. As linhas que nos oferece continuam a dar aquela ilusória impressão de que nasciam ao correr da pena (de outros hoje, se diria ao correr da máquina). Engano ledor e cego. Costa e Silva não era homem para improvisação, nem mesmo para demasiada pressa. A sua expressão é o resultado de frases em que o raciocínio se tortura, se esmaga até condensar-se numa fórmula cristalina, lúcida como um diamante.”<sup>53</sup>

Obra sintética, de absoluta técnica jurídica, nada fica a dever aos seus comentários ao Código de 1890, apesar de nem sempre ter sido entendido assim. Destaca-se, desde logo e até hoje, como uma das análises mais rigorosamente científicas do atual estatuto penal, sendo por isso mesmo, de consulta obrigatória.

6.1. Inicia-a Costa e Silva afirmando a validade da denominação Có-

<sup>48</sup> *Op. cit.*, p. 309.

<sup>49</sup> Nelson Hungria. *A responsabilidade em face do Código. In: Novas questões jurídico-penais, cit.*, ps. 35-76.

<sup>50</sup> Nelson Hungria. *Crime continuado. In: Novas questões jurídico-penais, cit.*, ps. 87-89.

<sup>51</sup> Costa e Silva, *Penalista, cit.*, p. 314.

<sup>52</sup> *A evolução do direito penal...*, *cit.*, p. 30.

<sup>53</sup> *Op. cit.*, p. 293.

digo Penal, opinando que “não se adapta com exatidão à matéria contida neste diploma. Houve quem preferisse Código Criminal, de conformidade com a tradição legislativa de 1930. A verdade, porém, é que qualquer dessas expressões diz menos do que devia, precisa ser entendida amplamente. A maioria das legislações do mundo culto emprega a frase — “Código Penal.”<sup>54</sup>

A teoria das normas de Binding, é adotada por ele, ensinando que estas nem sempre pertencem ao domínio do direito penal. “Na maior parte das vezes, elas são oriundas de outros ramos do direito público. As normas são autônomas. Daí promanam múltiplas e importantes conseqüências. Os escritores que sustentam o caráter meramente sancionador de direito penal não podem deixar de reconhecer semelhante autonomia.”<sup>55</sup>

Conceitua o crime como “a ação culposa que a lei ameaça de pena”, excluída da sua escansão analítica a tipicidade, por entender, com Von Hippel, que ela não é desacertada mas supérflua,<sup>56</sup> ficando a estrutura montada com a ação, a antijuridicidade e a culpabilidade.

A “ação positiva ou negativa, implica uma modificação no mundo externo. É o evento, conceito que nosso Código prefere traduzir pela palavra resultado. Este, em sentido restrito, pode ser definido como — a parte das modificações do mundo externo a que o direito objetivo liga conseqüências jurídico-penais.”

Quanto à questão de todo crime ter ou não resultado, conclui que as opiniões são discordantes. “Quem as examina com alguma atenção, vê logo que a divergência é de simples ter-

minologia. Os escritores que dão à palavra “resultado” (evento) significado amplo afirmam — não há crime sem resultado (evento). Os que tomam esta palavra em acepção restrita, negam-no, de modo mais ou menos positivo. Os primeiros contestam todo valor à distinção tradicional entre crimes de mera atividade ou formais e crimes materiais. Os segundos, a mantêm e sustentam. Uns e outros têm razão, no ponto de vista em que se colocam. Na doutrina, continua predominante a opinião que aceita a divisão dos crimes em de pura atividade (formais) e materiais. Acha Mezger que a esta tem sido emprestada excessiva importância.”<sup>57</sup>

Considera a questão da causalidade “problema de inexcedível importância”. Fixa-se na teoria da equivalência dos antecedentes e, com Belling, entende que as demais concepções, que visam evitar um “regressus ad infinitum” e, portanto, o rigor daí decorrente, tentam levar a questão para o setor da responsabilidade, para além do mero âmbito causal, trabalhando equivocadamente com os elementos de valor.<sup>58</sup>

No que se refere às concausas (art. 11, parág. único), Costa e Silva fala da exclusão do nexu etiológico quando elas são antecedentes ou concomitantes “a letra do dispositivo não autoriza resposta afirmativa. A doutrina italiana, porém, entende, com sólido fundamento, que “anche le cause pressistenti o concomitanti abbiano ad escludere il rapporto di causalità, quando ben — intenso — da

<sup>54</sup> *Comentários ao Código Penal Brasileiro*, São Paulo, 1967, 2ª ed., p. 18.  
<sup>55</sup> *Comentários*, cit., p. 17.  
<sup>56</sup> *Comentários*, cit., p. 48 e p. 49, nota 4.  
<sup>57</sup> *Comentários*, cit., p. 51.  
<sup>58</sup> *Comentários*, cit., p. 52 e 53 e ss.

solesianostate sufficienti a produrre l'evento”. No mesmo sentido deve ser interpretado o nosso Código.”<sup>59</sup>

A concausa superveniente, para excluir a relação causal necessita ser absolutamente independente, assim compreendida “a que nenhuma ligação tem com o procedimento inicial do agente a que — como se exprime Florian, abre uma cadeia causal por conta própria.”<sup>60</sup>

Pondera, acompanhando Von Liszt, que a causalidade da omissão é “uma das mais infrutíferas que tem sido aventadas ao domínio do direito penal” e que “a omissão é tão causal como qualquer outro antecedente do resultado (evento). Uma doutrina especial acerca da causalidade da omissão é coisa supérflua, razão pela qual andou bem o legislador brasileiro deixando de discipliná-la expressamente.”<sup>61</sup>

Costa e Silva discorre cuidadosamente sobre a tentativa, embora conclua pela ausência de soluções adequadas para extremar a fase de preparação do início de execução: “de todos os critérios sugeridos para a delimitação das duas fases da tentativa, nenhum é plenamente satisfatório. Mas as dificuldades práticas não são tantas nem tamanhas que justifiquem o repúdio da distinção tradicional.”<sup>62</sup>

Corretamente observa que “tem aparecido dúvidas a propósito dos crimes que se compõem de uma pluralidade de ações (crimes complexos). Indaga-se se a primeira ação, praticada como meio para levar a cabo a consumação do crime, é ato preparatório ou início de execução. A questão, debatida em diversos países, vai

sendo solucionada mas sem unanimidade, no sentido de constituir a aludida ação um começo de execução. A escalada com intuito de roubo é um início de execução desse crime.”<sup>63</sup>

A tentativa nos crimes agravados ou qualificados pelo resultado, é debatida por ele, sempre fiel ao seu princípio da eliminação das presunções em matéria de culpa: “Se o resultado que constitui a circunstância agravante especial ou qualificativa, não é querido mas somente culposamente ou acidental, não poderá haver tentativa de crime agravado ou qualificado.”<sup>64</sup> A pergunta sobre se o delito-base foi apenas tentado, mas apesar disso ocorreu o resultado mais grave, preleciona que “a resposta a esta interrogação variará conforme o caráter atribuído pela lei à circunstância agravante ou qualificativa. Onde ela for de natureza meramente objetiva, deverá ser reconhecida a responsabilidade do agente pelo crime, agravado ou qualificado. Onde para ela se exigir o elemento subjetivo da culpa (“sensu lato”), não poderá o mesmo agente responder por esse crime, consumado ou tentado. Só por tentativa do delito-base”.<sup>65</sup>

“De lege ferenda” sugere que a tentativa deve ser punida mais levemente que o crime consumado, deixando-se ao juiz a faculdade de, em casos excepcionais, de suma gravidade — como os há — impor a mesma pena do crime consumado.<sup>66</sup>

<sup>59</sup> *Comentários*, cit., p. 59.  
<sup>60</sup> *Comentários*, cit., p. 59.  
<sup>61</sup> *Comentários*, cit., p. 60.  
<sup>62</sup> *Comentários*, cit., p. 62.  
<sup>63</sup> *Comentários*, cit., p. 67.  
<sup>64</sup> *Comentários*, cit., p. 69.  
<sup>65</sup> *Comentários*, cit., p. 70.  
<sup>66</sup> *Comentários*, cit., p. 72.

6.2. A antijuridicidade, desde que coincidente o comportamento com o modelo legal, não demanda qualquer averiguação especial. Há casos em que ela não está apenas implícita e aí o legislador "lhe dá especial relevo, formulando-a "expressis verbis" (indebitadamente, ilegítimamente, arbitrariamente, sem justo motivo, etc.)"<sup>67</sup>

Costa e Silva situava o estado de necessidade em primeiro lugar no conjunto das causas de exclusão, pon-do a legítima defesa como seu caso especial. Define aquela como: "a situação em que se acha o indivíduo que, na colisão de interesses juridicamente protegidos, próprios ou de terceiros (colisão que não tenha sido voluntariamente nem culposamente provocada), se vê na contingência de lesar interesses também juridicamente protegidos de outrem. Há no estado de necessidade um conflito de interesses jurídicos."<sup>68</sup> Contesta a teoria diferenciadora porque "somen-te a teoria unitária, que vê no estado de necessidade uma circunstância que tira o caráter criminoso, reputando-o conforme o direito, leva a resultados satisfatórios".<sup>69</sup>

"Caso especial, que as leis não regulam, é o de colisão de deveres. O autor, que tem dois deveres para cum-prir, deveres em conflito, viola um deles, infringindo a lei penal. O con-flito pode também verificar-se entre um dever e um interesse. Em tais ca-sos a defesa (*Wahrnehmung*) do de-ver (respectivamente do interesse) mais importante (elevado) é objeti-vamente jurídico — (*rechtmässig*). O cumprimento dos deveres deve ser si-multâneo."<sup>70</sup>

Na legítima defesa, apesar do aperfeiçoamento técnico que muitos

nele vislumbram, localiza problemas como o decorrente da agressão que a própria vítima provocou. Conclui ob-jetivamente que "quando a provoca-ção constituir realmente uma agres-são, não poderá o provocador invo-car a justificativa. E esta não é pos-sível, quando a agressão é ilegal."<sup>71</sup>

Aborda um tema ainda não cla-ramente elucidado entre nós, qual seja o do elemento subjetivo da legítima defesa, com a finura jurídica que caracteriza o seu pensamento: "Dis-cutem os autores alemães se a repul-sa (defesa) depende de elementos subjetivos. Von Hippel, Mezger e ou-tros adotam um ponto de vista obje-tivo. O segundo assim se exprime: "a existência de uma defesa se ajuí-za pela situação externa (*ansserem Lage*), não pela inteira posição do agente (*nach der inneren Stellung des Handelnden*)", Frank, ao invés, entendem que não pratica uma re-pulsa (defesa) quem não tem o fim de defender-se. É sem importância que com esse fim concorram outros. Em sentido idêntico Von Liszt — Schmidt, "Lehrbuck", § 33, 2. A ques-tão, que é uma das mais ventiladas no domínio de legítima defesa, pare-ce ser principalmente de interpreta-ção. Assim pensa Mezger. Parece-nos, porém, que se lhe deve atribuir tam-bém importância (embora não exces-siva) científica."<sup>72</sup>

6.3. Em tema de imputabilida-de, considera-a, com Rodrigues Dó-ria, sinônima de responsabilidade tal como consagrado na linguagem co-mum forense. Repeliu, assim, uma su-

tileza que, segundo ele, seria cabível eventualmente num curso de Crimi-nologia ou de Direito Penal, mas não em uma Codificação legal.<sup>73</sup>

Coerentemente com a sólida es-quematização do crime que aceitava, tratava a imputabilidade como pres-suposto necessário da culpabilidade. Magistralmente ensinava: "sem esta, não pode o agente ser criminalmen-te responsabilizado pelo ato que pra-tica. A íntima ligação que prende en-tre si os três conceitos explica a si-nonímia que se estabeleceu no uso quotidiano da língua. Quem fala em "responsabilidade" implicitamente re-nhece a concorrência da culpabilida-de que, por sua vez, tem como condi-ção "sine qua" a capacidade do agen-te, a imputabilidade."<sup>74</sup>

Lembra, consignando a origem do art. 22 do nosso Código Penal, que a imputabilidade era aceita como a "fa-culdade de se determinar pelos moti-vos". Foi censurado o conceito por demasiado vago, mas deu as suas conseqüências nos projetos suíços e nos alemães de 1925, 1927 e 1930, sen-do acolhida pelo Código Peruano, art. 85, 1.º 75

O livre-arbítrio em seu sentido real foi ignorado, seguindo a tendên-cia do tecnicismo jurídico: "Moder-namente se teve que reconhecer que a questão da liberdade da vontade era de natureza metajurídica. O Direito criminal não poderia ficar na depen-dência de um conceito tão controver-tido como esse. A imputabilidade ou responsabilidade tem seu assento na liberdade individual, não em seu sen-tido metafísico, mas no da vida prá-tica."<sup>76</sup>

Compreende-se, assim, que a im-putabilidade, para ele, devesse ser objeto de perícias médicas de cará-

ter informativo, uma vez que a sua definição é precisamente jurídica.<sup>77</sup>

O Código é por ele apoiado por prever a punição dos crimes pratica-dos sob influxo da emoção ou paixão, uma vez que estas não elidem a im-putabilidade, a não ser que sejam de-correntes de doença mental.<sup>78</sup>

Curiosamente, seguindo sua pró-pria vontade de desalojar do Código a responsabilidade objetiva, interpre-tou incorretamente, mas de forma de-sejável, os dispositivos atinentes à embriaguez: "no conceito da embria-guez voluntária entra a pré-ordenada; mas, neste caso, responde o agente por dolo. Nos outros, simplesmente por culpa,"<sup>79</sup> Mas, mesmo assim, ficou inconformado e trouxe à memória Hafter, e recriminou: "a responsabi-lidade criminal de quem voluntaria-mente (não dolosamente) se embria-ga não se justifica em face dos prin-cípios. A responsabilidade por culpa se assenta em presunção: "quem se embriaga age culposamente; devia prever as conseqüências."<sup>80</sup>

A culpabilidade normativa não in-vadiu o elenco das preocupações de Costa e Silva. Preferiu centrar, e com profundidade, sua indagação sobre a consciência da ilicitude. Inferiu que nossa legislação agasalhou a tese psi-cológica ou ontológica quanto ao dolo. Este e a culpa são as duas formas de culpabilidade.<sup>81</sup>

A elegância singela preside as suas explicações sobre o dolo. Vale a pena acompanhá-lo: "na linguagem

<sup>67</sup> Comentários, cit., p. 120, nota 2.

<sup>68</sup> Comentários, cit., ps. 122-123.

<sup>69</sup> Comentários, cit., p. 125.

<sup>70</sup> Comentários, cit., p. 129.

<sup>71</sup> Comentários, cit., p. 135.

<sup>72</sup> Comentários, cit., p. 135.

<sup>73</sup> Comentários, cit., p. 141.

<sup>74</sup> Comentários, cit., p. 142.

<sup>75</sup> Comentários, cit., p. 142.

<sup>76</sup> Comentários, cit., ps. 144-145, nota 7.

<sup>77</sup> Comentários, cit., p. 143.

<sup>78</sup> Comentários, cit., p. 151.

<sup>79</sup> Comentários, cit., p. 152.

<sup>80</sup> Comentários, cit., p. 152, nota 5.

<sup>81</sup> Comentários, cit., ps. 84-87.

comum, e até nas leis, são empregadas "promiscue" as expressões dolo e intenção. Entretanto na mais perfeita técnica, a intenção é apenas um caso especial — o mais incisivo e perigoso de dolo. Consiste ela na representação do resultado como motivo impelente da ação" e "uma série de delitos tem como elemento integrante a intenção".

"Os motivos, por via de regra, nada tem a ver com o dolo. Podem ser morais ou imorais, sociais, ou anti-sociais, graves ou fúteis. Agravam ou diminuem as penas; mas deixam intacto e íntegro o mesmo dolo."

"Embora este seja único em si, costumam os autores dividi-lo, sob diferentes aspectos, em várias espécies. Pouca importância tem essa divisão. A nomenclatura usada pelos escritores é perturbadora, pela sua falta de uniformidade."

"O problema capital, em matéria de dolo, consiste em estabelecer quando o resultado é querido ou voluntário. Entra, indubitavelmente, nesta categoria o que o agente visa a conseguir com o seu procedimento. Nada influi a maior ou menor possibilidade ou probabilidade de sua realização. Também se considera voluntário ou querido o resultado representado como necessariamente ligado ao que o agente pretendia obter. E mais o meio empregado."

Este o dolo direto ou determinado.

"Modernamente, a expressão "dolus eventualis" é empregada para significar os casos de mera possibilidade (respectivamente e probabilidade) do resultado, se este se realiza com aprovação do agente, é o terreno em que se entestam o dolo e a culpa.<sup>82</sup>

Costa e Silva segue a orientação clássica em matéria de culpa em sen-

tido estrito. Põe o seu âmago na previsibilidade e busca apoio de Carrara e Maggiore para deduzir seus elementos: "a) uma ação ou omissão voluntária; b) um resultado lesivo; c) um nexos causal; e d) a previsibilidade (excepcionalmente, a previsão) desse resultado."<sup>83</sup>

Ortodoxa a exposição, mas para a ciência penal de hoje simboliza na verdade, um mergulho aprofundado na jurisprudência da época, com lógica e clareza.

Com este mesmo estilo seguro é que nos conduz às causas de exclusão da culpabilidade.

Contesta, como seria de se supor, na decorrência de seu sistema de pensamento jurídico, as posições que negam importância ao erro de direito. Anota que "manifesta é a tendência do direito moderno para abrir brechas, cada vez maiores, no velho princípio da irrelevância do "erro juris".<sup>84</sup>

Versa o erro de fato em suas várias modalidades<sup>85</sup> e da mesma forma penetra nos domínios da coação irresistível e da obediência à ordem de superior hierárquico.<sup>86</sup> Equivocadamente identifica a coação por violência com a por ameaça, uma vez que supõe que ambas excluem a culpabilidade: "os Códigos que, seguindo o modelo francês, digam que não existe crime no caso de coação irresistível, exprimem-se mal. Uma ação criminosa existe. Mas o co-ato não sofre punição. A coação não é uma justificativa, mas uma escusa, uma causa que dirime a culpa."<sup>87</sup>

<sup>82</sup> *Comentários, cit.*, p. 88.

<sup>83</sup> *Comentários, cit.*, p. 94.

<sup>84</sup> *Comentários, cit.*, p. 102.

<sup>85</sup> *Comentários, cit.*, ps. 105-113.

<sup>86</sup> *Comentários, cit.*, ps. 114-118.

<sup>87</sup> *Comentários, cit.*, p. 114, nota 2.

Na co-autoria, tal como codificada, visualiza uma regulação simplificada de difícil matéria. "Já tivemos ocasião de notar que os adeptos da supressão das distinções entre múltiplos participantes do crime davam a lembrar aquele cardeal que, reinando o tímido D. João V, acabou com as tempestades, riscando-as das folhas do ano. As dificuldades persistirão; e para resolvê-las, será preciso recorrer aos ensinamentos tradicionais da ciência do direito criminal."<sup>88</sup>

6.4. O estudo sobre penas marca sua posição: "a pena é uma retribuição,<sup>89</sup> numa afirmativa direta, e simples.

Opositor extremado da pena de morte e dos castigos físicos, matiza toda a sua análise das sanções penais com um valor fundante: a defesa da dignidade humana.

A atualidade de várias de suas proposições é inconteste. Para simplificar: "modernamente, porém, se teve de reconhecer que ela (pena de multa), como meio punitivo, pelas suas qualidades, devia ser empregada com maior frequência. As penas primitivas de liberdade de curta duração ofereciam os mais graves inconvenientes. A multa era um dos meios mais adequados em substituição. Além disso, numerosos crimes são inspirados por sentimentos de cobiça e de ganância. A multa vai ferir o delinqüente justamente neste ponto."<sup>90</sup>

A sua atualidade dogmática e a sua capacidade explanativa densamente compacta de informações e conceitos revela-se mais uma vez no estudo do concurso de crimes e no do crime continuado, institutos situados entre o conceito de delito e a pena.<sup>91</sup>

Pesquisando a medida de Segurança preocupou-se desde logo, com o conhecimento de sua verdadeira natureza, negando as conclusões da escola unitária que não a distinguia das penas. "Os criminalistas que põem a essência das penas na retribuição não admitem a responsabilidade penal sem o elemento moral da culpabilidade, insurgem-se contra a idéia de unificação."<sup>92</sup>

Não deixou, entretanto, de ousar uma incursão no futuro: "a infiltração cada vez maior, no domínio das penas constitui séria ameaça à manutenção do sistema de duplicidade. Pode-se razoavelmente prever que, no futuro, a distinção perderá muito da nitidez que agora apresenta. A substituição das penas por medidas de segurança muito concorrerá para que essa distinção vá perdendo seu valor."<sup>93</sup>

## 7. NOTAS FINAIS

O título "A respeito de Costa e Silva" tem a sua explicação: sem pretensão crítica do pensamento de Costa e Silva, objetivou-se, antes de mais nada, dimensioná-lo no tempo jurídico, destacando-se os pontos fulcrais de suas idéias penais.

Jurista dotado de raciocínio científico pesado e escorreito, abriu sendas para a evolução e permitiu o labor dogmático sério e consciente que adveio como consequência.

Repensá-lo agora torna-se necessário. Os excessos filigranados da abs-

<sup>88</sup> *Comentários, cit.*, p. 155.

<sup>89</sup> *Comentários, cit.*, p. 161.

<sup>90</sup> *Comentários, cit.*, p. 182.

<sup>91</sup> *Comentários, cit.*, ps. 227-238.

<sup>92</sup> *Comentários, cit.*, p. 281.

<sup>93</sup> *Comentários, cit.*, p. 283, nota 6.

tração no Direito Penal, que se comprometem com os silogismos e não com a verdade do homem, distanciam-se demais da construção dos técnicos jurídicos originários.

Eles, como Costa e Silva, jamais esqueceram de que o limite da dogmática está na sua utilidade, ou seja, na sua aplicação.

## NOTICIÁRIO

### Prêmio Alcântara Machado

O prêmio Alcântara Machado de Direito Penal, de 1979, foi conferido ao prof. Moacyr Benedicto de Souza, titular de Direito Penal da Faculdade de Direito do Vale do Paraíba, com apresentação do trabalho "A influência da Escola Positiva no Direito Penal brasileiro". Este prêmio é conferido anualmente pela Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo.

### Heleno Claudio Fragoso

O professor Heleno Claudio Fragoso recebeu, da Universidade de Coimbra, o título de doutor "honoris causa".

### Hilde Kaufmann

Registramos o desaparecimento da profa. Hilde Kaufmann, ocorrido em Colônia, na Alemanha, em 10 de janeiro de 1981, aos 60 anos de idade. Ela havia nascido em Werne, na Westfália, e era, na época de seu falecimento, professora da Faculdade de Colônia e diretora do Instituto de Investigações criminológicas da mesma Universidade. Ela havia ensinado na Universidade de Bonn, Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, entre 1962 e 1966. Posteriormente foi professora na Universidade de Kiel, para continuar sua carreira na Universidade de Colônia, a partir de 1970, de cuja Faculdade de Direito foi decana, no ano acadêmico de 1977/78. Manteve intenso intercâmbio acadêmico internacional na Europa e na América Latina. Publicou numerosos trabalhos, entre os quais se destaca seu Manual de Criminologia, em três volumes, publicados em alemão e, parcialmente, em castelhano. Dirigia na Argentina a publicação da coletânea "Biblioteca de Ciências Penais", e pertencia ao conselho consultivo de diversas publicações internacionais de direito penal e criminologia. Hilde Kaufmann era a única criminóloga de alto prestígio na República Federal Alemã. Seus amigos brasileiros lamentam, com imenso pesar, a sua morte.



## ROUBO. CRIME CONTINUADO.

No exame pelo Supremo Tribunal Federal da admissibilidade da continuação em crimes de roubo, deixou aquela Alta Corte de Justiça transparecer o sentimento de exacerbação punitiva ligada ao aumento da violência e da criminalidade.

Na hipótese, a Sexta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, verificando que o apelante sofreu treze condenações por crime de roubo, sendo os delitos praticados no período entre 6 de novembro de 13 de dezembro de 1973, unificou em nove (9) anos de reclusão as penas que antes totalizavam 77 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão.

Recorreu o Ministério Público Estadual, fundado na alínea *d* da permissão constitucional, invocando acórdãos do STF nos RREE 82.297, 83.956, 85.820, 85.971, 86.134, 85.361 e HC 54.015.

O plenário do Excelso Pretório, por maioria de seus membros, firmou entendimento no sentido da admissibilidade em tese do crime continuado contra vítimas diversas, razão pela qual ficou superada a jurisprudência, sem discrepância de votos, podendo ser consultados os seguintes julgados: RECr 88.014, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, DJ 19.04.79; 86.847, rel. Min. CUNHA PEIXOTO, DJ 19.4.79; 83.425, rel. Min. SOARES MUÑOZ, DJ 27.4.79; 87.692, rel. Min. RAFAEL MAYER, DJ 4.5.79.

A argumentação de que se vale-ram os eminentes Ministros da Corte Suprema dissidentes do pensamento majoritário, segundo o qual o reconhecimento da continuidade nos crimes de roubo será um estímulo à violência, levou o judiciário a associar a questão à Criminologia.

Na discussão, por exemplo, do RE 87.769, o eminente Ministro RODRIGUES ALCKMIN chegou a assinalar que os debates levaram à distorção dos fatos, com a confusão do crime continuado com o crime profissional, levando para o âmbito do crime continuado o crime profissional, chegando mesmo S. Exa. a mencionar que o enfoque toma cores passionais sobre os riscos que com a interpretação do Supremo Tribunal corre a sociedade, como se conjuntamente uma tese de direito envolvesse o caráter intimidativo da pena.

Importa fixar aqui a afirmação do eminente Min. CORDEIRO GUERRA na sustentação de seu voto quando salientou que a frouxidão da repressão é que gera um estímulo à criminalidade.

É humano e até certo ponto justificável que diante do aumento da criminalidade faça-se renascer a idéia de exacerbação das penas no Código Penal, chegando alguns até a preconizarem a adoção da pena de morte, sob o falso pretexto de que a melhor maneira de lutar contra o crime consiste em aumentar as penas.

É que recomenda-se menos direito penal, pois não está demonstrado o efeito preventivo da ameaça penal.

A idéia de prevenção geral levou o legislador, e agora os juizes, a certa exacerbação punitiva, na suposição de que o aumento das penas tem o efeito de diminuir a criminalidade. Isso conduz, por vezes, a autêntico direito penal terrorista, de inspiração medieval (cf. HELENO FRAGOSO, *Ciência e experiência do Direito Penal*, RDP 26, 1979).

Em que pese o caráter ambíguo da intimidação, os legisladores e as autoridades competentes continuam pensando que a melhor maneira de lutar contra o crime consiste em aumentar as penas (tal foi o caso do Estado da Califórnia, que em 1961, aumentou consideravelmente as penalidades previstas para a posse e o consumo de drogas, os ataques contra policiais, os assaltos à mão armada e o crime organizado) e em fazer com que a polícia aplique as leis de maneira estrita.

No que se refere aos delitos sexuais, uma das mais importantes investigações sobre o efeito intimidante da pena se refere ao delito de estupro e foi efetuada na filadélfia. Nesta cidade americana, um crime sensacional desta natureza foi cometido em abril de 1966. Três indivíduos de raça negra entraram violentamente às três da madrugada em uma residência particular habitada por três mulheres (uma viúva de 80 anos, sua filha de 44 anos e sua neta de 14) maltrataram e violentaram as três vítimas e saquearam a seguir a venda. Os resultados deste fato terrível foram: o falecimento da anciã e graves crises de histeria da filha e da neta.

Ante a intensa reação pública, vários projetos de lei foram apresentados rapidamente ao Poder Legislativo.

Finalmente, promulgou-se uma lei de 12 de março de 1967, que dobrava ou triplicava as penas anteriores, já bastantes severas, em matéria de estupro.

Aproveitando essa ocasião inesperada, que permitia avaliar o efeito intimidante de uma pena mais severa que a precedente, dois criminólogos, A. Normandeau e Bernard Schwartz, realizaram uma investigação para comparar as taxas do crime de estupro, antes e depois da modificação. Da mencionada investigação resulta que não constatarem diferenças significativas entre tais taxas, o que constituiu um argumento importante para se afirmar que uma pena mais severa não exerce nenhum efeito intimidante sobre os possíveis autores deste delito (José Maria Rico, *Sanções Penais*, Rio de Janeiro, Liber Juris, págs. 7 e 26).

No que concerne à droga, a pena não exerce quase nenhum efeito dissuasivo, inclusive quando se aumenta consideravelmente sua gravidade. Diversas investigações efetuadas em Los Angeles, Kentucky e Texas indicam uma percentagem de reincidência de mais de 90%.

À guisa de conclusão, podemos dizer, que não existe nenhuma prova científica do valor intimidante da pena, até porque seu conceito é ambíguo, apesar dos poderes mágicos de intimidação preconizados pelos legisladores e até pelos juizes.

Diante do aumento da criminalidade, o legislador hesita em aceitar a recomendação dos que pedem menos direito penal. É isso, em virtude de

estar habituado a trabalhar com o instrumental punitivo, supondo erradamente que aumentando a severidade das penas, resolverá o problema da violência.

É preciso não esquecer que a maior criminalidade está associada à própria repressão. Quanto maior a repressão, maior a criminalidade: uma vez que está ligada a uma estrutura social profundamente injusta e desigual, marginalizando cada vez mais o homem (Nota de Samuel A. Busaglo).

#### FAVORECIMENTO PESSOAL. VÍTIMA ACOLHIDA COM O ÚNICO OBJETIVO DE SUBTRAIR A AÇÃO DA AUTORIDADE AUTORES DE CRIME ANTERIOR.

A segunda turma do STF, tendo como relator o eminente Min. Djaci Falcão, decidiu no HC n.º 56.253, acompanhando o parecer da Procuradoria Geral da República, que pratica o crime de favorecimento pessoal aquele que “ao acolher a vítima agiu com o único objetivo de subtrair à ação da autoridade competente os autores do crime anterior” (RTJ 88/193). No corpo do acórdão ficou consignado que o paciente recebera o menor vítima de lesões corporais fornecendo-lhe emprego e abrigo, a pedido dos autores das lesões, tudo com o fim de aguardar o desaparecimento da materialidade das agressões contra ele praticadas.

Considerando a matéria factual, o eminente relator concluiu que se o réu tinha como objetivo subtrair à ação da autoridade os autores do crime antecedente, configurada estava a conduta típica do art. 348 CP. Evidentemente, não passou despercebida ao ilustre Ministro relator a cir-

cunstância de que o auxílio “fora prestado à vítima do crime”, pois consta da decisão que “a regra legal, pelo seu próprio alcance não há de se restringir ao auxílio direto dado ao autor do crime, como *verbi gratia* o seu escondimento ou a facilitação da fuga”. A decisão se refere também ao complexo tema da interpretação da lei advertindo que o juiz “não deve se limitar aos conceitos que contribuíram para a sua formação, mas também para as exigências reais da sociedade”. E que se outra interpretação fosse ao caso dada, traria a impunidade a quem dolosamente auxiliou criminosos a subtraírem-se da ação da justiça.

Observa-se, com facilidade, que o acórdão em análise enseja uma meditação acerca do delicado problema da tipicidade e em consequência a nível da natureza política do princípio da reserva legal. No tipo, como se sabe, está contida, no preciso dizer de Welzel, a *matéria de proibição*. A tipicidade tem, basicamente, função de garantia, fragilíssima garantia, sabemos. Como modelo legal e valoração da conduta relevante para o direito repressivo, os tipos devem ser descritos de forma exaustiva e precisa pelo legislador que tem exclusivamente competência para defini-los. Sem isto, o tão precário fundamento político liberal do direito repressivo ruirá. Daí afirmar-se desde Montesquieu a impossibilidade da criação de delitos e penas pelos juizes sem que ocorra usurpação da função do Poder Legislativo. Grispigni dirá fundado nas mesmas razões que o direito preexiste à atividade judiciária. Se a hipótese é de lacuna, se há um vazio, a conduta não terá relevância penal. É óbvio, portanto, que para que a con-

duta típica se realize é necessário que todos os elementos abstratamente descritos estejam de fato caracterizados.

Na hipótese em análise, o favorecimento pessoal, previu o legislador que o auxílio fosse prestado ao “autor do crime” e não “à vítima”. É necessário que abordemos o aspecto técnico-formal: fundamentou-se a decisão com o entendimento doutrinário de Bento de Faria. O Subprocurador Geral da República que funcionou no feito, Francisco de Assis Toledo, cuidadosamente citou opinião diversa de Hungria, que diz ser a fórmula eleita pelo nosso CP menos ampla do que a dos códigos alemão e italiano. Há um certo consenso na doutrina brasileira a respeito do tipo do art. 348. Para Hungria que critica Bento de Faria, porquanto este, atendeu mais a um trecho de Manzini esquecendo-se do texto legal que ele comentava — “o nosso Código restringe o conceito de favorecimento ao auxílio para que o autor do crime não seja alcançado fisicamente pela ação da autoridade, isto é, ao auxílio consistente no homisio, escondimento ou dissimulação do criminoso ou facilitação de sua fuga” (Comentários. Vol. IX/505). De forma semelhante Fragozo (*Lições* 4/1241). Magalhães Noronha, por sua vez, lembra ser “menos amplo os dispositivos de nosso estatuto do que o do Código Italiano: “um se refere apenas à subtração do delinquente; o outro alude também ao fato de ajuda para evitar as investigações da autoridade” (*Direito Penal*, 4/411).

Realmente o art. 378 do Código Rocco prevê além da ajuda que tem como objetivo fazer com que alguém subtraia-se da ação da autoridade, aquela que visa a “*eludere le investi-*

*gazioni dell'Autorità*”. Fundado neste dispositivo legal ensinará Manzini que “*il favoreggiamento personale consiste nell'aiutare taluno a eludere le investigazioni dell'Autorità, o a sottrarsi alle ricerche di essa*” (*Trattato di Diritto Penale*, vol. 5/848). Fazendo a exegese do supracitado artigo, vê Antolisei a supressão e ocultação de elementos de prova a criação de falsos indícios como meios idôneos de realizar o favorecimento pessoal (*Manuale*, 2/822). No Direito Penal alemão o tipo de favorecimento é previsto de forma mais abrangente como lembrado por Hungria. A título de exemplo, Mezger, analisando o art. 257, inclui como forma de realizar o favorecimento informações contrárias à verdade, ocultação de pessoa procurada pela polícia e também o fato de apagar rastros (*Derecho Penal, Libro de Estudio — P. Especial*, p. 370). Observe-se que estas lições, sem dúvida alguma mais amplas, não podem ser transpostas para o direito penal brasileiro. Pela análise do discurso dogmático da doutrina pátria atinente ao tema, parece-nos que nossa previsão legislativa da matéria não abarca a conduta objeto do acórdão e se aceitamos que inexistente tal dispositivo para abarcar a referida conduta, isto significa que inevitavelmente estamos em campo de interpretação analógica da lei penal. Ficamos, portanto, a nível doutrinário, com a orientação de Hungria. Atemoriza-nos a interpretação dada ao fato típico descrito no art. 348, máxime se considerarmos que ela parte do STF. Compreendemos a preocupação com a impunidade, mas em nosso entendimento a segurança do cidadão é também um valor a ser preservado, não sem menor importância. Tipicidade é algo

de muito delicado. Transcende o aspecto meramente técnico da dogmática jurídico-penal. Tem razão Bettiol quando, ao analisar as relações entre o Direito Penal e a política, salienta este fato lembrando que a *fattispecie* se apresenta como exigência política. Exigência política porque visa “circunscrever ao máximo os termos da intervenção estatal no setor das limitações da liberdade individual”. Finalizamos valendo-nos do clássico monografista da interpretação da lei penal, Girolamo Bellavista: “No Direito Penal, por força do princípio da reserva legal o juiz não pode criar a lei sem subverter o ordenamento jurídico”. (Nota de Heitor Costa Jr.).

#### SUBTRAÇÃO. MOMENTO CONSUMATIVO

No julgamento do RCr. 13.225, a Segunda Turma do STF, vencido o eminente Ministro Leão de Abreu, em controvérsia relativa ao momento consumativo do crime de roubo, asseverou que: “A consumação do crime exige que a coisa seja subtraída da esfera de posse e vigilância do dono, mas não que se torne tranqüila a detenção pelos autores do fato”. (DJ, de 20 de outubro de 1978, p. 8.203). Trata a hipótese de roubo a estabelecimento bancário em que os agentes foram capturados, momentos depois, quando ainda empreendiam a fuga, no interior de um táxi; sendo certo que a esta altura já haviam rasteado, entre eles, o dinheiro, produto do crime.

A questão doutrinária, relativamente ao momento em que se consuma a subtração, é bastante antiga, constituindo em nossos dias extenso rol de teorias, quais sejam: teoria do

*contrectatio* (mero tocar de mãos no objeto), teoria da *aprehensio* (mera captação do objeto), teoria da *amotio* (mera remoção do objeto), teoria da *ablatio* limitada (transporte do objeto para fora da habitação, da casa, das dependências, etc...), teoria da *ablatio* completa (transporte do objeto para lugar destinado pelo agente), e teoria do locupletamento (aproveitamento do objeto pelo agente). Algumas modificações na teoria da *ablatio* extrapolam o mero sentido espacial e físico e destacam aspectos ideológicos, usualmente representados pelas fórmulas: *fora da esfera de custódia em que se acha a coisa, fora da esfera de ação ou atividade patrimonial, fora da esfera de poder ou fora da esfera de disposição* (cf. Jorge Frias Cabellero, *El Proceso Ejecutivo del Delito*, 2.º ed., Buenos Aires, p. 309).

Tais aspectos, circunstanciais e vagos, não podem, isoladamente, servir de critério seguro para determinar o momento consumativo da subtração. Este momento verifica-se, segundo autorizados doutrinadores, quando o agente dispõe da coisa subtraída como se fosse seu legítimo possuidor. Nesse sentido, com irretocável precisão, é o ensinamento do mesmo Jorge Frias Cabellero, na monografia *La Acción Material Constitutiva del Delito de Hurto*, onde afirma: “*El delito está completo en cualquier momento y consumado por cualquier acto — aprehensión, remoción, ablatio, extracción fuera de la esfera de custódia, de poder, etc... — siempre que en algún instante existia en manos del ladrón la posibilidad de ejecutar sobre la cosa actos de disposición material: no lo está caso con-*

*trário, a pesar de la posible presencia de cualquier de aquellas circunstancias*”. (B. Aires, 2.ª edição, p. 40).

Também, comungando do mesmo entendimento, Francesco Antolisei ensina que “*il furto invece, si perfeziona con l'impossessamento, e cioè quando l'agente acquista la disponibilità autonoma della cosa. Solo allorché la cosa esce dalla sfera di vigilanza e si crea un nuovo possesso, il furto può dirsi consumato*” (*Manuale de Diritto Penale*, Milão, 1972, p. 223).

Dessa orientação também participa Heleno Cláudio Fragoso ao sustentar que “somente estará consumado o furto quando a coisa for tirada da esfera de vigilância do sujeito passivo, do poder de fato, submetendo-a o agente ao próprio *poder autônomo de disposição*” (Lições, P. E., S. Paulo, 1976, p. 296).

Exatamente esse segundo elemento (poder autônomo de disposição) é que não chegou a ocorrer no caso que motivou a presente nota, sendo de conceber-se, destarte, que o crime restou na sua modalidade tentada.

Infelizmente, a orientação de nossos tribunais não acolhe a posição doutrinária acima esposada, preferindo fixar o momento consumativo da subtração na perspectiva da teoria da *ablatio*, cercada de expressões circunstanciais tais como: esfera de posse e vigilância do dono (RF 133/250, 139/393, 151/409, e RTJ 61/646), remoção para fora das dependências (RF 163/334) e remoção para fora da esfera de vigilância do dono (FF 134/584), etc... (Nota de Alexandre Moura Dumans)

#### ABSOLVIÇÃO REQUERIDA PELO M. P., EM ALEGAÇÕES FINAIS. SUBSTITUIÇÃO POR OUTRO MEMBRO. APELAÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA.

Ao julgar a A. Cr. 8.228, em 30 de abril de 1981, decidiu a 2.ª Câmara Criminal do TJRJ, tendo por relator o Des. Fabiano de Barros Franco, que “tendo o Dr. Juiz na sentença atendido ao pedido do Dr. Promotor absolvendo os acusados, não cabe a outro membro do MP pleitear em recurso a condenação, pois já agora não tem interesse na reforma da decisão com a qual previamente concordou”. Negou o acórdão a presença, nessa situação, de sucumbência, invocando o parágrafo único do art. 577 CPP: “Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão”. A mesma 2.ª Câmara Criminal já havia decidido, anteriormente e com diversa composição, ao julgar a A.Cr. 18.260, neste mesmo sentido: “O Ministério Público é uno e indivisível, fiscal da aplicação da lei, representando, também, a sociedade. Se ele, em alegações finais, já havia pedido a absolvição, não pode outro Promotor de Justiça, outro representante do Ministério Público, recorrer da sentença absolutória”. Também a 1.ª Câmara Criminal do TJRJ, no julgamento da A.Crim. 20.805, afirmou: “O Ministério Público, dono da *persecutio criminis*, não tem legítimo interesse para recorrer da absolvição que pedira nas alegações finais, mesmo representado por outro membro, em face de sua unidade e indivisibilidade” (DO, 25 de setembro de 1980, P. III, p. 64). No mesmo sentido, cf. RJTJSP 32/252.

Bem sabemos das restrições técnicas que podem ser apostas a tal linha de raciocínio; pensamos, contudo, que elas se tornam insignificantes se os fatos forem observados do prisma do valor político da segurança dos pronunciamentos da justiça criminal (cujo ponto culminante reside na coisa julgada, porém, encontra outras evidências no pedido de arquivamento deferido — Súmula 524 —, no fenômeno da preclusão, etc). O cidadão não pode ser posto à mercê dos humores deste ou daquele Promotor de Justiça; o pedido de absolvição em alegações finais tem um significado político, que deve ser preservado, para que o jurisdicionado não tenha da jurisdição a idéia de uma roleta. (Nota de Nilo Batista).

#### HABEAS CORPUS. DECISÃO DENEGATÓRIA NÃO FAZ COISA JULGADA MATERIAL. PRISÃO PREVENTIVA: REVOGABILIDADE.

Em passagem que se tornou citação rotineira da jurisprudência, Pontes de Miranda ensinava que “o sistema jurídico tem toda decisão denegatória de *habeas corpus* como de incompleta cognição; apesar de sua declaratividade, não produz coisa julgada material” (História e Prática do Habeas Corpus, Rio, 1972, v. II, p. 250). Exatamente por isso pode Frederico Marques afirmar que na hipótese de denegação do *writ*, “o processo poderá ser de novo instaurado, salvo se totalmente idêntico ao anterior, quando então se aplicará o princípio do *ne bis in idem*”. Elementos de Direito Processual Penal, Rio, 1965, v. IV, p. 413). Inúmeras decisões sufragam esse entendimento. “A decisão denegatória de *habeas corpus* é de incompleta cognição; apesar de

sua declaratividade, não produz coisa julgada material” (RF 212/369). “As decisões em sede de *habeas corpus*, quando denegatórias, ensejam sempre repetição do pedido, mesmo sob idêntico fundamento, pois não têm foro de coisa julgada” (RT 487/340). “Admissível é o conhecimento da reiteração do anterior pedido denegado de *habeas corpus*, porque a decisão que repele o *mandamus*, apesar de sua declaratividade, não faz coisa julgada material” (Julgada TACrim SP 43/85). “Admissível é a simples reiteração de anterior pedido de *habeas corpus* denegado, eis que o fato de ter sido a circunstância em uma época considerada legal ou ao menos tolerável, não impede, necessariamente, seja julgada de outra forma, em momento posterior” (Julgados TACrim SP 43/120). Vejam-se ainda Julgados TACrim SP 38/67, 26/131, 27/235, 20/31, 41/13, 22/175, RT 492/311.

Questão interessante surge quando o juiz decreta uma prisão preventiva e o custodiado requer ordem de *habeas corpus* invocando a ilegalidade ou desnecessidade da medida, sendo o *writ* indeferido. Pode o juiz, subsequentemente, revogar a prisão preventiva? Não hesitamos em responder afirmativamente. A simples denegação do *habeas corpus* por tribunal superior não despoja o magistrado de primeiro grau daquilo que Carnelutti chamou de “*revocabilità delle decisioni strumentali*”, entre as quais se inclui “*la revoca del mandato di cattura*”, equivalente peninsular de nossa revogação da prisão preventiva (cf. Carnelutti, Principii del Processo Penale, Nápoles, 1960, p. 275). São duas coisas distintas: a ação de *habeas corpus* que o paciente propõe para deconstituir a situação jurídica que

ofende sua liberdade de locomoção, e o poder que tem o juiz de revogar sua própria decisão, poder que não pode sofrer qualquer interferência do órgão hierarquicamente superior. Especialmente quando se discute a conveniência da medida, tal solução é inafastável; afinal, os tribunais consignam freqüentemente que “a conveniência da prisão preventiva pertence à autonomia do juiz processante” (RF 227/307). No mesmo sentido, Rev. Jur. TJGB 6/383, 13/363, 17/438. (Nota de Nilo Batista).

#### CRIME CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO. COMPETÊNCIA

No recurso extraordinário 90-042-0 SP, julgado pelo Plenário do STF, relator Min. Moreira Alves, por maioria esta Corte decidiu que: “Competência — Em face do art. 125 n.º VI da CF — são de competência da Justiça Federal apenas os crimes que ofendam o sistema de órgãos e instituições que preservam coletivamente os direitos e deveres dos trabalhadores”.

Data maxima venia equivocaram-se os ilustres Ministros do STF, ain-

da bem que em decisão apenas por maioria. A CF outorga à Justiça Federal competência para julgar processando os CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO, título IV da Parte Especial do Código Penal, arts. 197 e 207.

Este título é encimado com epígrafe assim montada: “Crimes Contra a Organização do Trabalho”.

Portanto a decisão do STF considerando delitos desta natureza os que atingem instituições, órgãos que defendem e preservam direitos e deveres de trabalhadores. Ora, nada mais vago, abstrato do que o que ficou afirmado no acórdão.

Certo ou errado, crime contra a organização do trabalho é todo aquele capitulado no título referido do Código Penal. Se há aí fatos que alvejem direitos individuais de trabalhadores e não a organização do trabalho, é questão de má elaboração da lei. Criticar a lei é uma coisa, mudá-la, neutralizá-la a pretexto de dar-lhe adequada exegese é intolerável.

Equivocaram-se os julgadores do STF. (Nota de Jorge Medeiros da Silva).

TONY PLATT e PAUL TAKAGI (eds.), *Punishment and penal discipline, Essays on the prison and prisoners's movement*, Berkeley, Crime and Social Justice Associates, 1980.

O volume constitui valiosa coletânea de trabalhos de inspiração marxista, anteriormente publicados nas revistas "Crime and Social Justice" e "Issues in Criminology", esta última desaparecida. Em todos eles adota-se a postura básica da criminologia radical, que é a de afirmar a relação entre a economia política e o magistério punitivo do Estado, destacando as bases materialistas da punição e a natureza de classe da justiça burguesa.

A obra está dividida em quatro grandes seções. A primeira se refere a economia política e punição. Aqui aparece o famoso ensaio de Georg Rusche ("Mercado de Trabalho e sanção penal"), ao lado de estudos de Dario Melossi ("Punição e estrutura social") e Gregory Shank ("A penologia de Thorsten Sellin"). A segunda parte é chamada "A penitenciária", e nela vamos encontrar quatro artigos: Paul Takagi ("A cadeia da rua Walnut: uma reforma penal para centralizar os poderes do Estado"); Russell Hogg ("Encarceramento e sociedade sob o capitalismo inglês primitivo"); Dario Melossi ("A questão penal em *O capital*"); Martin B. Miller ("No trabalho forçado: redescobrimdo a prisão do século XIX"). A terceira parte é denominada "Disciplina penal contemporânea". Nela aparecem ensaios de Ivan Jankovic ("O mercado de trabalho e o encarceramento"); "Classe social e aplicação da pena"); Richard Speiglmán ("Os psiquiatras da prisão e as drogas: um estudo de caso"), e Stephen J. Pfhol ("Decidindo sobre a periculosidade: predições de violência como controle social"). A quarta e última parte se denomina "A luta interior" e nela aparecem cinco trabalhos. John Pallas e Bob Barber escrevem "Da rebelião à revolução"; Bob Martin sobre "O sistema correccional de Massachusetts: tratamento como ideologia para o controle"; Karen Wald sobre "O caso San Quentin seis: perspectivas e análise"; Debby Begel trata de "Uma entrevista com Willie Tate", e o casal Schwendiger (Herman e Julia) encerram o volume escrevendo sobre "O novo idealismo e os padrões de vida carcerária".

Trata-se, como o leitor logo perceberá, de um conjunto de trabalhos bem representativos do grupo que hoje edita "Crime and Social Justice" e que sobrevivem à repressão acadêmica que sofreu em suas bases, em Berkeley, na Universidade da Califórnia. Cada seção da obra é precedida de uma introdução em que se faz análise da bibliografia mais importante sobre a temática tratada, proporcionando ao leitor informações valiosas.

Não temos dúvida de que a criminologia radical constitui um movimento estimulante, trazendo ao sóciobiologismo da Criminologia clássica um sopro de vida e de renovação. Este volume reúne alguns dos melhores trabalhos publicados nesta tendência.

H.C.F.

JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF, *Uma Porta para o Homem no Direito Criminal*, ed. Forense, Rio, 1980, 231 p.

Recentemente, ao elaborar a resenha bibliográfica para o livro de Evandro Lins e Silva, podíamos referir-nos à significação da saborosa literatura que provém diretamente de casos concretos tratados pelo Judiciário. Os advogados costumam ser mais pródigos nesse gênero do que os magistrados, especialmente os magistrados de primeiro grau. Não obstante, vez por outra uma coletânea de decisões vem a lume; assim foi com o Direito Penal Aplicado de Didier Filho, e o Instituto dos Magistrados do Brasil lançou recentemente um periódico com esta precisa finalidade (*Direito Concreto*, n.º 1, Rio, 1980).

De João Baptista Herkenhoff já conhecíamos excelentes trabalhos no plano da pesquisa empírica e da teoria geral do direito. Este volume nos permite travar contacto com um juiz singularmente atento para com a dor e o desespero de seus réus, sensibilizado pelos dramas que subjazem ao episódio processual. Essa magistratura densa e humana, que enriquece permanentemente a lei por uma leitura que a rejuvenesce e acorda, teve entre nós uma figura exponencial no sábio Eliézer Rosa, e pode filiar-se ao célebre Magnaud. O leitor terá a sua disposição sentenças extraordinárias, que demonstram ser possível exercer a judicatura criminal sem violência ou arrogância, usando o poder não para mortificar e sim para redimir as pessoas.

Nilo Batista

NEILA TAVARES (org.), *Poesia na prisão*, Porto Alegre, Ed. Proletra, 1980.

A literatura "científica" sobre prisões sempre correu paralela uma literatura do empírico e do sensível, dotada de invulgar capacidade de antecipação. Um século não havia transcorrido desde a obra pioneira de Howard (1774), e Dostoiévsky, na Recordação da Casa dos Mortos, oferecia uma contribuição ao estudo da comunidade prisional revestida de intuições e esclarecimentos inéditos. Depoimentos de prisioneiros comuns ou políticos vêm dando origem a volumes ricos em informações sobre a tragédia carcerária; citem-se, como exemplo, Bruce Jackson, *Leurs Prisons*, 1975, ed. Plon, trad. M. Rambaud, e Bernadette Morand, *Les Écrits des Prisonniers Politiques*, 1976, PUF. Enquanto o primeiro desses livros expõe diversas entrevistas realizadas com presos em estabelecimentos no Texas, o segundo promove uma compilação do pensamento de presos políticos de todos os tempos acerca de alguns tópicos, desde a captura até a libertação, passando naturalmente pela tortura, a consideração da morte próxima, etc.



Ainda ao angular o delito na concepção da Escola clássica, critica a visão que era dada ao mesmo como mero ente jurídico, bem como a avaliação da antijuridicidade, que não era tomada como ofensa aos bens jurídicos, mas apenas pelo aspecto formal aparente, de contrariedade à proibição legal. Por fim, nesse tópico, critica mais uma vez os clássicos pela falta de sistema ao estudo do crime, o que conduz a um casuismo formalista, tanto nos elementos do fato punível, como no equacionamento sistemático das questões práticas.

Ao analisar, ainda no primeiro capítulo, a evolução dos sistemas modernos de construção do delito, enaltece a valiosa contribuição sistemática dada pela doutrina alemã, reconhecendo porém, à escola italiana, um papel importantíssimo na evolução da teoria jurídico-penal. Dentre os autores citados, responsáveis pela evolução da teoria do delito, enumera: Feuerbach, como precursor da concepção normativa da culpabilidade; Binding, para o qual formula severas críticas à sua teoria do delito, constituindo a mais contundente dentre elas a de que através dela se pressupõe a existência de uma norma de conduta anterior ao Direito Penal, de tal modo que a realização do crime constitui infração a um dever jurídico-penal e não propriamente a lesão à proibição concretizada no tipo legal; Von Hering, com o conceito de antijuridicidade objetiva; Merkel, com as noções sobre dolo e culpa; Berner, com a proposta definitiva de tomar-se a ação como conceito básico da construção do delito e de Von Liszt e Beling, os fundadores do primeiro sistema teórico-abstrato do delito, conhecido como sistema causal-naturalista.

No segundo capítulo, parte o Autor para o exame das elaborações doutrinárias acerca do delito e analisa os fundamentos do sistema Liszt-Beling, no qual o conceito de ação é determinado pela verificação dos componentes: vontade, expressão externa dessa vontade através de um movimento corpóreo e resultado. Considera a noção do tipo como a contribuição mais valiosa da teoria causal para a formulação do conceito analítico do crime.

Sucintamente, mas ao mesmo tempo em profundidade, paradoxo que constitui uma das virtudes da obra, critica muito propriamente esse sistema, cuja raiz se apóia no conceito natural da ação. O tipo, nessa teoria, é entendido basicamente como a descrição objetiva e neutra do desenrolar de uma conduta, prevista na lei penal, e onde representam papel preponderante o movimento do agente (realidade causal) e o resultado.

Ao analisar as várias reformulações que o conceito de tipo sofreu, observa a distinção feita por Beling entre o *Tatbestand* e o *Deliktstypus*, consubstanciada em um artigo publicado no livro em homenagem a R. Frank, em 1930. O *Tatbestand* era concebido como mera imagem conceitual do delito, sem correspondência direta na lei. O *Deliktstypus* corresponde exatamente ao delito capitulado na lei (homicídio, furto, roubo, etc.) com seus componentes objetivos e subjetivos. Enfim, desenvolve Juarez Tavares a evolução das posições tomadas pelos defensores da teoria causal em relação ao tipo, antijuridicidade e culpabilidade. Reprova a concepção de antijuridicidade, cujas características fundamentais, em sua objetividade, têm duas conseqüências nessa teoria:

a) não admitir na verificação das causas de justificação qualquer elemento ou componente subjetivo e;

b) tornar irrelevantes os erros de proibição, direto (erro de direito) ou indireto (erro de fato sobre os pressupostos das causas de justificação). O próprio Beling, divergindo da orientação tradicional, não admitia, de modo correto, as ilações tiradas do conceito objetivo da antijuridicidade e propunha, para esses casos, uma solução no âmbito da culpabilidade.

A maior dificuldade evidenciada pelo Autor é encontrada no plano da culpabilidade, como decorrência natural da concepção psicológica adotada no sistema causal. Nesse sistema a imposição da pena depende, unicamente, do vínculo psicológico entre o agente e o fato (antiga *imputatio juris* dos práticos), não se obtendo uma resposta convincente ao fato de porque a punibilidade deixa de existir em caso de coação irresistível, em atendimento à ordem superior hierárquico, desde que a ordem não seja manifestamente ilegal e em estado de necessidade exculpante.

Ainda na terceira parte trata da teoria teleológica do delito, ligada à teoria do conhecimento da filosofia do neokantismo, que revigora, ao lado do método empírico-formal das ciências naturais, o método da significação e valoração das ciências hermenêuticas.

Analisa a obra a alteração sofrida pela concepção Liszt-Beling em seu sistema, muito embora não radical, fruto da nova esquemática do conceito de ação, com os novos fundamentos dados tanto à tipicidade como à antijuridicidade e, ainda, com a concepção normativa da culpabilidade de Frank.

No terceiro capítulo aborda o sistema finalista, teoria que merece a sua preferência, devendo-se, principalmente a Welzel, o seu coroamento. Para o finalismo o delito é, analiticamente, “uma ação típica, antijurídica e culpável”. Essa concepção é também a adotada pela teoria causal, encontrando-se, porém, na teoria da ação, o marco que diferencia esses dois sistemas.

Na teoria, objeto desse terceiro capítulo, afirma o Autor que o tipo é representado como ação tipificada, ou melhor, como a formalização jurídico-penal dos componentes da ação, acrescidos de elementos caracterizadores de cada delito em espécie, constituindo, por conseqüência, a “matéria da proibição”. Examina o tipo nos delitos dolosos, os elementos especiais no tipo subjetivo, os tipos culposos e omissivos, a relação tipo-antijuridicidade, as causas de justificação e o injusto pessoal, alertando, para esse, a extremada concepção defendida por Zielinski, que se contenta, para a justificação, com a simples representação do agente acerca da existência da situação justificante, o que leva a legítima defesa e o estado de necessidade putativos a se situarem como verdadeiras causas de justificação, e não simplesmente como causas de exculpação.

Abordando a culpabilidade no sistema finalista, apresenta-a, segundo Welzel, como um puro juízo de reprovação sobre o autor, por não haver este se omitido da ação antijurídica, ainda quando podia fazê-lo. Partindo do ponto de vista da teoria normativa de Frank, desenvolve um estudo sobre a evolução do conceito de culpabilidade, assentando no “poder do agente”, a partir de Von Weber, a base definitiva da concepção finalista da culpabilidade. “Culpável” é aquele que poderia ou pôde realizar uma ação diversa, mas, ainda assim, atuou antijuridicamente.



A culpabilidade, no sentido finalista, merece do autor um desenvolvimento mais profundo. Em relação a culpabilidade concedida por Maurach, enaltece a sua originalidade e a vantagem por ela apresentada, de envolver nos preceitos legais todas as categorias do autor que estejam submetidas às consequências ou efeitos do delito. Aliás, essa teoria foi admitida em nosso Código Penal atual, citando-se, por exemplo, a qualificativa do furto (art. 155. § 4.º, IV), nos crimes de liberdade sexual (art. 226, I), etc.

Por fim, analisa as implicações dessa teoria em relação à tentativa, à autoria e a relação tipo-antijuridicidade, afirmando que ela teve, como seu mérito principal, o de levar a investigação da teoria do delito às mais profundas indagações acerca de seus elementos e de proporcionar um debate aberto sobre questões controvertidas do Direito Penal. As suas objeções também são assinaladas, destacando-se como principal a sua posição contrária à teoria do injusto pessoal (que conduz a um Direito Penal do ânimo) e contra a teoria da culpabilidade, baseada sobre a formação de vontade do autor (que explicitamente faz o retorno da culpabilidade pela conduta de vida ou culpabilidade de caráter).

No quarto capítulo focaliza ele as tendências atuais entre os penalistas, iniciando com a Teoria Social da Ação, que obteve apreciáveis progressos entre nós, e cujas raízes se encontram em Eb. Schmidt ao definir a ação como “fenômeno social”. Para essa teoria, a ação tem um sentido social, sendo “uma conduta humana socialmente relevante” (Jescheck), dado comum (relevância social) a todas as variantes apresentadas, que se fundamentam, ora na causalidade objetiva, ora na finalidade da conduta, ora na estrutura pessoal do agir.

Os pontos primordiais críticos dessa teoria, abordados na obra comentada, se resumem na impossibilidade de se estabelecer um conceito preciso para a “relevância social da conduta”.

No item da “Teoria do Delito” desse capítulo, observa que, na tipicidade e na antijuridicidade, vale-se a teoria social, na sua estrutura, dos elementos e caracteres da teoria teleológica de Mezger e do finalismo. Em relação à culpabilidade, nota ele uma tendência dos autores modernos na aceitação da teoria dos elementos negativos do tipo como uma solução para o tratamento do erro de proibição indireto (erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação). Elogia essa posição adotada, que se contrapõe à solução finalista, posto que esta última puniria o autor (na inevitabilidade do erro) por crime doloso o que, afirma, é efetivamente unilateral. É pois benéfica a solução adotada pela teoria social, condizendo com o critério por nós adotado, conforme o disposto no art. 17, § 1.º do Código Penal.

Finalmente, no conteúdo desse capítulo, evoca os “Sistemas próprios”, de padrões estruturais divergentes, tais como o sistema de Schmidhauser, o de H. Mayer, o de Jescheck, o de Wessels, analisando-os e criticando-os. Não deixa, também, de se referir à tentativa de Claus Roxin e de Bockelmann de formularem um sistema próprio, ainda no entanto incipientes, por se acharem em face de elaboração.

No seu penúltimo capítulo desenvolve uma visão geral das tendências observadas entre nossos juristas, citando Nelson Hungria, que se influenciou grandemente pela Escola Técnico-Jurídica de Rocco e Anibal Bruno, que muito embora tenha inicialmente adotado a teoria causal de Von Liszt-Beling, adotou de outras teorias formulações mais modernas, tais como as dos elementos subjetivos do injusto e a concepção normativa de culpabilidade.

Observa o insigne autor que hoje já há um ponto de partida no Brasil para a aceitação da teoria finalista, tendo em Heleno Fragoso o seu maior ponto de apoio, dada a sua influência doutrinária. Foi Mestieri o precursor dessa nova teoria, cabendo a Fragoso temperar os exageros do sistema, adaptando-os à consciência jurídica brasileira.

Em Magalhães Noronha e Everardo Luna encontra-se a representação da teoria social, sendo que o primeiro situa-se na trilha de Beling e Frank e o segundo acolhe, contrariamente ao sistema, uma concepção psicológica de culpabilidade.

Não deixa, também, de comentar as tendências de Frederico Marques, Benjamin Morais e Alcides Munhoz Netto.

Concluindo, elabora em oito itens o que mais se destaca em seu trabalho, afirmando a validade do conceito analítico do delito como “ação típica, anti-jurídica e culpável”, não se compreendendo nessa definição a punibilidade da conduta, enaltece a primordial contribuição da ciência jurídico-penal alemã e, ao analisar as principais teorias do delito, estabelece a concepção finalista como a de sua preferência. Reconhece, por fim, em Anibal Bruno, o penalista que efetivamente iniciou a sistematização completa de nosso Direito Penal.

É ele autor, também, de “O Consentimento do Ofendido no Direito Penal”, “Espécie de Dolo e outros Elementos Subjetivos do Tipo”, além de ter traduzido a obra “Direito Penal” (Parte Geral) de Johannes Wessels, feita diretamente do alemão.

Não somente a obra ora criticada, como também as demais acima citadas, são consultas obrigatórias e devem integrar a biblioteca de todo o estudioso da matéria.

Delphim Salum de Oliveira

STANLEY COHEN (ed.), *Images of deviance*, Harmondsworth, Penguin Books, 1979.

Os volumes da coleção Pelicano, editados pela Penguin Books, na Inglaterra, estão entre os poucos livros naquele país oferecidos ao estrangeiro por preços acessíveis. Uma recente viagem do autor destas notas à Grã-Bretanha deixou-o simplesmente perplexo com o preço das edições regulares de livros jurídicos e científicos, o que praticamente torna impossível ao leitor brasileiro, o contato com a importante literatura técnica que naquele país se edita. Para isso concorre, é óbvio, a depreciação lamentável da nossa moeda. Por sorte, as edições em *paperback* da Pelicano incluem imensa seleção de títulos em

todas as áreas do conhecimento, inclusive traduções de todos os clássicos e o que de melhor tem aparecido na literatura, em todos os tempos. Na coleção de sociologia e antropologia, encontramos o livro de que aqui damos notícia, além de outros que interessarão aos criminólogos.

O volume reúne sete estudos, escritos por membros do grupo que se organizou em julho de 1968 e que realizou vários simpósios na Universidade de York. Representantes desse grupo constituem hoje nomes importantes na Criminologia britânica. A temática geral é a do comportamento desviante, estudado no contexto social, onde adquire especial relevo o processo de etiquetamento que a sociedade realiza, de certas condutas. Como Becker assinalou, a elaboração das normas de comportamento e a transgressão dessas normas, com a sanção imposta aos transgressores, é parte fundamental no comportamento desviante. A Criminologia de nosso tempo não toma como dado de estudo exclusivamente a transgressão de normas (servindo dessa forma ao sistema), mas questiona o próprio processo de etiquetamento, para mostrar as suas incongruências e impropriedades. Muitos aspectos do comportamento *desviante* são contínuos e normais na vida social. O exame do comportamento desviante que constitui crime, por outro lado, não pôde afastar a problemática política dos que estão na sociedade em posição desvantajosa, notadamente o proletariado e a classe trabalhadora, que constituem a clientela do sistema.

O volume se inicia com excelente estudo de Jock Young (*The role of the police as amplifiers of deviancy, negotiators of reality and translators of fantasy: some consequences of our present system of drug control as seen in Notting Hill*), sobre o papel da atividade repressiva em relação ao consumo e o tráfico de drogas, partindo de um estudo de observação participante, feito entre 1967 e 1969, em Notting Hill. O ponto de partida é a famosa observação de W. I. Thomas, de que uma situação definida como real será real em suas conseqüências. O autor descreve a maneira pela qual os estereótipos sociais do usuário de drogas fundamentalmente alteram e transformam o mundo social do fumador de maconha. A política que, por sua posição social, é particularmente suscetível de ser influenciada por estereótipos, freqüentemente atua no sentido de negociar com a realidade, de forma a atender aos estereótipos preconcebidos, tendo a sua ação por conseqüência uma ampliação e uma auto-satisfação dos mesmos estereótipos, que dessa forma se transformam em realidade. A fantasia se torna real.

Depois de examinar os conflitos entre a polícia e os fumadores de maconha, Young mostra como ocorre a amplificação do comportamento desviante, através da reação social, notadamente da imprensa. Os meios de comunicação selecionam eventos que são *atípicos* e os apresentam de forma *estereotipada*, contrastando-os com o pano de fundo da normalidade, que é *típica*. Os jornais de grande circulação descobriram que o público lê avidamente notícias que ferem a sua sensibilidade e que confirmam seus preconceitos. A imagem estereotipada e distorcida do comportamento desviante é contrastada com o típico e hipotético "homem da rua", uma ilusão persistente da sociologia e da política.

A distinção entre fantasia e realidade, considerando o autor o ambiente social do fumador de maconha de Notting Hill, como era em 1967, é assinalada em vários aspectos, extremamente interessantes. Destacamos o que se relaciona com os viciados em heroína. Em realidade, o usuário de maconha tem, em larga medida, desprezo pelo viciado em heroína. Existe interessante paralelo entre a percepção que o usuário de maconha tem, do homem de negócios e do viciado em heroína. Ambos consideram-se *pendurados* ("hung up"), obsecados ou dominados pelo dinheiro ou pela droga, respectivamente. Os valores hedonísticos e expressivos das comunidades de usuários de maconha, dificilmente podem ser realizados por tais tipos e seu modo de vida não oferece atrativos. Em conseqüência, a escalada, da maconha para a heroína é um raro fenômeno, que envolve radical mudança de valores e de estilo de vida. O estereótipo social, no entanto, em contraste com a realidade, apresenta o viciado em heroína e o usuário de maconha como tipos indiferenciáveis, com valores similares, sendo a escalada entre maconha e heroína uma progressiva busca de mais fortes emoções.

Outra enganosa situação é a da pretensa distinção dos papéis do usuário e do vendedor (traficante) de maconha, sendo comum que o usuário, em dado momento, esteja comprando, e, em outro, esteja vendendo. O estereótipo, ao contrário, apresenta-se na linha do corruptor e do corrompido. Quem vende é corruptor, sendo percebido como tendo estreitos contatos com o sub-mundo do crime, e sendo parte do sistema de tráfico.

A ação policial amplia o comportamento desviante e transforma a fantasia em realidade. A intensificação da repressão policial serve para aumentar a organização e a coesão da comunidade usuária de drogas, unindo seus membros no sentimento de injustiça perante condenações severas e distorções dos meios de comunicação. Isso conduz à segregação e ao isolamento, que diminuem a possibilidade de atuação das forças de controle social, aumentando a potencialidade de maior comportamento desviante. Quanto mais o usuário de drogas desenvolve normas desviantes de comportamento, menor é a possibilidade de que se integre socialmente. Pode-se dizer que, a partir de certo ponto, ocorre uma *ossificação* do comportamento desviante.

Perseguido, o possuidor de maconha se vê em situação difícil. Se ele diz a verdade (que fuma porque gosta e está convencido de que nenhum mal lhe causa) receberá uma condenação severa. Se diz que andou em más companhias, que alguém ofereceu a droga e ele pensou que poderia experimentá-la, que sabe que tal comportamento foi uma tolice e que não pretende repeti-lo, os juizes o tratarão com benevolência, porque ele não corresponde aos estereótipos fantasiados dos usuários de drogas.

Em face da repressão policial, o consumo de drogas se torna cada vez mais uma atividade secreta, tornando-se de grande valor para o grupo, como símbolo de sua diferença e de seu desafio às injustiças sociais percebidas. Ou seja: a maconha vem a ser consumida não apenas por seus efeitos provoca-

dores de euforia, mas como símbolo de uma vida boêmia e como rebelião contra um sistema injusto.

Na parte final do trabalho, Young se refere às implicações para o controle. O relatório do Comité Wooton (1968) encaminhou-se no sentido de que não há graves perigos no uso da maconha, embora registrasse a necessidade de mais amplas pesquisas sobre os efeitos físicos e psicológicos de seu uso. E sugeriu que as penas para a posse de pequenas quantidades deveriam ser nominais, sendo as penas de prisão reservadas para o tráfico em larga escala. A reação provocada pelo relatório foi enorme. Seja como for, é importante mostrar que o sistema de controle que na Inglaterra prevalece está baseado em fins confusos, adotando meios inadequados para circunscrever as atividades dos usuários de drogas na sociedade. A matéria está dominada por preconceitos e por atitudes discriminatórias, e não por apreciação racional das normas e valores do comportamento desviante.

Os demais trabalhos incluídos no volume, não são menos interessantes. Maureen Cain escreve sobre as interações e relações entre as forças de polícia urbana e rural e Mary McIntosh sobre mudanças na organização do furto. Ian R. Taylor realiza estudo que para nós apresenta interesse especial, sobre a consciência e o hooliganismo, no futebol. O trabalho inclui um capítulo sobre o desenvolvimento histórico do futebol, mostrando a sua origem nas classes sociais mais elevadas. Cita o autor, para ilustrar sua tese, um artigo de Janet Lever, sobre o futebol brasileiro ("Soccer: opium of the brazilian people"). O estudo tem por base mostrar a reação social que caracteriza a consciência do futebol, como problema social e examina a violação de regras por parte dos que adotam comportamento violento e invasão dos campos, com o processo de etiquetamento que os caracteriza como desviantes.

J. Maxwell Atkinson escreve sobre as reações sociais ante o suicídio, estudando os elementos que caracterizam, para a autoridade policial investigadora, a existência de suicídio (fato que deixou de ser crime na Inglaterra, desde 1961). Invocando um estudo de Erwin Stengel, publicado, aliás, nesta mesma coleção ("Suicide and attempted suicide", 1964), indicam-se os fatores relacionados com o suicídio: sexo masculino, idade avançada, viuvez, estado civil de solteiro ou divorciado, ausência de filhos, alta densidade de população, residência em grandes cidades, alto padrão de vida, crise econômica, consumo de álcool, história de lar desfeito na infância, perturbação mental e doença física.

O volume se encerra com artigos de Mike Hepworth (sobre chantagem) e Laurie Taylor e Paul Walton, sobre sabotagem industrial, seus motivos e significados. As diversas formas de sabotagem, no contexto da produção industrial, são estudadas. Stanley Cohen, que organizou o volume, colabora com extensa introdução, tendo acrescentado um *post-scriptum* em que se refere às atividades do grupo.

H.C.F.

HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Terrorismo e criminalidade política*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

Cada vez que um grupo terrorista lança uma bomba, alguns dos seus estilhaços vão chocar-se contra as vidraças dos solenes escritórios dos juristas. Se o fato ocorrer em um país como a Itália, a reação será de inquietação e medo, pois, lá, juízes e promotores se tornaram alvos preferidos dos neobakunistas. Em outros lugares, será, no mínimo, de perplexidade, pois a prática do terror alinha-se entre as matérias mais ambíguas do Direito, aqui como na Europa. Dessa ambigüidade, trata "Terrorismo e Criminalidade Política", do advogado Heleno Fragoso, publicado pela Editora Forense, Rio, 136 páginas.

Aparentemente, todos sabemos o que é terrorismo. Na verdade, trata-se de uma figura de contornos esfumados. Tanto é assim — observa o autor, com a experiência e o conhecimento de quem lida, há anos, com o assunto, e o tem discutido, freqüentemente, em reuniões internacionais — que, até hoje, ninguém foi capaz de defini-lo, satisfatoriamente. Isso acontece porque o terrorismo tem muitas faces, e porque, não raro, a mesma prática delituosa pode ou não configurar uma ação terrorista.

Para que se tenha idéia da complexidade da questão, basta lembrar, como o faz o autor, que a própria palavra terrorismo tem origem, não em um ato praticado contra o Estado, mas em uma política posta em execução por um governo, no caso a ditadura jacobina, que, em plena Revolução Francesa, de 1793 e 1794, mandou prender 300 mil pessoas por simples suspeição, e guilhotinar outras 17 mil sem julgamento ou julgadas por um tribunal que tinha, apenas, a alternativa de absolver ou condenar à morte, sem conceder ao acusado o direito de defesa. Esse período, sabe-se, é conhecido como o "Terror".

Depois disso, não poucas vezes, o terror voltou a ser posto em prática pelo Estado, e Fragoso lembra, entre outros, dois episódios conhecidos: primeiro, o decreto de execução de reféns, em 1919, pelo Estado soviético, então dirigido por Lênine, um líder político que nunca escondeu sua admiração pelos jacobinos e que, no tocante ao terror, só condenava o seu uso quando as circunstâncias não fossem apropriadas aos objetivos do Partido; o outro, bem recente, o aprisionamento de diplomatas americanos por pseudo-estudantes iranianos e a sua transformação em reféns, sob a guarda do governo de Teerã. Claro, os exemplos poderiam multiplicar-se e ser colhidos não apenas na vida de países politicamente turbulentos.

Contudo, o terrorismo, que, hoje, inquieta o mundo e leva a perplexidade aos círculos jurídicos, é aquele cuja origem e evolução se associa, intimamente, à tradição anarquista, embora o fascínio pelos seus métodos seja, desde muito, partilhado pelos radicais de todos os matizes. Os objetivos podem variar — da destruição do Estado à conservação de determinadas instituições e privilégios —, mas há traços comuns, entre eles a noção da "propaganda pela ação" e um gosto mais ou menos marcante pela destruição, em larga escala.

As diversas vagas de terrorismo registradas desde a segunda metade do século XIX provocaram, em praticamente todos os países atingidos, o apareci-

mento de leis repressivas, cuja elaboração, desde cedo, provocou interesse em torno do conceito de crime político, formulado sob a inspiração do liberalismo iluminista. O longo debate levou a que alguns propusessem uma distinção entre crimes dirigidos contra os órgãos do Poder — políticos, portanto — e crimes sociais, praticados com a finalidade de perturbar ou destruir o sistema social e econômico existente. O terrorismo, visto dessa ótica, não seria crime político, pois se dirigirá contra a ordem universal. Seria um crime comum e motivaria um interesse universal, na sua repressão.

Contra esse esforço “para transferir o terrorismo à órbita dos crimes comuns”, visando “retirar-lhe o privilégio que a criminalidade política ainda conserva”, insurge-se Heleno Fragoso, embora reconhecendo que a tendência dominante na legislação contemporânea é nesse sentido. Os argumentos com que sustenta o seu ponto de vista são muitos, mas um lhe parece fundamental: a finalidade da ação terrorista, um bandido pode infundir temor a toda uma população, apoderar-se de uma aeronave, pôr em perigo a vida de centenas de pessoas. Mas o seu objetivo é obter proveito pessoal. A do terrorista é atingir os órgãos do Estado, tornar, como dizem os ativistas da *Prima Línea*, inviável o sistema.

Boa parte do livro de Heleno Fragoso é dedicada ao exame comparado da legislação sobre a matéria, terminando pela brasileira. Esta, que incorporou a tendência a tratar o terrorismo como crime comum, tem, como ponto de partida, a ideologia da segurança nacional, que, no entender do autor, “pretende criar uma noção totalitária dos crimes políticos”. Além de apontar o caráter antidemocrático dessa premissa, Fragoso demora-se, longamente, a analisar as “impropriedades” e as “graves incorreções” da lei brasileira, que gostaria de ver modificada, “de acordo com as exigências de um Direito Penal democrático”.

Os governantes, escreve o autor em suas conclusões, “têm que resistir à tentação de criar um inútil direito penal do terror”. Os dividendos de tais criações, por toda parte, têm sido escassos. O resultado mais freqüente são restrições do direito de defesa e da liberdade individual “para além de todo limite tolerável”. Com isto, o mais comum é que o Estado perca “autoridade na luta contra o terrorismo” e se degrada ao assumir a postura de na guerra como na guerra.

Para Fragoso, o terrorismo surge no Estado violento, é fruto da “violência, que representa a fome e a desnutrição; a miséria e condições subumanas de vida; o desemprego e o subemprego; a incapacidade de resolver os problemas sociais que impedem uma vida digna; a opressão dos regimes ditatoriais.”

Trata-se, certamente, de uma generalização, que não explica, por exemplo, a ação dos grupos como o Baader-Meinhof, numa Alemanha próspera e preocupada em reduzir ao mínimo as injustiças sociais. O caminho mais próximo para compreendê-los talvez esteja numa passagem de Dostoiévski, citada pelo autor, na qual o escritor russo, que conhecia muito de perto o assunto, se referia aos terroristas de cujo grupo participou como “um proletariado de bacharéis”.

Tenho restrições, que me permito externar, não propriamente sobre o que diz o prof. Heleno C. Fragoso, a quem tanto admiro, porém no tocante a alguns conceitos aqui expendidos.

A palavra “terrorista”. Quem é terrorista? O resistente francês contra Vichy e o boche, ou o governo de Pétain e o de Hitler? O argelino que lutava pela independência de sua Pátria, ou Massu e seus cúmplices, que torturavam os “rebeldes”?

A verdade é que os vencedores apelidam de “terroristas” os vencidos, enquanto estes o são. Vide Israel — a Irgun, a Haganah —, antes da criação do respectivo Estado atual.

É preciso muito cuidado ao empregar a palavra, pois se presta a deformações, de que os governos têm usado e abusado.

Ouso remeter o leitor ao que escrevi ao propósito, em Manaus, na VIII Conferência da OAB, fl. 366 dos respectivos Anais.

Por exemplo: fala-se muito nos horrores da Comuna, em 1871. Entretanto, a reação Versalhense de Thiers, na “Semana Sangrenta”, fez muito mais vítimas do que o número de reféns, fuzilados, antes, em Paris. É a propaganda, e a história escrita pelos vitoriosos.

Temos de procurar um justo meio — e vamos lembrar um advogado famoso, Jules Favre, aquele que defendeu Orsini, herói da independência italiana, que foi um dos autores do atentado defronte da Ópera de Paris, em que houve tantas vítimas: é preciso pesquisar o móvel do ato, se para proveito pessoal, se com objetivo político.

Se é exato que o fim não justifica os meios, não é menos verdade que devemos desconfiar dessa apelação de terroristas que todos os Somozas e Cia. lançam contra os adversários, que os tentam derrubar.

Daniel Aarão Reis

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte General* v. II, ed. ADIAR, B. Aires, 1981, 464 p.

Zaffaroni se tornou conhecido no Brasil em 1974, quando se difundiu entre nós o contato com sua *Teoria del Delito* (1973), à qual viria se acrescentar um excelente Manual em 1977.

O segundo volume de seu Tratado guarda as mesmas virtudes perceptíveis em suas obras anteriores. Dominando integralmente o método de investigação jurídica, Zaffaroni nele não se exaure; pelo contrário, humanista que é, busca um porto histórico-antropológico onde fundear o galeão penal. Talvez resida aqui a maior contribuição deste livro, ou seja, naquilo que o A. chama de “fundamentação antropológica da ciência do direito penal”, e consiste, entre outros sinais, em não se fundamentar o direito penal num *ser* derivado de *valor* (assumindo-se, pois, um relativismo valorativo que humaniza, pela dúvida ou pela angústia, a segurança sem rumo de valores absolutizados), em conferir-lhe base realista (banindo a dissimulação do humano que se exprime

nos idealismos), repelindo o conhecimento produzido pela fé tanto quanto aquele que dispensa a filosofia em nome de empirismos, e distinto limpidamente da moral — embora sem renunciar a uma especial aspiração ética. Este esforço de criar bases para uma discussão sobre as feições que possa ter um direito penal agora desamparado do jusnaturalismo, da revelação divina ou do estado absoluto, constitui notável contribuição, votada a abrir um indispensável debate sobre a fundamentação daquele direito que Asúa situava no remoto porvenir.

Outro tópico invulgarmente tratado está no capítulo em que se discutem as aproximações existentes entre algumas linhas do pensamento político e certos princípios do direito penal. Ali se encontram correlações precisas que exprimem a política penal liberal, as políticas penais dos autoritarismos de pré-guerra (fascista, nazista e soviética, seguida de um atualíssimo *excursus* sobre a ideologia da segurança nacional), a política penal dos países socialistas, o anarquismo penal, a política penal católica, etc.

O volume se inicia com um levantamento que, do pensamento antigo ao contemporâneo, emprega nada menos de 361 páginas em exposição historiográfica repleta de informações, e sobretudo crítica.

O tratado de Zaffaroni pode ser incluído entre os livros indispensáveis a uma biblioteca básica de direito penal, e entre as mais importantes obras escritas na América Latina.

Nilo Batista

JAMES TUBENCHLAK, *Crise Social e Delinquência*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1981, 97 p.

Não foi à toa que JAMES TUBENCHLAK escolheu SERRANO NEVES para prefaciar o seu livro nem entregou a MILLÔR FERNANDES a tarefa de redigir um admirável comentário para a "orelha". Ambos são panfletários do bem. SERRANO, velho e experiente advogado criminal, culto e panfletário na profissão que exerce de forma combativa na defesa da liberdade e da Justiça. MILLÔR, incomparável crítico de costumes, também é panfletário da crise social.

A partir dessas escolhas, o inquieto Professor JAMES TUBENCHLAK, Promotor Público daqueles que não se acomodam ao "clássico e negligente pedido de Justiça", oferece uma obra digna de recomendação geral.

O livro não é de Direito, embora trate dos seus aspectos com uma linguagem inovadora nessa matéria, sem "a linguagem da magistratura", como disse o MILLÔR, acrescentando que por pouco ele não substitui essa maneira antiga de dizer as coisas jurídicas "pelos mais humanos palavrões do homem indignado".

O forte do escritor está na parte em que ele aborda a crise social com a forma de um punhal que o leitor sente ir penetrando na medida em que se aprofunda na leitura do texto.

Estilo forte mas compreensivo para todos, profissionais do Direito ou não, o livro interessa principalmente aos que estupefactos com a crise sócio-político-econômica brasileira queiram entendê-la ou, pelo menos, refletir sobre o tema.

Livro generoso de idéias, deixa absolutamente claro que a solução do problema da violência não está no Direito Penal ou na repressão policial.

A análise profunda das principais mazelas do sistema e os focos do aumento da criminalidade violenta são de arrepiar e fazer parar para pensar. Os sustos que se sentem durante a leitura ficam por conta da reprodução de manchetes e recortes de jornais, postos de repente para ilustrar a discussão e pegar o leitor de surpresa com um soco no estômago.

JAMES TUBENCHLAK não se limita a repetir os chavões acerca do tema. Desenvolve inteligentes observações sobre tudo o que compõe o desequilíbrio do povo brasileiro. Mostra, por exemplo, falando sobre o LAZER, que os brasileiros levados à condição de aficionados de um esporte único (acrescente-se aí a Loteria Esportiva e a Televisão a incentivar o fato) se vêem nesse estado: "ao invés de se formarem atletas, fabricam-se torcedores."

Nesse ponto os malefícios apontados à formação das crianças, que há muito deixaram de usar as mãos na formação da imagem e da expressão, já que a televisão se incumba de desenvolver o visual e o auditivo predominantemente sobre os demais sentidos, "retirando a possibilidade de conceber um esquema corporal ajustado e cerceando a formação natural do sistema nervoso".

As informações estatísticas não são enfadonhas e são postas no contexto de forma didática e convincente. Uma delas noticia a relação televisão-violência com o surpreendente resultado de que um estudante médio, ao atingir o ginásio, já assistiu a 15.000 horas de programas e a 18.000 assassinios pelo vídeo!

Outra observação a destacar está na deformação dos jovens que são levados a práticas perigosas e violentas devido à frustração social e à falta de participação política, circunstância que o autor advoga como benéfica para o fortalecimento do homem.

É certo que a geração universitária de 1964 para cá, ou mais precisamente do AI-5 em diante, ignora o que seja a vida acadêmica politicamente organizada através dos Diretórios.

As reflexões de JAMES TUBENCHLAK sobre a família, a escola, o trabalho, o lazer, a violência urbana, os tóxicos, enfim, a CRISE SOCIAL e a DELINQUÊNCIA são recomendáveis para todos os que têm caráter.

Suas *anotações finais* são claras e não se limitam a formular soluções acadêmicas. A experiência técnica do jurista, a aguda sensibilidade do filósofo, observador da realidade e crítico dos costumes dão às suas conclusões fundamento bastante para, além de reconhecer que a base do estado de crise



está nas estruturas sociais injustas, justificar que os apelos repressivos pelo "endurecimento" da legislação é a mais pura e reacionária balela.

Quando se debate a crise social e a delinquência em meio ao sentimento de insegurança que tomou conta das grandes cidades, é absolutamente indispensável ler o livro de JAMES TUBENCHLAK.

Um livro que assusta, mas que dá um prazer enorme de ler.

Técio Lins e Silva

## LIVROS NOVOS RECEBIDOS

### I — DIREITO PENAL

ALBRECHT (Hans-Jorg), *Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen unter Berücksichtigung, des Tagessatzsystems*, Berlim — Munique, Duncker & Humblot, 1980.

Amnesty International Report, *The death penalty*, Londres, 1979.

Association Internationale de Droit Pénal, XII.<sup>e</sup> Congrès International de Droit Pénal, Hambourg 16-22 Septembre 1979, *Actes du Congrès*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1980.

BARBERO SANTOS, *Marginación social y derecho represivo*, Barcelona, Bosch, 1980.

BASAN (Pedro Mudrey), *Tóxicos*, São Paulo, Brasilivros, 1980.

BEHRENDT (Hans Joachim), *Die Unterlassung im Strafrecht. Entwurf eines negativen Handlungsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlage*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1979.

BOTTKE (Wilfried), *Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach §31 StGB*, Berlim e Munique, Duncker & Humblot, 1980.

BRITO ALVES (Roque), *Os motivos do crime (Análise científica e jurídico-penal)*, Recife, 1980.

CANOVAS THERIOT (Federico) et al., *Cuatro ensayos de derecho penal*, México, Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán UNAM, s/d. *Código Penal Atualizado*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 1980.

DOTTI (René Ariel), *A reforma penal e penitenciária*, Curitiba, Livraria Ghignone Editora, s/d (1980).

DOTTI (René Ariel), *Bases e Alternativas para o sistema de penas*, Curitiba, 1980.

DÜNKEL (Frieder), *Legalbewährung nach Sozialtherapeutischer Behandlung*, Berlim e Munique, Duncker & Humblot, 1980.

FIANDACA (Giovanni), *Il reato commissivo mediante omissione*, Milão, Giuffrè, 1979.

\* Tércio Lins e Silva é Advogado Criminal, Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito Cândido Mendes-Ipanema, membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros e Diretor do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal.

- FRAGOSO (Heleno C.), *Terrorismo e criminalidade política*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- GUASTINI (V. C. da Rocha), NINNO (Wilson), *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, vol. II, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.
- HARRIS (John), *Violence and responsibility*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1980.
- JESCHECK (Hans-Heinrich), *Strafrecht im Dienste der Gemeinschaft*, Berlim e Munique, Duncker & Humblot, 1980.
- LYRA (Roberto), *Novo Direito Penal: Introdução*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- MIR PUIG (Santiago), *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Bosch, 1979.
- MONTOVANI (Ferrando), *Diritto Penale, Parte Generale*, Pádua, Cedam, 1979.
- NUVOLONE (Pietro), *Lineamenti di diritto penale valutario*, Pádua, Cedam, 1979.
- PONTES (Ribeiro), *Código Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980 (10.<sup>a</sup> edição).
- RIVACOBA (M. de) — ZAFFARONI (E. R.), *Siglo y medio de codificación penal en iberoamérica*, Valparaíso, Edeval, 1980.
- RODRIGUEZ DEVESA (José Maria), *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madri, 1980 (8.<sup>a</sup> edição).
- SALLES JR. (Romeu de A.), *Contravenções Penais*, São Paulo, BED, 1980.
- SOARES (J. C. Tinoco), *Crimes contra a propriedade industrial e de concorrência desleal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.
- SCHULTZ (Joachim), *Die Bestrafung des Ratgebers, Zur Abgrenzung von Austiftung und Beihilfe*, Berlim e Munique, Duncker & Humblot, 1980.
- SZNICK (Valdir), *Acidentes de trânsito. Aspectos jurídicos e criminológicos*, Rio de Janeiro, Forense, 1980 (2.<sup>a</sup> edição).
- TAVARES (Juarez), *Teorias do delito (Variações e Tendências)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.

## II — DIREITO PROCESSUAL PENAL

- DENNING (Lord), *The due process of law*, Londres, Butterworths, 1980.
- GAMA MALCHER, *Manual de Direito Processual Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980, vol. II.
- PISAPIA (G. D.), *Lineamenti del nuovo processo penale*, Pádua, Cedam, 1979.
- ROXIN (Claus), *Strafprozessrecht*, Munique, Beck, 1980 (8.<sup>a</sup> edição).
- SOUZA GAMA (José), *Curso de prática forense penal*, Rio de Janeiro, edição do autor, 1980.

## III — CRIMINOLOGIA

- BAUER (Fritz), (ed.), *Sexualidad y crimen*, tradução de E. Gimbernat Madri, Reus, 1969.

- BRYANT (Clifton D.), *Khaki collar crime: deviant behavior in the military context*, Nova Iorque, Free Press, 1979.
- COHEN (Stanley), (ed.), *Images of Deviance*, Harmondsworth, Penguin Books, 1979.
- CRAMER (James A.) (ed.), *Preventing Crime*, Beverly Hills-Londres, Sage Publications, 1978.
- DAVID (Pedro R.), *Estrutura social y criminologia*, Maracaibo, Instituto de Criminologia Facultad de Derecho Universidad de Zulia, 1979.
- DOWNES (D.) e ROCK (P.), (eds.), *Deviant Interpretations*, Oxford, Martin Robertson, 1979.
- FEELEY (Malcon M.), *The process is the punishment: handling cases in a lower criminal court*, Nova Iorque, Russell Sage Foundation, 1979.
- FISCHER FERREIRA (Rosa Maria), *Meninos da rua. Expectativas e valores de menores marginalizados em São Paulo*, São Paulo, Comissão Justiça e Paz, 1979.
- GOMES NETO (Paulo), *Violência e o sistema político*, Teresópolis, Ed. Tana, 1980.
- JENSEN (Gary F.) — ROSSEK (Dean G.), *Delinquency: A sociological view*, Lexington, D.C. Heath & Co., 1980.
- NEUMAN (Elias), *La sociedad de la droga*, Buenos Aires, Lerner Editores Asociados, 1979.
- NIVOLI (Gian Carlo) — SZABO (Denis), *La culpabilité, la responsabilité et le controle socio-psychiatrique des sujets diagnostiqués psychopathes: tendances actuelles en politique criminelle*, Montréal, Centre International de Criminologie Comparée, Université de Montréal, 1979.
- OAB — *Seminário sobre criminalidade violenta*, Rio de Janeiro, 1980.
- OLIVEIRA (Edmundo), *O delinqüente por tendência*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- PEIXOTO, (Isadora Durval), *Supertição e crime no Brasil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.
- PELFREY (William V.), *The evolution of Criminology*, Cincinnati, Anderson Publishing Co., 1980.
- PLATT (Tony) — TAKAGI (Paul) (eds.), *Punishment and penal discipline, Essays on the prison and the prisoner's movement*, Berkeley Crime and Social Justice Associates, 1980.
- REIMAN (Jeffrey H.), *The rich get richer and the poor get prison: Ideology, class and criminal justice*, Nova Iorque, John Wiley & Sons, 1979.
- RENGEL (Jorge Hugo), *La concepción sociológica del delito*, Quito, Editorial Ecuador, 1980 (2.<sup>a</sup> edição).
- SAGARIN (Edward) (ed.), *Criminology. New Concerns (Essays in honor of Hans W. Mattick)*, Beverly Hills — Londres, Sage Publications, 1979.
- SILVA (Juary C.), *A macrocriminalidade*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.

SZABO (Denis), *Evaluation des politiques criminelles: quelques réflexions préliminaires*, Montréal, Centre International de Criminologie Comparée, 1979.

SZABO (Denis), *Victimologie et Criminologie: tendances et applications*, Comunicação ao 3.º Simpósio Internacional de Vitimologia, Muenster, 1979 (mimeo).

#### IV — PERIÓDICOS

*Boletim Informativo* n.º 3, 1979, Instituto de Derecho Penal, Universidade Nacional de La Plata (Argentina).

*Capítulo Criminológico* n.º 6, órgão do Instituto de Criminologia da Universidade de Zulia, Maracaibo, 1978.

*Crime and Social Justice* n.º 14 (Inverno de 1980), Berkeley, Calif.

*Cuadernos de los Institutos* n.º 135 (1979), Universidade Nacional de Córdoba (Argentina). Número dedicado às IV jornadas nacionais de direito penal.

*Derecho Comparado*, n.º 4 (1980). Órgão da Associação Argentina de Direito Comparado.

*Derecho Penal y Criminologia*, vol. 2, n.º 8 (1979), revista do Instituto de Criminologia do Instituto de Ciencias Penales y Criminologicas da Universidade Externado de Colômbia (Bogotá).

*Déviance et Société*, vol. IV, n.º 4 (dez. 1980) Genebra, Suíça.

*Doctrina Penal*, ano 3, n.º 10 (abril-junho, 1980), Depalma, Buenos Aires, n.º 11 (julio-setembro, 1980).

*La Questione Criminale, Rivista di ricerca e dibattito su devianza e controllo sociale*, ano VI, janeiro/abril de 1980, Bolonha, Itália.

*L'Indice Penale*, ano XIV n.ºs 2 (maio-agosto 1980) e 3 (set./dez. 1980), Pádua, Cedam.

M.P. — Órgão oficial do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 9, n.º 9 (1980).

*Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, n.º 3 (1980), Cali, Colômbia.

*Revue Internationale de Droit Pénal*, 1979, n.ºs 1/2, número dedicado ao colóquio preparatório de Moscou sobre crimes de imprudência; n.ºs 3/4, dedicado ao seminário internacional sobre proteção penal da infância.

*Revue Internationale de Droit Pénal*, 1979, n.ºs 1/2, número dedicado ao anteprojeto definitivo de revisão do CP francês.

*Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, Sirey, 1980, n.ºs 1 e 2.

*Segurança e Desenvolvimento*, n.º 183 (1980), Revista da Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra, número especial dedicado ao tema: "Violência e segurança nacional".

*The Criminal Law Review*, julho, agosto e setembro, 1980, Sweet & Maxwell (Londres).

*The Journal of Criminal Law & Criminology*, volume 71, number 3 (1980), The Williams & Wilkins, Baltimore, Maryland.

*Trânsito*, Revista do Departamento de Operações do Sistema Viário, São Paulo, ano 4, n.º 5 (1980).

LEI N.º 6.815, DE 19 DE AGOSTO DE 1980

*Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração e dá outras providências.*

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA.

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

*Omissis*

Título I

DA APLICAÇÃO

Art. 2.º — Na aplicação desta lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional.

Art. 3.º — A concessão do visto, a sua prorrogação ou transformação ficarão sempre condicionadas aos interesses nacionais.

*Omissis*

Art. 18 — A concessão do visto permanente poderá ficar condicionada, por prazo não superior a cinco anos, ao exercício de atividade certa e à fixação em região determinada do território brasileiro.

*Omissis*

Art. 21 — Ao natural de país limítrofe, domiciliado em cidade contígua ao território brasileiro, respeitados os interesses da segurança nacional, poder-se-á permitir a entrada nos municípios fronteiriços a seu respectivo país, desde que apresente prova de identidade.

§ 1.º — Ao estrangeiro, referido neste artigo, que pretenda exercer atividade remunerada ou freqüentar estabelecimento de ensino naqueles municípios, será fornecido documento especial que o identifique e caracterize a sua condição, e, ainda, carteira de trabalho e previdência social, quando for o caso.

§ 2.º — Os documentos referidos no parágrafo anterior não conferem o direito de residência no Brasil, nem autorizam o afastamento dos limites territoriais daqueles municípios.

*Omissis*

Art. 24 — Nenhum estrangeiro procedente do exterior poderá afastar-se do local de entrada e inspeção sem que o seu documento de viagem e o cartão de entrada e saída hajam sido visados.

Art. 25 — Não poderá ser resgatado no Brasil, sem prévia autorização do Ministério da Justiça, o bilhete de viagem do estrangeiro que tenha entrado no território brasileiro na condição de turista ou em trânsito.

Art. 26 — O visto concedido pela autoridade consular configura mera expectativa de direito, podendo a entrada, a estada ou o registro do estrangeiro ser obstado ocorrendo qualquer dos casos do art. 7.º, ou a inconveniência de sua presença no território brasileiro, a critério do Ministério da Justiça.

§ 1.º — O estrangeiro que se tiver registrado no País sem recolher a multa devida em virtude desta Lei, não poderá reentrar sem efetuar o seu pagamento, acrescido de correção monetária.

§ 2.º — O impedimento de qualquer dos integrantes da família poderá estender-se a todo o grupo familiar.

Art. 27 — A empresa transportadora responde, a qualquer tempo, pela saída do clandestino e do impedido.

Parágrafo único — Na impossibilidade de saída imediata do impedido ou do clandestino, o Ministério da Justiça poderá permitir a sua entrada condicional, mediante termo de responsabilidade firmado pelo representante da empresa transportadora, que lhe assegure a manutenção, fixados o prazo de estada e o local em que deva permanecer o impedido, ficando o clandestino custodiado pelo prazo máximo de trinta dias, prorrogável por igual período.

*Omissis*

Art. 30 — O estrangeiro admitido na condição de permanente e temporário (art. 13, itens I, e de IV a VI), ou de asilado é obrigado a registrar-se no Ministério da Justiça, dentro dos trinta dias seguintes à entrada ou à concessão do asilo e a identificar-se pelo sistema datiloscópico, observadas as disposições regulamentares.

*Omissis*

Art. 36 — O titular do visto de que trata o art. 13, item V, poderá obter transformação do mesmo para permanente (art. 16), satisfeitas as condições previstas nesta Lei, e no seu Regulamento.

Parágrafo único — Na transformação do visto poderá aplicar-se o disposto no art. 18.

*Omissis*

Art. 44 — A Junta Comercial, ao registrar firma de que participe estrangeiro, remeterá ao Ministério da Justiça os dados de identificação do estrangeiro e os do seu documento de identidade emitido no Brasil.

Parágrafo único — Tratando-se de sociedade anônima, a providência é obrigatória em relação ao estrangeiro que figure na condição de administrador, gerente ou diretor.

Art. 45 — Os Cartórios de Registro Civil remeterão, mensalmente, ao Ministério da Justiça cópia dos registros de casamento e de óbito de estrangeiro.

Art. 46 — O estabelecimento hoteleiro, a empresa imobiliária, o proprietário, locador, sublocador ou locatário de imóvel e o síndico de edifício remeterão ao Ministério da Justiça os dados de identificação do estrangeiro admitido na condição de hóspede, locatário, sublocatário ou morador.

Art. 47 — Salvo o disposto no § 1.º do art. 21, a admissão de estrangeiro a serviço de entidade pública ou privada, ou a matrícula em estabelecimento de ensino de qualquer grau, só se efetivará se o mesmo estiver devidamente registrado (art. 30).

Parágrafo único — As entidades, a que se refere este artigo remeterão ao Ministério da Justiça, que dará conhecimento ao Ministério do Trabalho, quando for o caso, os dados de identificação do estrangeiro admitido ou matriculado e comunicarão, à medida que ocorrer, o término do contrato de trabalho, sua rescisão ou prorrogação, bem como a suspensão ou cancelamento da matrícula e a conclusão do curso.

*Omissis*

## Título VII

### DA DEPORTAÇÃO

Art. 56 — Nos casos de entrada ou estada irregular de estrangeiro, se este não se retirar voluntariamente do território brasileiro no prazo fixado em Regulamento, será promovida sua deportação.

§ 1.º — Será igualmente deportado o estrangeiro que infringir o disposto nos arts. 21, § 2.º, 24, 36, parágrafo único, 97 a 100, §§ 1.º ou 2.º do art. 103 ou art. 104.

§ 2.º — Desde que conveniente aos interesses nacionais, a deportação far-se-á independentemente da fixação do prazo de que trata o *caput* deste artigo.

Art. 57 — A deportação consistirá na saída compulsória do estrangeiro.

Parágrafo único — A deportação far-se-á para o país da nacionalidade ou de procedência do estrangeiro, ou para outro que consinta em recebê-lo.

Art. 58 — Não sendo apurada a responsabilidade do transportador pelas despesas com a retirada do estrangeiro, nem podendo este ou terceiro por ela responder, serão as mesmas custeadas pelo Tesouro Nacional.

Art. 59 — O estrangeiro poderá ser dispensado de quaisquer penalidades relativas à entrada ou estada irregular no Brasil ou formalidade cujo cumprimento possa dificultar a deportação.

Art. 60 — O estrangeiro, enquanto não se efetivar a deportação, poderá ser recolhido à prisão por ordem do Ministro da Justiça, pelo prazo de sessenta dias.

Parágrafo único — Sempre que não for possível, dentro do prazo previsto neste artigo, determinar-se a identidade do deportando ou obter-se documento de viagem para promover a sua retirada, a prisão poderá ser prorrogada por igual período, findo o qual será ele posto em liberdade, aplicando-se o disposto no art. 72.

Art. 61 — Não sendo exequível a deportação ou quando existirem indícios sérios de periculosidade ou indesejabilidade do estrangeiro, proceder-se-á à sua expulsão.

Art. 62 — Não se procederá à deportação se implicar em extradição inadmitida pela lei brasileira.

Art. 63 — O deportado só poderá reingressar no território brasileiro se ressarcir o Tesouro Nacional, com correção monetária, das despesas com a sua deportação e efetuar, se for o caso, o pagamento da multa devida à época, também corrigida.

## Título VIII

### DA EXPULSÃO

Art. 64 — É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.

Parágrafo único — É passível, também de expulsão o estrangeiro que:

a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil;

b) havendo entrado no território brasileiro com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação;

c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou

d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.



Art. 65 — Caberá exclusivamente ao Presidente da República resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação.

Parágrafo único — A medida expulsória ou a sua revogação far-se-á por decreto.

Art. 66 — Desde que conveniente ao interesse nacional, a expulsão do estrangeiro poderá efetivar-se, ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação.

Art. 67 — Os órgãos do Ministério Público remeterão ao Ministério da Justiça, de ofício, até trinta dias após o trânsito em julgado, cópia da sentença condenatória de estrangeiro autor de crime doloso ou de qualquer crime contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a economia popular, a moralidade ou a saúde pública, assim como da folha de antecedentes penais constantes dos autos.

Parágrafo único — O Ministro da Justiça, recebidos os documentos mencionados neste artigo, determinará a instauração de inquérito para a expulsão do estrangeiro.

Art. 68 — O Ministro da Justiça, a qualquer tempo, poderá determinar a prisão, por noventa dias, do estrangeiro submetido a processo de expulsão e, para concluir o inquérito ou assegurar a execução da medida, prorrogá-la por igual prazo.

Parágrafo único — Em caso de medida interposta junto ao Poder Judiciário que suspenda, provisoriamente, a efetivação do ato expulsório, o prazo de prisão de que trata a parte final do *caput* deste artigo ficará interrompido, até a decisão definitiva do Tribunal a que estiver submetido o feito.

Art. 69 — Compete ao Ministro da Justiça, de ofício ou acolhendo solicitação fundamentada, determinar a instauração de inquérito para a expulsão do estrangeiro.

Art. 70 — Nos casos de infração contra a segurança nacional, a ordem política ou social e a economia popular, assim como nos casos de comércio, posse ou facilitação de uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ou de desrespeito a proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro, o inquérito será sumário e não excederá o prazo de quinze dias, dentro do qual fica assegurado ao expulsando o direito de defesa.

Art. 71 — Salvo as hipóteses previstas no artigo anterior, caberá pedido de reconsideração no prazo de dez dias, a contar da publicação do decreto de expulsão, no Diário Oficial da União.

Art. 72 — O estrangeiro, cuja prisão não se torne necessária, ou que tenha o prazo desta vencido, permanecerá em liberdade vigiada, em lugar designado pelo Ministro da Justiça, e guardará as normas de comportamento que lhe foram estabelecidas.

Parágrafo único — Descumprida qualquer das normas fixadas de conformidade com o disposto neste artigo ou no seguinte, o Ministro da Justiça, a qualquer tempo, poderá determinar a prisão administrativa do estrangeiro, cujo prazo não excederá a noventa dias.

Art. 73 — O Ministro da Justiça poderá modificar, de ofício ou a pedido, as normas de conduta impostas ao estrangeiro e designar outro lugar para a sua residência.

Art. 74 — Não se procederá à expulsão se implicar em extradição inadmitida pela lei brasileira.

## Título IX

### DA EXTRADIÇÃO

Art. 75 — A extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em convenção, tratado ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade.

Art. 76 — Não se concederá a extradição quando:

I — se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;

II — o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;

III — o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;

IV — a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a um ano;

V — o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;

VI — estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;

VII — o fato constituir crime político; e

VIII — o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.

§ 1.º — A exceção do item VII não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal.

§ 2.º — Caberá, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, a apreciação do caráter da infração.

§ 3.º — O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.

Art. 77 — São condições para concessão de extradição:

I — ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; e

II — existir sentença final de privação de liberdade, ou estar a prisão do extraditando autorizada por juiz, tribunal ou autoridade competente do Estado requerente, salvo o disposto no art. 81.

Art. 78 — Quando mais de um Estado requerer a extradição da mesma pessoa, pelo mesmo fato, terá preferência o pedido daquele em cujo território a infração foi cometida.

§ 1.º — Tratando-se de crimes diversos, terão preferência, sucessivamente:

I — o Estado requerente em cujo território haja sido cometido o crime mais grave, segundo a lei brasileira;

II — o que em primeiro lugar houver pedido a entrega do extraditando, se a gravidade dos crimes for idêntica; e

III — o Estado de origem, ou, na sua falta, o domiciliar do extraditando, se os pedidos forem simultâneos.

§ 2.º — Nos casos não previstos decidirá sobre a preferência o Governo brasileiro.

§ 3.º — Havendo tratado ou convenção com algum dos Estados requerentes, prevalecerão suas normas no que disserem respeito à preferência de que trata este artigo.

Art. 79 — A extradição será requerida por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado que a requerer, diretamente de Governo a Governo, devendo o pedido ser instruído com a cópia autêntica ou a certidão da sentença condenatória, da de pronúncia ou da que decretar a prisão preventiva, proferida por juiz ou autoridade competente. Esse documento ou qualquer outro que se juntar ao pedido conterá indicações precisas sobre o local, data, natureza e circunstância do fato criminoso, identidade do extraditando, e, ainda, cópia dos textos legais sobre o crime, a pena e sua prescrição.

§ 1.º — O encaminhamento do pedido por via diplomática confere autenticidade aos documentos.

§ 2.º — Não havendo tratado ou convenção que disponha em contrário, os documentos indicados neste artigo serão acompanhados de versão oficialmente feita para o idioma português no Estado requerente.

Art. 80 — O Ministério das Relações Exteriores remeterá o pedido ao Ministério da Justiça, que ordenará a prisão do extraditando colocando-o à disposição do Supremo Tribunal Federal.

Art. 81 — Em caso de urgência, poderá ser ordenada a prisão preventiva do extraditando desde que pedida, em termos hábeis, qualquer que seja o meio de comunicação, por autoridade competente, agente diplomático ou consular do Estado requerente.

§ 1.º — O pedido, que noticiará o crime cometido, deverá fundamentar-se em sentença condenatória, auto de prisão em flagrante, mandado de prisão, ou, ainda, em fuga do indiciado.

§ 2.º — Efetivada a prisão, o Estado requerente deverá formalizar o pedido em noventa dias, na conformidade do art. 79.

§ 3.º — A prisão com base neste artigo não será mantida além do prazo referido no parágrafo anterior; nem se admitirá novo pedido pelo mesmo fato sem que a extradição haja sido formalmente requerida.

Art. 82 — Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.

Art. 83 — Efetivada a prisão do extraditando (art. 80), o pedido será encaminhado ao Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único — A prisão perdurará até o julgamento final do Supremo Tribunal Federal, não sendo admitidas a liberdade vigiada, a prisão domiciliar, nem a prisão-albergue.

Art. 84 — Ao receber o pedido, o Relator designará dia e hora para o interrogatório do extraditando e, conforme o caso, dar-lhe-á curador ou advogado, se não o tiver, correndo do interrogatório o prazo de dez dias para a defesa.

§ 1.º — A defesa versará sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição.

§ 2.º — Não estando o processo devidamente instruído, o Tribunal, a requerimento do Procurador-Geral da República, poderá converter o julgamento em diligência para suprir a falta no prazo improrrogável de sessenta dias, decorridos os quais o pedido será julgado independentemente da diligência.

§ 3.º — O prazo referido no parágrafo anterior correrá da data da notificação que o Ministério das Relações Exteriores fizer à Missão diplomática do Estado requerente.

Art. 85 — Concedida a extradição, será o fato comunicado através do Ministério das Relações Exteriores à Missão diplomática do Estado requerente que, no prazo de sessenta dias da comunicação, deverá retirar o extraditando do território brasileiro.

Art. 86 — Se o Estado requerente não retirar o extraditando do território brasileiro no prazo do artigo anterior, será ele posto em liberdade, sem prejuízo de responder a processo de expulsão, se o motivo da extradição o recomendar.

Art. 87 — Negada a extradição, não se admitirá novo pedido baseado no mesmo fato.

Art. 88 — Quando o extraditando estiver sendo processado, ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade, a extradição será executada somente depois da conclusão do processo ou do cumprimento da pena, ressalvado, entretanto, o disposto no art. 66.

Parágrafo único — A entrega do extraditando ficará igualmente adiada se a efetivação da medida puser em risco a sua vida por causa de enfermidade grave comprovada por laudo médico oficial.

Art. 89 — O Governo poderá entregar o extraditando ainda que responda a processo ou esteja condenado por contravenção.

Art. 90 — Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o compromisso:

I — de não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido;

II — de computar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força de extradição;

III — de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação;

IV — de não ser o extraditando entregue, sem consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame; e

V — de não considerar qualquer motivo político para agravar a pena.

Art. 91 — A entrega do extraditando, de acordo com as leis brasileiras e respeitado o direito de terceiro, será feita com os objetos e instrumentos do crime encontrados em seu poder.

Parágrafo único — Os objetos e instrumentos referidos neste artigo poderão ser entregues independentemente da entrega do extraditando.

Art. 92 — O extraditando que, depois de entregue ao Estado requerente, escapar à ação da Justiça e homiziar-se no Brasil, ou por ele transitar, será detido mediante pedido feito diretamente por via diplomática, e de novo entregue sem outras formalidades.

Art. 93 — Salvo motivo de ordem pública, poderá ser permitido, pelo Ministro da Justiça, o trânsito, no território brasileiro, de pessoas extraditadas por Estados estrangeiros, bem assim o da respectiva guarda, mediante apresentação de documentos comprobatórios de concessão da medida.

*Omissis*

Art. 95 — Sempre que lhe for exigido por qualquer autoridade ou seu agente, o estrangeiro deverá exigir documento comprobatório de sua estada legal no território brasileiro.

Parágrafo único — Para os fins deste artigo e dos arts. 42, 44, 46 e 47, o documento deverá ser apresentado no original.

*Omissis*

Art. 97 — Ao estrangeiro que se encontra no Brasil ao amparo de visto de turista, de trânsito ou temporário de que trata o art. 13, item IV, bem como aos dependentes de titulares de quaisquer vistos temporários é vedado o exercício de atividade remunerada. Ao titular de visto temporário de que trata o art. 13, item VI, é vedado o exercício de atividade remunerada por fonte brasileira.

Art. 98 — Ao estrangeiro titular de visto temporário e ao que se encontra no Brasil na condição do art. 21, § 1.º, é vedado estabelecer-se com firma

individual, ou exercer cargo ou função de administrador, gerente ou diretor de sociedade comercial ou civil, bem como inscrever-se em entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada.

Art. 99 — O estrangeiro admitido na condição de temporário, sob regime de contrato, só poderá exercer atividade junto à entidade pela qual foi contratado, na oportunidade da concessão do visto, salvo autorização expressa do Ministério da Justiça, ouvido o Ministério do Trabalho.

Art. 100 — O estrangeiro admitido na forma do art. 18, ou do art. 36, parágrafo único, para o desempenho de atividade profissional certa, e a fixação em região determinada, não poderá, dentro do prazo que lhe for fixado na oportunidade da concessão ou da transformação do visto, mudar de domicílio nem de atividade profissional, ou exercê-la fora daquela região, salvo em caso excepcional, mediante autorização prévia do Ministério da Justiça, ouvido o Ministério do Trabalho, quando necessário.

Art. 101 — O estrangeiro registrado é obrigado a comunicar ao Ministério da Justiça a mudança do seu domicílio ou residência, devendo fazê-lo nos trinta dias imediatamente seguintes à sua efetivação.

Art. 102 — O estrangeiro que adquirir nacionalidade diversa da constante do registro (art. 30) deverá, nos noventa dias seguintes, requerer a averbação da nova nacionalidade em seus assentamentos.

Art. 103 — O portador de visto de cortesia, oficial ou diplomático só poderá exercer atividade remunerada em favor do Estado estrangeiro, organização ou agência internacional de caráter intergovernamental a cujo serviço se encontra no País, ou do Governo ou de entidade brasileiros, mediante instrumento internacional firmado com outro Governo que encerre cláusula específica sobre o assunto.

§ 1.º — O servicial com visto de cortesia só poderá exercer atividade remunerada a serviço particular de titular de visto de cortesia, oficial ou diplomático.

§ 2.º — A missão, organização ou pessoa, a cujo serviço se encontra o servicial, fica responsável pela sua saída do território brasileiro, no prazo de trinta dias, a contar da data em que cessar o vínculo empregatício, sob pena de deportação do mesmo.

§ 3.º — Ao titular de quaisquer dos vistos referidos neste artigo não se aplica o disposto na legislação trabalhista brasileira.

Art. 104 — Ao estrangeiro que tenha entrada no Brasil na condição de turista ou em trânsito é proibido o engajamento como tripulante em porto brasileiro, salvo em navio de bandeira de seu país, por viagem não redonda, a requerimento do transportador ou do seu agente, mediante autorização do Ministério da Justiça.

Art. 105 — É vedado ao estrangeiro:

I — ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive nos serviços de navegação fluvial e lacustre;

II — se proprietário de empresa jornalística de qualquer espécie, e de empresas de televisão e de radiodifusão, sócio ou acionista de sociedade proprietária dessas empresas;

III — ser responsável, orientador intelectual ou administrativo das empresas mencionadas no item anterior;

IV — obter concessão ou autorização para a pesquisa, prospecção, exploração e aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica;

V — ser proprietário ou explorador de aeronave brasileira, ressalvado o disposto na legislação específica;

VI — ser corretor de navios, de fundos públicos, leiloeiro e despachante aduaneiro;

VII — participar da administração ou representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada;

VIII — ser prático de barras, portos, rios, lagos e canais;

IX — possuir, manter ou operar, mesmo como amador, aparelho de radiodifusão, de radiotelegrafia e similar, salvo reciprocidade de tratamento; e

X — prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares, e também aos estabelecimentos de internação coletiva.

§ 1.º — O disposto no item I deste artigo não se aplica aos navios nacionais de pesca.

§ 2.º — Ao português, no gozo dos direitos e obrigações previstos no Estatuto da Igualdade, apenas lhe é defeso:

a) assumir a responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa das empresas mencionadas no item II deste artigo;

b) ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive de navegação fluvial e lacustre, ressalvado o disposto no parágrafo anterior; e

c) prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares.

Art. 106 — O estrangeiro admitido no território brasileiro não pode exercer atividade de natureza política, nem se imiscuir, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil, sendo-lhe especialmente vedado:

I — organizar, criar ou manter sociedade ou quaisquer entidades de caráter político, ainda que tenham por fim apenas a propaganda ou a difusão, exclusivamente entre compatriotas, de idéias, programas ou normas de ação de partidos políticos do país de origem;

II — exercer ação individual, junto a compatriotas ou não, no sentido de obter, mediante coação ou constrangimento de qualquer natureza, adesão a idéias, programas ou normas de ação de partidos ou facções políticas de qualquer país;

III — organizar desfiles, passeatas, comícios e reuniões de qualquer natureza, ou deles participar, com os fins a que se referem os itens I e II deste artigo.

Parágrafo único — O disposto no *caput* deste artigo não se aplica ao português beneficiário do Estatuto de Igualdade ao qual tiver sido reconhecido o gozo de direitos políticos.

Omissis

## Título XII

### DAS INFRAÇÕES, PENALIDADES E SEU PROCEDIMENTO

#### Capítulo I

#### DAS INFRAÇÕES E PENALIDADES

Art. 124 — Constitui infração, sujeitando o infrator às penas aqui cominadas:

I — entrar no território brasileiro sem estar autorizado (clandestino);

II — demorar-se no território brasileiro após esgotado o prazo legal de estada;

Pena: multa de um décimo do maior valor de referência, por dia de excesso, até o máximo de dez vezes o maior valor de referência, a deportação, caso não saia no prazo fixado.

III — deixar de registrar-se no órgão competente, dentro do prazo estabelecido nesta lei (art. 30);

Pena: multa de um décimo do maior valor de referência, por dia de excesso, até o máximo de dez vezes o maior valor de referência.

IV — deixar de cumprir o disposto nos arts. 95, 101 e 102;

Pena: multa de duas a dez vezes o maior valor de referência.

V — deixar a empresa transportadora de atender à manutenção ou promover a saída do território brasileiro do clandestino ou do impedido (art. 27);

Pena: multa de trinta vezes o maior valor de referência, por estrangeiro.

VI — transportar para o Brasil estrangeiro que esteja sem a documentação em ordem:

Pena: multa de dez vezes o maior valor de referência; por estrangeiro e sua retirada do território brasileiro.

VII — empregar ou manter a seu serviço estrangeiro em situação irregular ou impedido de exercer atividade remunerada;

Pena: multa de trinta vezes o maior valor de referência, por estrangeiro.

VIII — infringir o disposto nos arts. 21, § 2.º, 24, 97, 103, §§ 1.º ou 2.º e 104;

Pena: deportação.

IX — infringir o disposto no art. 25;

Pena: multa de cinco vezes o maior valor de referência para o resgatador e deportação para o estrangeiro.

X — infringir o disposto nos arts. 18, 36, parágrafo único, ou 98 a 100;  
Pena: detenção de um a três anos e expulsão.

XI — infringir o disposto nos arts. 105 ou 106; Pena: detenção de um a três anos e expulsão.

XII — introduzir estrangeiro clandestinamente ou ocultar clandestino ou irregular;

Pena: detenção de um a três anos e, se o infrator for estrangeiro, expulsão.

XIII — fazer declaração falsa em processo de transformação de visto, de registro, de alteração de assentamentos, de naturalização, ou para a obtenção de passaporte para estrangeiro, "laissez-passer", ou, quando exigido, visto de saída;

Pena: reclusão de um a cinco anos e, se o infrator for estrangeiro, expulsão.

XIV — infringir o disposto nos arts. 44 a 47;

Pena: multa de cinco a dez vezes o maior valor de referência.

XV — infringir o disposto nos arts. 26, § 1.º ou 63;

Pena: deportação e, na reincidência, expulsão.

XVI — infringir ou deixar de observar qualquer disposição desta lei ou de seu Regulamento para a qual não seja cominada sanção especial;

Pena: multa de duas a cinco vezes o maior valor de referência.

Parágrafo único — As penalidades previstas no item XI, aplicam-se também aos diretores das entidades referidas no item I do art. 106.

Art. 125 — As multas previstas neste capítulo, nos casos de reincidência, poderão ter os respectivos valores aumentados do dobro ao quíntuplo.

## Capítulo II

### DO PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DAS INFRAÇÕES

Art. 126 — A infração punida com multa será apurada em processo administrativo, que terá por base o respectivo auto, conforme se dispuser em Regulamento.

Art. 127 — No caso do art. 124, itens XI e XIII, observar-se-á o Código de Processo Penal e, nos casos de deportação e expulsão, o disposto nos Títulos VII e VIII desta Lei, respectivamente.

#### Omissis

Art. 136 — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, especialmente o Decreto-Lei n.º 406, de 4 de maio de 1938; art. 69 do Decreto-Lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941; De-

creto-Lei n.º 5.101, de 17 de dezembro de 1942; Decreto-Lei n.º 7.967, de 18 de setembro de 1945; Decreto-Lei n.º 417, de 10 de janeiro de 1969; Decreto-Lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969; art. 2.º da Lei n.º 5.709, de 7 de outubro de 1971, e Lei n.º 6.262, de 18 de novembro de 1975.

Brasília, em 19 de agosto de 1980; 159.º da Independência e 92.º da República.

JOÃO FIGUEIREDO

(Publicada no D.O. de 21 de agosto de 1980).

### DECRETO N.º 85.110, DE 2 DE SETEMBRO DE 1980

*Institui o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes e dá outras providências.*

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 81, itens III e V, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 3.º da Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976,

#### DECRETA:

Art. 1.º — Fica instituído o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes, que integra as atividades de prevenção, fiscalização e repressão ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, bem como as atividades de recuperação de dependentes.

Parágrafo único. Compõem o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes todos os órgãos e entidades da Administração Pública que exerçam as atividades referidas neste artigo.

Art. 2.º — São objetivos do Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes:

I — formular a política nacional de entorpecentes, compatibilizar planos nacionais com planos regionais, estaduais e municipais, bem como fiscalizar a respectiva execução;

II — estabelecer prioridades entre as atividades do sistema, através de critérios técnicos, econômicos e administrativos;

III — modernizar a estrutura e os procedimentos da administração nas áreas de prevenção, fiscalização e repressão, buscando seu constante aperfeiçoamento e eficácia;

IV — estabelecer fluxos contínuos e permanentes de informações entre seus órgãos, bem como entre o órgão central do Sistema e os organismos internacionais a fim de facilitar os processos de planejamento e decisão;

V — estimular pesquisas, visando ao aperfeiçoamento do controle de fiscalização do tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica;

VI — promover, junto aos órgãos competentes, a inclusão de ensinamentos referentes a substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica nos cursos de formação de professores a fim de que possam ser transmitidos com observância dos seus princípios científicos;

VII — promover, junto aos órgãos competentes, a inclusão de itens específicos nos currículos do ensino de primeiro grau, na área de ciências, com a finalidade de esclarecer os alunos quanto à natureza e efeitos das substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

Art. 3.º — O Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes compreende:

I — o Conselho Federal de Entorpecentes, como órgão central;

II — o órgão de vigilância sanitária do Ministério da Saúde;

III — o órgão de repressão e entorpecentes do Departamento de Polícia Federal;

IV — o Conselho Federal de Educação;

V — o órgão de fiscalização da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda;

VI — o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, a Fundação Legião Brasileira de Assistência e a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, vinculados ao Ministério da Previdência e Assistência Social.

§ 1.º — Os órgãos mencionados nos incisos II e seguintes ficam sujeitos à orientação normativa e supervisão técnica do Conselho Federal de Entorpecentes no que tange às atividades disciplinadas pelo Sistema, sem prejuízo da subordinação administrativa aos órgãos em cujas estruturas estiverem integrados.

§ 2.º — Incumbe ao órgão central mencionado no inciso I deste artigo integrar ao Sistema os órgãos dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios que exerçam atividades concernentes à prevenção, fiscalização e repressão de entorpecentes e substâncias que determinem dependências físicas ou psíquicas.

Art. 4.º — Compete ao Conselho Federal de Entorpecentes propor a política nacional de entorpecentes, elaborar planos, exercer orientação normativa, coordenação geral, supervisão, controle e fiscalização das atividades relacionadas com o tráfico e uso de entorpecentes e substâncias que determinem dependência física ou psíquica, bem como exercer outras funções em consonância com os objetivos definidos no art. 2.º.

Art. 5.º — O Conselho Federal de Entorpecentes terá a seguinte composição:

I — um representante do Ministério da Justiça;

II — um representante do Ministério da Saúde;

III — um representante do Ministério da Educação e Cultura;

IV — um representante do Ministério da Previdência e Assistência Social;

V — um representante do Ministério da Fazenda;

VI — um representante do Ministério das Relações Exteriores;

VII — um representante do Estado Maior das Forças Armadas;

VIII — um representante do órgão de repressão a entorpecentes do Departamento de Polícia Federal;

IX — um representante do órgão da vigilância sanitária do Ministério da Saúde;

X — um jurista de comprovada experiência em assuntos de entorpecentes, escolhido e designado pelo Ministério da Justiça; e

XI — um médico psiquiatra com ampla atuação na área de entorpecentes, indicado pela Associação Médica Brasileira e designado pelo Ministro da Justiça.

§ 1.º — O Conselho será presidido por um de seus membros, escolhido e designado pelo Ministro da Justiça.

§ 2.º — o presidente do Conselho, mediante indicação ao Ministro da Justiça, poderá requisitar servidores da Administração Pública para a implantação e funcionamento do Sistema.

§ 3.º — Os membros do Conselho e seus respectivos suplentes terão mandato de três anos, podendo ser reconduzidos, a critério do Ministro da Justiça.

Art. 6.º — Compete ao órgão de vigilância sanitária do Ministério da Saúde exercer ação fiscalizadora, na forma estabelecida em lei, sobre os produtos e substâncias entorpecentes ou que determinem dependências físicas ou psíquicas.

Art. 7.º — Compete ao órgão de repressão a entorpecentes do Departamento de Polícia Federal prevenir e reprimir o tráfico e uso ilícito de entorpecentes ou substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

Art. 8.º — Compete ao Conselho Federal de Educação exercer orientação normativa e fiscalizadora de matérias concernentes aos currículos dos cursos de formação de professores e do ensino de primeiro grau, de acordo com o disposto no art. 5.º e seu parágrafo único da Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976.

Art. 9.º — Compete ao órgão de fiscalização da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda exercer, no âmbito de suas atribuições, a fiscalização do tráfico de entorpecentes e substâncias que determinem dependência física ou psíquica nas fronteiras, portos e aeroportos.

Art. 10 — Compete ao Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, à Fundação Legião Brasileira de Assistência e à Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor prestar assistência médica e social, de acordo com o que determinam os arts. 9.º, § 2.º, e 10, § 1.º, da Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976.



Art. 11 — Fica incluído como órgão normativo de deliberação coletiva de segundo grau (letra b, do art. 1.º do Decreto n.º 69.382, de 19 de outubro de 1971), na estrutura do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de Entorpecentes, que terá sua competência desdobrada e suas condições de funcionamento determinados em regimento interno elaborado pelo Plenário e aprovado mediante ato do Ministro da Justiça.

Art. 12 — As decisões do Conselho Federal de Entorpecentes deverão ser cumpridas pelos órgãos da administração federal integrantes do Sistema, sob pena de responsabilidade de seus dirigentes.

Parágrafo único — Quando o descumprimento de ato praticado por autoridade estadual ou municipal, o Conselho comunicará o fato à autoridade competente para os fins previstos neste artigo.

Art. 13 — Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 2 de setembro de 1980; 159.º da Independência e 92.º da República.

JOÃO FIGUEIREDO  
*Ibrahim Abi-Ackel*

(Publicado no D.O. de 4.9.80).

#### LEI N.º 6.895, DE 17 DE DEZEMBRO DE 1980

*Dá nova redação aos arts. 184 e 186 do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.*

O Presidente da República.

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

Art. 1.º — Os arts. 184 e 186 do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 184 — Violar direito autoral:

Pena — detenção de três meses a um ano, ou multa de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 10.000,00.

§ 1.º — Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de obra intelectual, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente, ou consistir na reprodução de fonograma e videofonograma, sem autorização do produtor ou de quem o represente:

Pena — reclusão de um a quatro anos e multa de Cr\$ 10.000,00 a Cr\$ 50.000,00.

§ 2.º — Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para o fim de venda, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma, produzidos com violação de direito autoral.

Art. 186 — Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público, e nos casos previstos nos §§ 1.º e 2.º do art. 184 desta Lei.”

Art. 2.º — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 3.º — Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 17 de dezembro de 1980; 159.º da Independência e 92.º da República.

(Publicada no DO de 18.12.80).

## ÍNDICE ALFABÉTICO GERAL \*

dos números 17/18 ao 30 (1975/1980)

### DOCTRINA

|                                                                                                |          |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| Alcidez Munhoz Netto — <i>Descriminantes putativas fáticas</i>                                 | 17-18/7  |
| Alessandro Baratta — <i>Criminologia crítica e política criminal alternativa</i>               | 23/7     |
| Alessandro Baratta — <i>Marginalidade social e justiça</i>                                     | 21-22/5  |
| Argenis Riera Encinoza — <i>A dialética da função policial na América Latina</i>               | 29/18    |
| Eduardo Novoa Monreal — <i>Alternativas e transees do direito penal de hoje</i>                | 24/45    |
| Francisco Muñoz Conde — <i>Para uma ciência crítica do Direito Penal</i>                       | 25/7     |
| Heitor Costa Junior — <i>Elementos subjetivos nas causas de justificação</i>                   | 23/41    |
| Heleno Claudio Fragoso — <i>Alternativas da pena privativa da liberdade</i>                    | 29/5     |
| Heleno Claudio Fragoso — <i>Aspectos jurídicos da marginalidade social</i>                     | 19-20/7  |
| Heleno Claudio Fragoso — <i>Ciência e experiência do Direito Penal</i>                         | 26/7     |
| Heleno Claudio Fragoso e Lidia Sequeira — <i>A cominação das penas no novo Código Penal</i>    | 17-18/5  |
| Heleno Claudio Fragoso — <i>Notas sobre a prova no processo penal</i>                          | 23/23    |
| Heleno Claudio Fragoso — <i>O Direito Penal comparado na América Latina</i>                    | 24/17    |
| Heleno Claudio Fragoso — <i>Sobre a lei de segurança nacional</i>                              | 30/5     |
| J. E. Hall Williams — <i>A crise de confiança no sistema penal e em particular nas prisões</i> | 21-22/38 |
| Juan Bustos Ramirez — <i>Política criminal e injusto</i>                                       | 30/38    |
| Juarez Cirino dos Santos — <i>Aborto, a política do crime</i>                                  | 25/13    |
| Juarez Cirino dos Santos — <i>As origens dos delitos de imprudência</i>                        | 23/55    |

\* Elaborado pelo Dr. Alexandre Moura Dumas.

|                                                                                                                                         |          |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| Juarez Cirino dos Santos — <i>Defesa social e desenvolvimento</i>                                                                       | 26/19    |
| Juarez Cirino dos Santos — <i>Violência institucional</i>                                                                               | 28/38    |
| Lola Aniyar de Castro — <i>Sistema penal e sistema social: a criminalização e a descriminalização como funções de um mesmo processo</i> | 30/11    |
| Manoel Pedro Pimentel — <i>A pessoa jurídica como sujeito passivo do crime de difamação</i>                                             | 30/28    |
| Manoel Pedro Pimentel — <i>Crime e pena: problemas contemporâneos</i>                                                                   | 28/53    |
| Manoel Pedro Pimentel — <i>O advogado e a realidade do Direito Penal</i>                                                                | 24/73    |
| Manuel Lopez-Rey — <i>Juventude e criminalidade na sociedade contemporânea e futura</i>                                                 | 29/48    |
| Manuel Lopez-Rey — <i>Manifesto criminológico</i>                                                                                       | 24/7     |
| Nilo Batista — <i>Aborto: a retórica contra a razão</i>                                                                                 | 27/40    |
| Peter P. Lejins — <i>A atual crise da política criminal nos Estados Unidos</i>                                                          | 28/26    |
| Roberto Lyra Filho — <i>Carta aberta a um jovem criminólogo: teoria, práxis e táticas atuais</i>                                        | 28/5     |
| Roberto Lyra Filho — <i>Drogas e criminalidade</i>                                                                                      | 21-22/26 |
| Severin-Carlos Versele — <i>A cifra dourada da delinquência</i>                                                                         | 27/5     |
| Severin-Carlos Versele — <i>Procedimentos judiciais e outras formas de controle social na prevenção do crime</i>                        | 24/27    |
| Wolfgang Schöne — <i>Ação, Omissão, Conduta</i>                                                                                         | 27/21    |
| Wolfgang Schöne — <i>Sobre a posição do resultado nos delitos quase-dolosos de omissão</i>                                              | 19-20/22 |

### PARECERES

|                                                                                                                             |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Evandro Lins e Silva — <i>Contravenções, nulidade da portaria; assistente do Ministério Público; antecedentes criminais</i> | 17-18/115 |
| Heleno Claudio Fragoso — <i>Transesexualismo. Cirurgia. Lesão corporal</i>                                                  | 25/25     |
| Hélio Tornaghi — <i>Desaforamento</i>                                                                                       | 28/117    |
| Luiz Fernando de Freitas Santos — <i>Reincidência específica. Retroatividade benéfica</i>                                   | 23/105    |
| Roberto Lyra — <i>Direitos humanos e prisão preventiva. Prova penal e sensacionalismo jornalístico</i>                      | 17-18/115 |

### COMENTÁRIOS E COMUNICAÇÕES

|                                                                |          |
|----------------------------------------------------------------|----------|
| Adelmo Borettini — <i>Karl Binding</i>                         | 26/49    |
| Alcides Munhoz Netto — <i>Aníbal Bruno e a reforma penal</i>   | 19-20/39 |
| Alípio Silveira — <i>O judiciário e as detenções policiais</i> | 23/95    |

|                                                                                                                            |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Antonio Acir Breda — Aspectos da crise do sistema processual penal brasileiro                                              | 28/110    |
| Antonio Acir Breda — O exercício do direito de queixa ou de representação, por curador especial                            | 17-18/67  |
| Antonio Carlos Barandier — Habeas Corpus: competência ratione personae e informações ineptas                               | 20/100    |
| Augusto F. G. Thompson — O Trabalho na Funabem com menores infratores numa visão crítico-criminológica                     | 26/63     |
| Celso Delmanto — Da inconstitucionalidade do Dec.-Lei 1.650/78                                                             | 27/64     |
| Celso Delmanto — Exercício e abuso de direito no crime de Estupro                                                          | 28/106    |
| Celso Delmanto — Sebastián Soler                                                                                           | 30/78     |
| Damásio E. de Jesus — A prescrição retroativa no futuro Código Penal                                                       | 19-20/60  |
| Damásio E. de Jesus — Culpabilidade normativa e embriaguez no Código Penal de 1960                                         | 17-17/96  |
| Damásio E. de Jesus — Periculosidade: corretivo da culpabilidade                                                           | 29/125    |
| Ederson de Mello Serra — A revelia no júri                                                                                 | 29/113    |
| Ederson de Mello Serra — Violência e liberdade                                                                             | 25/35     |
| Elisabeth Sussekund e Nilo Batista — Advocacia criminal no Rio de Janeiro                                                  | 23/67     |
| Enrique Bacigalupo — Os princípios de política criminal das recentes reformas e projetos de reforma na América Latina      | 29/81     |
| Everardo da Cunha Luna — Teoria finalista da ação                                                                          | 26/43     |
| Fernando de Almeida Pedroso — Ação penal pública condicionada                                                              | 25/61     |
| Genival Veloso de França — Aspectos médico-legais dos pacientes com síndromes dolorosas                                    | 27/68     |
| Giuliano Vassalli — O Código Rocco                                                                                         | 27/54     |
| Helena Claudio Fragoso — Crime de trânsito                                                                                 | 27/49     |
| Jean Graven — À memória de Paul Logoz                                                                                      | 17-18/110 |
| Juarez Cirino dos Santos — A dialética da norma de conduta                                                                 | 21-22/60  |
| Nelson Ney Junior — A legitimidade recursal do M.P. na ação penal privada e a interrupção da prescrição na lei de imprensa | 29/102    |
| Nilo Batista — Aspectos da sexualidade nas prisões do Rio de Janeiro                                                       | 28/71     |
| Nilo Batista — Aspectos jurídico-penais da anistia                                                                         | 26/33     |
| Nilo Batista — Contravenções penais                                                                                        | 29/73     |
| Nilo Batista e Yolanda Catão — Justiça estadual de primeira instância na capital                                           | 25/47     |
| Nilo Batista — Observações sobre a norma penal e sua interpretação                                                         | 17-18/83  |
| Nilo Batista — Um pensamento sobre indulto                                                                                 | 19-20/35  |
| René Ariel Dotti — Identificação criminal e presunção de inocência                                                         | 19-20/54  |

|                                                                                 |          |
|---------------------------------------------------------------------------------|----------|
| Ricardo Antunes Andreucci — A respeito de Costa e Silva                         | 30/81    |
| Sergio Demoro Hamilton — Apontamentos sobre o conflito de atribuições           | 21-22/67 |
| Sergio Demoro Hamilton — A presença do Ministério Público na ação penal privada | 23/83    |
| Sergio Demoro Hamilton — Reflexos da falta de atribuição na instância penal     | 28/78    |
| Sergio Demoro Hamilton — Vestígios da jurisdição voluntária no processo penal   | 30/55    |
| Silvio Teixeira Moreira — Penas pecuniárias                                     | 28/87    |
| Wagner Brússolo Pacheco — O perdão judicial no direito brasileiro               | 30/60    |

## COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA

|                                                                                       |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Absolvição requerida pelo M. P. Recurso                                               | 30/107     |
| Ação Penal originária perante o S. T. F.                                              | 26/83      |
| Advocacia administrativa. Configuração de delito                                      | 17-18/163  |
| Apelação. Recolhimento à prisão                                                       | 23/111     |
| Arquivamento de inquérito policial                                                    | 27/102     |
| Assalto com morte. Homicídio ou latrocínio?                                           | 26/92      |
| Bons antecedentes                                                                     | 17-18/163  |
| Caixa Econômica Federal. Competência                                                  | 17-18/122  |
| Cheque sem fundos. Novação                                                            | 17-18/165  |
| Citação por edital. Réu não procurado em sua moradia, indicada no processo. Nulidade. | 21-22/105  |
| Comutação de penas a sentenciado com duas condenações, embora não reincidente         | 19-20/121  |
| Confissão extrajudicial. Prova insuficiente                                           | 23/116     |
| Confissão no inquérito policial, retratado em juízo                                   | 21-22/103  |
| Concurso material benéfico                                                            | 29/129     |
| Corrupção ativa. Ato ilegal do funcionário. Atipicidade                               | 26/84      |
| Corrupção de menores (Lei n.º 2.252, de 1.7.54). Caracterização                       | 21-22/108  |
| Crime continuado. Coisa julgada                                                       | 19-20/122  |
| Crime continuado. Crimes da mesma espécie. Roubo e extorsão                           | 29/133     |
| Crime contra a honra. Testemunho em juízo                                             | 25/117     |
| Crime contra a organização do trabalho. Competência                                   | 30/109     |
| Crime falimentar. Recebimento de denúncia. Despacho fundamentado                      | 19-20/116  |
| Crime de funcionário público. Defesa preliminar. Nulidade                             | 17-18/166  |
| Crime de Imprensa. Entrevista. Responsabilidade                                       | 26/81      |
| Decadência                                                                            | 19-20/122; |
| Defesa deficiente                                                                     | 24/135     |
|                                                                                       | 17-18/167  |

|                                                                                                           |                         |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
| Defesa preliminar do servidor no CPP                                                                      | 26/90                   |
| Deformidade Permanente                                                                                    | 17-18/171               |
| Desacato. Riso                                                                                            | 19-22/111               |
| Descaminho. Atividade comercial. Art. 334, § 2.º. CP                                                      | 21-22/105               |
| Difamação e injúria. Divulgação. Prescrição. Não se computa o acréscimo provindo de continuação delituosa | 19-20/116               |
| Embargos infringentes e de nulidade. Recurso privativo da defesa                                          | 29/138                  |
| Estelionato. Loteria esportiva                                                                            | 19-20/123               |
| Estrito cumprimento do dever legal. Policial que dispara arma de fogo contra preso em fuga                | 19-20/113               |
| Exame de dependência toxicológica                                                                         | 29/131                  |
| Extorsão. Súmula 145: agente provocador                                                                   | 24/139                  |
| Estupro com violência real. Ação penal pública                                                            | 17-18/172               |
| Estupro. Menor de 14 anos. Presunção de violência                                                         | 26/89                   |
| Falsidade ideológica. Registro policial de ocorrências                                                    | 17-18/172               |
| Falso testemunho. Pedido de advogado à testemunha. Co-autoria                                             | 21-22/107               |
| Favorecimento pessoal                                                                                     | 30/104                  |
| Flagrante. Nulidade                                                                                       | 21-22/110               |
| Furto contra sociedade de crédito imobiliário. Crime comum                                                | 21-22/109               |
| Gestão fraudulenta ou temerária. Sociedade de crédito, financiamento e investimentos                      | 27/93                   |
| <i>Habeas corpus</i> . Convite para comparecimento a Delegacia Policial                                   | 17-18/175               |
| <i>Habeas corpus</i> . Decisão denegatória. Coisa julgada                                                 | 30/108                  |
| Identificação datiloscópica                                                                               | 21-22/104               |
| Indícios                                                                                                  | 27/99                   |
| Inquérito policial. Condução coercitiva                                                                   | 23/115                  |
| Justiça Militar. Recurso ordinário. Recolhimento à prisão                                                 | 23/116                  |
| Latrocínio                                                                                                | 23/116                  |
| Legítima defesa. Provocação                                                                               | 17-18/175               |
| Lesão corporal. Debilidade permanente                                                                     | 23/115                  |
| Lesão corporal grave                                                                                      | 17-18/176               |
| Livre convencimento e prova pericial. Rejeição de laudo                                                   | 29/138                  |
| Ministério Público. Legitimidade e interesse em recorrer de sentença condenatória                         | 19-20/117               |
| Motorista não habilitado. Imperícia presumida                                                             | 24/140                  |
| Ofensa a magistrado. Crime comum                                                                          | 19-20/122               |
| Perdão judicial                                                                                           | 21-22/99, 25/118, 26/86 |
| Prescrição pela pena em concreto. Lapso de tempo entre o fato e o recebimento da denúncia.                |                         |
| Fato anterior à Lei n. 6.416/77                                                                           | 23/112                  |
| Prescrição retroativa na Lei n.º 5.941/73                                                                 | 23/95                   |
| Prisão administrativa. Empresa pública                                                                    | 17-18/179               |
| Prisão preventiva. Exame de corpo de delito. Baixa do inquérito                                           | 21-22/110               |
| Prisão preventiva. Inquérito devolvido à polícia                                                          | 17-18/180               |

|                                                             |           |
|-------------------------------------------------------------|-----------|
| Processo anulado. Nova sentença. <i>Reformatio in pejus</i> | 21-22/105 |
| Recurso em liberdade. Lei n.º 5.941/73                      | 17-18/181 |
| Reincidência e primariedade                                 | 26/84     |
| Reincidência. Prova                                         | 17-18/181 |
| Resistência e perigo de vida. <i>Bis in idem</i>            | 29/136    |
| Responsabilidade objetiva. Delito de circulação             | 17-18/181 |
| Revelia. Inexiste se a ausência do réu for justificada      | 17-18/181 |
| Roubo a empregados de banco. Crime comum                    | 21-22/109 |
| Roubo. Arma de brinquedo ainda uma vez                      | 29/137    |
| Roubo. Crime continuado                                     | 30/102    |
| Segurança nacional. Competência da justiça militar          | 23/116    |
| Sonegação de autos. Inexiste sem intimação para restituir   | 21-22/109 |
| Subtração. Momento consumativo                              | 30/106    |
| Súmula 297                                                  | 25/122    |
| Súmula 146: orientação atual do S.T.F.                      | 24/142    |
| Testemunhas. Violação do contraditório. Irrelevância        | 19-20/120 |

## NOTAS E INFORMAÇÕES

|                                                                                      |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Anteprojeto do Código de Processo Penal                                              | 17-18/134 |
| Associação Internacional de Direito Penal — Grupo Brasileiro                         | 17-18/130 |
| Carta de Curitiba                                                                    | 23/149    |
| Conferência sobre Direito Penal Islâmico                                             | 25/116    |
| Congresso de Caracas (ONU), 1980: Prevenção do Crime e a qualidade da vida           | 27/90     |
| VI Conferência Nacional da OAB                                                       | 19-20/76  |
| V Congresso de Direito Penal e Ciências Afins                                        | 17-18/131 |
| X Congresso da Associação Internacional de Juizes de Menores                         | 25/113    |
| XII Congresso Internacional de Direito Penal                                         | 27/79     |
| Declaração de Estocolmo                                                              | 23/150    |
| Discurso de Oswaldo Baudot: Arenga aos Magistrados que estréiam                      | 26/79     |
| Documento divulgado pelas Jornadas Internacionais:                                   |           |
| A prostituição em Portugal                                                           | 24/99     |
| Heleno Claudio Fragoso                                                               | 30/101    |
| Hilde Kaufmann                                                                       | 30/101    |
| Instituto de Ciências Penais — Pesquisa sobre a vigente legislação sobre drogas      | 17-18/127 |
| Instituto de Ciências Penais — Pesquisa: Abuso de Drogas                             | 19-20/66  |
| Prêmio Alcântara Machado                                                             | 30/101    |
| Professor Dietrich Lang-Hinrichsen                                                   | 17-18/133 |
| II Semana Nacional de Estudos Criminalísticos                                        | 19-20/65  |
| Supremo Tribunal Federal. Súmula da jurisprudência predominante no STF. Adendo n.º 5 | 21-22/96  |

## PESQUISAS

- Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo — Projeto de pesquisa sobre criminalidade 24/109
- Juarez Cirino dos Santos — A criminalidade violenta na cidade do Rio de Janeiro 25/103
- Lola Aniyar de Castro — Projeto para uma investigação comparada sobre crimes de colarinho branco na América Latina 25/89

## RESENHA BIBLIOGRÁFICA

- Aloysio Carvalho Filho e Jorge Alberto Romeiro — *Comentários ao Código Penal* — G.A.P. 26/114
- Amnesty International — *Rapport sur la Torture* — Nilo Batista 21-22/73
- Ana Valdez A. N. Alencar — *Segurança Nacional* — H.C.F. 29/145
- Andrew T. Scull — *Decarceration* — Augusto Thompson 27/110
- Anibal Bruno — *Crimes contra a pessoa* — Nilo Batista 17-18/156
- Antonio A. Serra e Cristina Rauter Pereira — *A Psiquiatria como discurso político. Os Carreiristas da indisciplina* — Augusto Thompson 27/116
- Arminda Bergamini Miotto — *Curso de Direito Penitenciário* — Nilo Batista 17-18/149
- Arthur Cogan — *Crimes contra a segurança nacional* — G.A.P. 24/124
- Ashley Montagu — *A natureza da agressividade humana* — H.C.F. 25/133
- Augusto F. G. Thompson — *A questão penitenciária* — H.C.F. 19-20/94
- Augusto F. G. Thompson — *O advogado de defesa* — Nilo Batista e José Carlos Fragoço 27/118
- Azevedo Franceschini — *Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo* — Nilo Batista 17-18/148
- Beristain, Antonio — *Crisis del Derecho Represivo* — H.C.F. 25/132
- Bruce Jackson — *Leurs Prisons* — Yolanda Catão 21-22/80
- C. Lobão Ferreira — *Direito Penal Militar* — Nilo Batista 23/132
- Cahiers de Défense Sociale — H.C.F. 26/110
- Carlos S. de Barros Júnior — *Do poder disciplinar na administração pública* — H.C.F. 17-18/148
- Carrancá y Trujillo — *Código Penal Anotado* — H.C.F. 26/109
- Celso Delmanto — *Crimes de Concorrência Desleal e Infrações penais na incorporação, loteamento e corretagem de imóveis* — Nilo Batista 24/125
- Cesare Pedrazzi e Paulo José da Costa Junior — *Direito Penal das sociedades anônimas* — João Mestieri 21-22/83
- Claus Roxin — *Problemas básicos del derecho penal* — Nilo Batista 21-22/93

- Cristina Pinheiro Machado — *Os exilados* — H.C.F. 26/107
- Código Penal Tipo para Latino America* — H.C.F. 17-18/158
- Cousino Mac Iver — *Derecho Penal Chileno* — H.C.F. 26/113
- Damásio E. de Jesus — *Da Co-delinquência em face do novo Código Penal* — Juarez Cirino dos Santos 24/131
- Délio Magalhães — *Causas da exclusão de crime* — Nilo Batista 17-18/147
- Dilson Motta e Michel Misse — *Crime: O Social pela Culatra* — H.C.F. 27/124
- Dispot, Laurent — *La machine à terreur* — Daniel Aarão Reis 26/111
- Encyclopédie Internationale du crime et de criminologie* — H.C.F. 21-22/91
- Eduardo Novoa Monreal — *La evolución del derecho penal en el presente siglo* — Heitor Costa Junior 27/120
- Enrique Bacigalupo — *Lineamientos de la teoría del delito* — H.C.F. 17-18/157
- Enrique Bacigalupo — *Tipo y Error* — Heitor Costa Junior 21-22/81
- Enrique Gimbernat Ordeig — *Estudios de derecho penal* — H.C.F. 19-20/95
- Eugenio Raúl Zaffaroni — *Tratado de Derecho Penal — Parte General* — vol. II — Nilo Batista 30/123
- Esther Figueiredo Ferraz — *A Co-delinquência no Direito Penal Brasileiro* — Juarez Cirino dos Santos 24/130
- Evandro Lins e Silva — *A defesa tem a palavra* — Nilo Batista 29/141
- Everardo da Cunha Luna — *O Resultado no Direito Penal* — Heitor Costa Junior 23/125
- Fernando da Costa Tourinho Filho — *Processo Penal e Prática de Processo penal* — Luiz Fernando Freitas Santos 19-20/94
- Fernando Jordão — *Dossiê Herzog* — G.A.P. 26/115
- Festschrift für Paul Bockelmann* — H.C.F. 26/102
- Francisco Ferreira de Bulhões Carvalho — *Vinte teses sobre a assistência ao menor e ao incapacitado* — H.C.F. 24/119
- Francisco Muñoz Conde — *Derecho Penal, Parte Especial* — H.C.F. 24/127
- Frank Gannon — *Drugs. What they are. How they look. What they do* — H.C.F. 21-22/84
- G. Carmignani — *Elementos de derecho criminal* — Heitor Costa Junior 27/107
- Gerhard Dornseifer — *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik* — Adolfo Merkel — Juan Bustos Ramirez 28/129
- Giuliano Vasalli — *La riforma penale del 1974* — H.C.F. 23/130
- Gonzalo Rodriguez Mourullo — *Derecho Penal, Parte general* — Heitor Costa Junior 27/108
- Guilherme A. Canedo de Magalhães — *O Abuso de Poder econômico: apuração e repressão* — G.A.P. 21-22/91
- Günter Stratenwerth — *Schweizerisches Strafrecht* — H.C.F. 17-18/143
- Helena Claudio Fragoço e outros — *Direitos dos presos* — Roberto Lyra Filho 29/143

|                                                                                                          |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Heleno Claudio Fragoso — <i>Direito Penal e Direitos Humanos</i> — Nilo Batista                          | 23/125    |
| Heleno Claudio Fragoso — <i>Jurisprudência criminal</i> — Nilo Batista                                   | 23/101    |
| Heleno Claudio Fragoso — <i>Lei de Segurança Nacional</i> — Osny Duarte Pereira                          | 28/126    |
| Heleno Claudio Fragoso — <i>Lições de Direito Penal — Parte Geral e Parte Especial — I</i> — G.A.P.      | 19-20/88  |
| Heleno Claudio Fragoso — <i>Lições de Direito Penal, Parte Geral, 4.ª edição</i> — G.A.P.                | 29/146    |
| Heleno Claudio Fragoso — <i>Primeiras linhas sobre o direito penal e o processo penal</i> — G.A.P.       | 17-18/157 |
| Heleno Claudio Fragoso — <i>Terrorismo e criminalidade política</i> — Daniel Aarão Reis                  | 30/121    |
| Heinz Müller — <i>Strafrechtsdogmatik und kriminalpolitik</i> — H.C.F.                                   | 17-18/142 |
| Howard Becker — <i>Outsiders. Studies in the sociology of deviance, the free press</i> — Yolanda Catão   | 17-18/139 |
| Hurtado Pozo — <i>Manual de Derecho Penal</i> — H.C.F.                                                   | 23/112    |
| Ives Gandra da Silva Martins — <i>A apropriação indébita no direito tributário brasileiro</i> — H.C.F.   | 23/126    |
| Ivete Senise Ferreira — <i>A criminogênese e a nova dimensão da criminologia</i> — Virgílio Luiz Donnici | 21-22/85  |
| J. W. Seixas Santos — <i>Síntese expositiva de criminologia</i> — G.A.P.                                 | 21-22/79  |
| James Tubenchlak — <i>Crise social e delinquência</i> — Técio Lins e Silva                               | 30/124    |
| James Tubenchlak — <i>Teoria do crime</i> — Nilo Batista                                                 | 25/131    |
| João Batista Herkenhoff — <i>Uma porta para o homem no direito criminal</i> — Nilo Batista               | 30/111    |
| João Bernardino Gonzaga — <i>Violação do segredo profissional</i> — H.C.F.                               | 24/124    |
| Johannes Wessels — <i>Direito Penal, parte geral</i> — Juarez Cirino dos Santos                          | 19-20/101 |
| Jorge Alberto Romeiro — <i>Elementos de direito e processo penal</i> — H.C.F.                            | 24/126    |
| José Barcelos de Souza — <i>Teoria e prática da ação penal</i> — H.C.F.                                  | 26/104    |
| José Frederico Marques — <i>Direito penal tributário</i> — G.A.P.                                        | 24/125    |
| José Rafael Mendoza Troconis — <i>Curso de derecho penal militar venezolano</i> — H.C.F.                 | 23/128    |
| Juarez Cirino dos Santos — <i>A criminologia da regressão</i> — Nilo Batista                             | 27/105    |
| Juarez Tavares — <i>Teorias do delito</i> — Delphim Salum de Oliveira                                    | 30/112    |
| Kaiser, Kerner e Schoech — <i>Strafvollzug, Eine Einführung in die Grundlagen</i> — H.C.F.               | 26/112    |

|                                                                                                   |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <i>La reforma penal en los países en desarrollo. Memórias del Congreso Internacional</i> — H.C.F. | 25/129    |
| Lauret — Jan — Claude — Lasierra — <i>La torture et le pouvoir</i> — Nilo Batista                 | 21-22/73  |
| Levene, Ricardo; Zaffaroni, Eugênio Raúl — <i>Códigos penales latino-americanos</i> — H.C.F.      | 25/129    |
| Luiz Chemin Guimarães — <i>Inseminação artificial criminosa</i> — Nilo Batista                    | 27/126    |
| Luiz Luisi — <i>O tipo penal e a teoria finalista da ação</i> — Juarez Cirino dos Santos          | 24/122    |
| Luiz Regis Prado — <i>Pena de multa. Aspectos históricos e dogmáticos</i> — H.C.F.                | 29/146    |
| Luiz Simões Martinho — <i>Cheque sem fundos e prática penal</i> — G.A.P.                          | 19-20/85  |
| Luiz Vicente Cernichiaro — <i>Estrutura do direito penal</i> — Heitor Costa Junior                | 21-22/83  |
| Luiz Vicente Cernichiaro — <i>Dicionário de direito penal</i> — Nilo Batista                      | 24/120    |
| M. Cherif Bassiouni — <i>International terrorism and political crimes</i> — H.C.F.                | 17-18/146 |
| Manoel Pedro Pimentel — <i>Direito penal econômico</i> — João Mestieri                            | 21-22/83  |
| Manoel Pedro Pimentel — <i>Contravenções Penais</i> — H.C.F.                                      | 26/106    |
| Marcelo Alberto Sancinetti — <i>Casos de derecho penal</i> — H.C.F.                               | 19-20/95  |
| Marcelo Araujo — <i>Quadrilha ou bando</i> — Nilo Batista                                         | 23/129    |
| Michel Foucault — <i>Surveiller et punir — naissance de la prison</i> — Yolanda Catão             | 19-20/98  |
| Michel Foucault — <i>Vigiar e punir</i> — H.C.F.                                                  | 27/106    |
| Neila Tavares (prg.) — <i>Poesia na prisão</i> — Nilo Batista                                     | 30/111    |
| Nelson Hungria e Heleno Claudio Fragoso — <i>Comentários ao Código Penal</i> — Nilo Batista       | 27/126    |
| Ney Fayet — <i>A sentença criminal e suas nulidades</i> — H.C.F.                                  | 26/115    |
| Nicolau Eymerich — Francisco Peña — <i>Le manuel des inquisiteurs</i> — Nilo Batista              | 21-22/73  |
| Nilo Batista — <i>O elemento subjetivo no crime de denúncia caluniosa</i> — João Mestieri         | 19-20/100 |
| Nilo Batista — <i>Concurso de agentes</i> — H.C.F.                                                | 26/107    |
| Nilo Batista — <i>Decisões criminais comentadas</i> — Heitor Costa Junior                         | 27/121    |
| Nuvolone — <i>L'Indice Penale</i> — H.C.F.                                                        | 25/130    |
| Olga Kogan Rosenblüt — <i>El delito tributário</i> — G.A.P.                                       | 17-18/155 |
| Paul Bockelmann — <i>Strafrecht, Allgemeiner Teil</i> — H.C.F.                                    | 21-22/92  |
| Paulo R. Pinheiro Torres — <i>Noções de direito penal</i> — G.A.P.                                | 17-18/149 |
| Pietro Verri — <i>Observaciones sobre la tortura</i> — Nilo Batista                               | 26/103    |



|                                                                                                  |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <i>Prospettive sul terrorismo, quaderni, rassegna di studi</i> — H.C.F.                          | 26/105    |
| Revistas números 1, 2, 3 e 4 de 1973 — <i>Nuevo Pensamiento Penal</i> — H.C.F.                   | 17-18/144 |
| <i>Revista Argentina de Ciencias Penales</i> — H.C.F.                                            | 23/128    |
| <i>Revista Ciência Penal</i> — H.C.F.                                                            | 26/109    |
| <i>Revista Ciência Penal</i> — número 2/1979 — G.A.P.                                            | 27/110    |
| <i>Revista do Departamento de operação do sistema viário (trânsito)</i> — H.C.F.                 | 21-22/92  |
| <i>Revista Mexicana de Derecho Penal</i> — H.C.F.                                                | 23/128    |
| <i>Revista Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro</i> — Nilo Batista                          | 23/129    |
| <i>Revue Internationale de Droit Pénal/1973</i> — H.C.F.                                         | 17-18/159 |
| <i>Revue Internationale de Droit Pénal/1974</i> — H.C.F.                                         | 17-18/159 |
| Ricardo Levene — <i>El delito de homicidio</i> — G.A.P.                                          | 23/131    |
| Richard Clutterbuck — <i>Terrorismo</i> — H.C.F.                                                 | 29/145    |
| Roberto Schmelck — Georges Picca — <i>Penologia et droit pénitentiaire</i> — Nilo Batista        | 17-18/145 |
| Roberto Lyra — <i>Como julgar, como defender, como acusar</i> — H.C.F.                           | 17-18/151 |
| Roberto Lyra — <i>A liberdade e a jurisprudência do S.T.F.</i> — H.C.F.                          | 24/128    |
| Roberto Lyra Filho — <i>Para um direito sem dogmas</i> — G.A.P.                                  | 28/125    |
| Roger Hood — <i>Problemas clave en criminologia</i> — Arthur Lavigne                             | 17-18/152 |
| Rogério Lauria Tucci — <i>Lineamentos do processo penal romano</i> — G.A.P.                      | 24/121    |
| Roxin — Stree — Zipf-Jung — <i>Einführung in das neue Strafrecht</i> — H.C.F.                    | 17-18/159 |
| Sergio de Oliveira Medici — <i>Contravenções penais</i> — G.A.P.                                 | 29/147    |
| Stanley Cohen — <i>Images of deviance</i> — H.C.F.                                               | 30/117    |
| Supremo Tribunal Federal — <i>Extradições, julgamentos e legislação</i> — H.C.F.                 | 23/131    |
| Teresa Miralles — <i>As atitudes dos juizes das varas criminais da Guanabara</i> — Yolanda Catão | 19-20/96  |
| Tony Platt — Paul Takagi (eds.) — <i>Punishment and penal discipline</i> — H.C.F.                | 30/110    |
| Waldyr de Abreu — <i>Trânsito. Como policial e ser policiado sem infrações</i> — H.C.F.          | 27/123    |
| Wilson Bussada — <i>Contravenções penais interpretadas pelos tribunais</i> — G.A.P.              | 21-22/90  |
| Wladimir Waller — <i>Os crimes contra o patrimônio à luz da jurisprudência</i> — H.C.F.          | 19-20/91  |
| Zahidé Machado Neto — <i>Direito penal e estrutura social</i> — H.C.F.                           | 23/127    |

## LEGISLAÇÃO

|                                                                                                                                                                                                                                                     |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Anteprojeto ministerial — crimes de trânsito                                                                                                                                                                                                        | 27/131    |
| Convênio de assistência recíproca para repressão do tráfico ilícito de drogas entre Brasil e Bolívia                                                                                                                                                | 23/135    |
| Decreto n.º 76.550, de 5.5.75 — Concede indulto e dá outras providências                                                                                                                                                                            | 19-20/142 |
| Decreto n.º 995, de 25.10.76 — Altera o regulamento penitenciário aprovado pelo Decreto n.º 1.162, de 21.11.68                                                                                                                                      | 21-22/128 |
| Decreto n.º 78.000, de 23.11.76 — Concede indulto, reduz penas e dá outras providências                                                                                                                                                             | 19-20/144 |
| Decreto n.º 79.455, de 30.3.77 — Promulga o acordo sul-americano de entorpecentes e psicotrópicos                                                                                                                                                   | 25/137    |
| Decreto n.º 80.603, de 24.10.77 — Concede indulto e reduz penas                                                                                                                                                                                     | 23/145    |
| Decreto n.º 82.960, de 29.12.78 — Revoga os atos de banimento                                                                                                                                                                                       | 26/151    |
| Decreto n.º 83.058, de 18.1.79 — Promulga o acordo de assistência recíproca para repressão de tráfico ilícito de drogas que produzem dependência, concluído entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo da República da Venezuela | 27/153    |
| Decreto n.º 84.143, de 31.10.79 — Regulamenta a Lei n.º 6.683/79 e dá outras providências                                                                                                                                                           | 28/160    |
| Decreto n.º 84.223, de 20.11.79 — Concede indulto, reduz penas e dá outras providências                                                                                                                                                             | 28/165    |
| Decreto n.º 84.632, de 11.4.80 — Dispõe sobre a composição do Conselho Nacional de Política Penitenciária                                                                                                                                           | 29/158    |
| Decreto n.º 84.848, de 26.6.80 — Concede indulto, reduz penas e dá outras providências                                                                                                                                                              | 29/163    |
| Decreto-Lei, de 25.7.69, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 175, de 9.12.77 — Institui normas supletivas do regime penitenciário para o Estado do Rio de Janeiro                                                                           | 27/145    |
| Decreto-Lei n.º 1.632, de 4.3.78 — Dispõe sobre a proibição de greve nos serviços públicos e em atividades essenciais de interesse da segurança nacional                                                                                            | 26/125    |
| Decreto-Lei n.º 1.650, de 19.12.78 — Restringe a aplicação do art. 2.º da Lei n.º 4.729 e do art. 18, parágrafo único, do                                                                                                                           |           |
| Decreto-Lei n.º 157                                                                                                                                                                                                                                 | 26/149    |
| Emenda constitucional n.º 11, de 13.10.78                                                                                                                                                                                                           | 26/131    |
| Lei n.º 6.368, de 21.10.76 — Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências                                | 21-22/119 |

|                                                                                                                                                        |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Lei n.º 6.416, de 24.6.77 — Altera dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal, da Lei das Contravenções penais e dá outras providências | 21-22/111 |
| Lei n.º 6.435, de 15.7.77 — Entidades de Previdência Privada                                                                                           | 23/142    |
| Lei n.º 6.453, de 17.10.77 — Responsabilidade por danos nucleares                                                                                      | 23/137    |
| Lei n.º 6.538, de 22.6.78 — Dispõe sobre os serviços postais                                                                                           | 26/121    |
| Lei n.º 6.544, de 30.6.78 — Altera dispositivos do Código Penal Militar e do Código de Processo Penal Militar e dá outras providências                 | 25/145    |
| Lei n.º 5.677, de 30.9.78 — Dispõe sobre o Conselho de Justificação da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros do Distrito Federal                     | 26/126    |
| Lei n.º 6.578, de 11.10.78 — Revoga o Decreto-Lei n.º 1.004                                                                                            | 26/137    |
| Lei n.º 6.620, de 17.12.78 — Define os crimes contra a segurança nacional                                                                              | 26/138    |
| Lei n.º 6.621, de 22.12.78 — Altera dispositivos da Lei de Organização Judiciária Militar                                                              | 26/150    |
| Lei n.º 6.630, de 8.5.79 — Altera a redação da alínea d, do inciso I, do art. 40, da Lei n.º 5.250, de 9.2.67                                          | 27/157    |
| Lei n.º 6.657, de 5.6.79 — Acresce a alínea j ao art. 3.º da Lei n.º 4.898, de 9.12.65                                                                 | 27/158    |
| Lei n.º 6.683, de 28.8.79 — Concede anistia e dá outras providências                                                                                   | 28/133    |
| Lei n.º 6.697, de 10.10.79 — Institui o Código de Menores                                                                                              | 28/136    |
| Lei n.º 6.731, de 4.12.79 — Modifica disposições da Lei n.º 5.108, de 21.9.66 (Código Nacional de Trânsito)                                            | 28/167    |
| Lei n.º 6.734, de 4.12.79. Altera o art. 20 do Decreto-Lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais)                           | 28/169    |
| Lei n.º 6.766, de 19.12.79 — Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências                                                       | 28/169    |
| Lei n.º 6.799, de 23.6.80 — Dispõe sobre causa de aumento de pena nos crimes contra a administração pública                                            | 29/161    |
| Lei n.º 6.815, de 19.8.80 — Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil                                                                        | 30/132    |
| Projeto de declaração sobre Torturas (ONU)                                                                                                             | 23/143    |
| Projeto de Lei n.º 1.075/79 — Dá nova redação ao art. 392, CPP                                                                                         | 29/153    |
| Proposta legislativa sobre livramento condicional e reabilitação                                                                                       | 26/155    |
| Provimento n.º 13-80 — Dispõe sobre a utilização do telex                                                                                              |           |
| Regras mínimas para tratamento de presos (Conselho da Europa)                                                                                          | 26/155    |

Este livro foi composto e impresso na  
COMPANHIA FORENSE DE ARTES GRÁFICAS  
Av. Guilherme Maxwell, 234 - Rio de Janeiro - RJ