

REVISTA DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

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

Diretor: Prof. Heleno Cláudio Fragoso
Redator-Chefe: Prof. Nilo Batista
Secretário: Prof. Arthur Lavigne

Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro

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

Revista de direito penal e criminologia. 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)

Nº 137 /P

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
Largo de São Francisco, 20 - loja - 01005 - São Paulo - SP

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

EDITORIAL

A denominação desta revista, quando a fundamos, obedeceu ao conselho, recebido como determinação, que nos deu o grande mestre Roberto Lyra. Ele tinha, como se sabe, uma concepção ampla do Direito Penal, como ciência geral do crime e da pena, em todos os aspectos, concepção essa que hoje dificilmente se pode manter. Desde o seu primeiro número, esta revista dedicou amplo espaço à Criminologia, que apresenta importância cada vez maior, passando talvez despercebido aos especialistas da área o excelente material que temos publicado, por suporem que se trata de uma revista exclusivamente jurídica. É esta a razão pela qual, a partir deste número, nosso nome é alterado. A revista está agora ostensivamente aberta a todos quantos se dedicam ao estudo da Criminologia em nosso país.

Publicamos neste número trabalho original que versa sobre um dos temas fundamentais do Direito Penal moderno, relativo à questão do sistema do duplo binário. Esse trabalho será publicado na Itália, no livro-homenagem que se editará, a propósito de décimo aniversário da morte de Giacomo Delitala. Chamamos atenção especial para a matéria, que constitui um dos pontos cruciais da próxima reforma de nosso Código.

Na parte de Doutrina, publicamos também o excelente trabalho do professor Eduardo Correia, notável mestre de Coimbra, sobre a influência de Von Liszt sobre a reforma penal portuguesa. Esse trabalho apareceu originalmente em alemão, na Zeitschrift. É sempre bom divulgar no Brasil as coisas boas de nossos colegas portugueses. Nessa mesma seção o leitor encontrará também o texto de conferência proferida pelo professor René Ariel Dotti, também sobre o tema de Penas e medidas de segurança, na qual o conhecido mestre do Paraná examina a matéria com profundidade e precisão. Finalmente, temos o estudo de Nilo Batista, sobre "Justiça Criminal e Justiça Criminosa", onde o exímio professor revela o seu talento e a sua cultura, tratando de problemas permanentes da Justiça Criminal.

Na seção de Comentários e Atualidades, apresentamos um panorama geral da pena de morte como sanção legal, escrito pelo mestre Manuel Lopez Rey, bem como estudo do professor Antonio Acir Breda sobre a Declaração de nulidade no processo penal. Aqui também estampamos o artigo de José Mauro Couto de Assis, escrito em memória de nosso saudosíssimo colega e grande advogado, Serrano Neves.

Na parte de Comentários de Jurisprudência, aparecem notas a várias decisões importantes, proferidas pela Justiça Militar e pela Justiça Comum. O volume termina com as nossas seções habituais, destacando-se a Resenha Bibliográfica, com ampla informação sobre livros novos publicados.

H. C. F.

DOCTRINA

SISTEMA DO DUPLO BINÁRIO: VIDA E MORTE *

Heleno Cláudio Fragoso

I

1 Medidas cautelares e preventivas são conhecidas desde o antigo direito, em relação aos menores e alienados. No direito romano, os menores impúberes eram submetidos à *verberatio*, medida admonitória. Os romanos da época clássica equiparavam o *furiosus* ao *infans*, submetendo-o, no entanto, a medidas cautelares de polícia "*ad securitatem proximorum*" (D. 1, 18, 14). Se os loucos não pudessem ser contidos por seus parentes, eram encarcerados.

2. O direito longobardo excluía o mentecapto de pena, embora permitisse que qualquer pessoa pudesse matar o "*homo rabiosus aut demoniacus*". O antigo direito canônico também considerava os loucos incapazes de delinquir. Os praxistas, desde o século XIII, seguiam o direito romano, afirmando ser a pena para os loucos "*maxima iniquitas*". Todavia, como bem diz Manzini,¹ na prática as coisas eram diferentes. Os loucos, se não eram mortos, sofriam o encarceramento e a prisão em cadeias, com horríveis padecimentos.

3. Medidas de correção e disciplina eram aplicadas desde o século XVI a vagabundos e mendigos. O CP francês de 1810, que previa para os menores de 13 a 18 anos, que atuassem sem discernimento, medidas educativas (art. 63), ordenava a segregação indefinida de vagabundos (art. 271), colocando-os, depois de cumprida a pena, à disposição do governo, pelo tempo que este determinasse. A partir de 1832, os vagabundos liberados eram submetidos à vigilância especial de polícia.

4. A vigilância especial de polícia passou a outros códigos, como o sardo e o toscano, aparecendo também no código italiano de 1889. Esse código incorporava disposições assecurativas, típicas medidas de segurança, como a internação dos alienados que praticassem fato

* Em memória de Giacomo Delitala, no décimo aniversário de sua morte.

¹ MANZINI, "Trattato di Diritto Penale Italiano", Turim, Utet, 1950, II, 99.

previsto como crime (art. 46), bem como medidas relativas aos menores, aos ébrios habituais e aos reincidentes.

O CP brasileiro de 1890 previa a entrega dos doentes mentais a suas famílias ou o seu recolhimento a hospitais de alienados, se o seu estado mental assim o exigisse, para segurança do público (artigo 29). Previa, também, para os vadios e capoeiras, o internamento em colônia penal (art. 400), estabelecendo o internamento curativo de toxicômanos ou intoxicados habituais (art. 159, § 12), bem como o de ébrios habituais, nocivos ou perigosos, em estabelecimento correccional (art. 396).

Nos códigos penais do século passado encontram-se, assim, claramente, providências cautelares, por vezes sob aparência de pena, que antecipam as modernas medidas de segurança.

5. Deve-se dizer que a pena de prisão surge no século XVI com o caráter de medida de segurança. As primeiras prisões são casas de trabalho e correção. Com o crescimento das cidades, surgem, naquela época, estabelecimentos destinados à emenda e à ressocialização de mendigos e vagabundos. Na Inglaterra, em 1552, num castelo abandonado em Bridewell, surge, por iniciativa de protestantes, um local para alojamento que, desde 1575, passou a chamar-se "House of Correction". Em 1576, determinou-se por lei que em todos os condados deveria haver um estabelecimento dessa natureza. Segundo *Grünhut*,² a Casa de Correção destinava-se aos desocupados e desordeiros, com o propósito de fazê-los ganhar para seu sustento, reformá-los pelo trabalho compulsório e evitar que outros se dedicassem à vagabundagem e à mendicância. Em Amsterdã, em 1595, foi construída uma Casa de Correção que se destinava a vagabundos, desordeiros, ladrões e crianças abandonadas. Em 1596 um estabelecimento similar foi construído para mulheres. Dentro em breve, iniciativas semelhantes surgiram em várias outras cidades. A França constrói sua primeira instituição para vagabundos e mendigos em 1656. Em 1703, o Papa Clemente IX constrói em Roma o Hospício de São Miguel, destinado também a menores incorrigíveis.³ *Thorsten Sellin* observa que o Hospício de São Miguel, que não era exclusivamente uma instituição correccional, foi importante na história das prisões pelo projeto dos blocos de celas que adotava. A pena de prisão se difunde no século XVIII. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal. Trata-se agora de controlar e dominar a alma, através da disciplina e da correção.⁴

² MAX GRÜNHUT, "Penal Reform", Nova York, Clarendon Press, 1948, 15.

³ KORN & MC CORKLE, "Criminology and Penology", Nova York, Holt, Rinehart and Winston, 1964, 407.

⁴ MICHEL FOUCAULT, "Surveiller et Punir", Paris, Gallimard, 1975, 233, *passim*. GEORG RUSCHE-OTTO KIRCHHEIMER, "Pena e Struttura Sociale", trad. Bolonha, Il Mulino, 1978, 71 ss.

II

6. As medidas de segurança foram pela primeira vez objeto de sistematização com o anteprojeto de CP suíço, elaborado por *Stooss*, em 1893. Esse anteprojeto continha, sob o título "Penas e Medidas de Segurança", disposições sobre a internação dos multi-reincidentes, em substituição à pena; a internação facultativa em casa de trabalho, em caso de crime praticado por pessoa de vida irregular ou ociosa; o asilo para ébrios contumazes; o confisco de instrumentos perigosos, etc. O grande mérito de *Stooss* não foi apenas o de realizar, por primeira vez, uma sistematização das medidas de segurança, mas também o de introduzir o critério vicariante, adotado pelas legislações modernas, que permite substituir a pena pela medida. Esse sistema foi adotado pelo CP suíço, de 1937.

7. Embora apareçam medidas de segurança na lei portuguesa de 1896, no CP norueguês de 1902 (§ 65), e no CP argentino de 1921, foi com o CP italiano de 1930 que surgiu na legislação um sistema completo de medidas de segurança, difundindo-se amplamente nos códigos promulgados a partir de então. Na Alemanha, todos os projetos, a partir de 1909, contemplavam medidas de segurança, finalmente, introduzidas pela lei de delinquentes habituais, de 1933. O sistema que prevê a medida de segurança ao lado da pena denomina-se da dupla via ou do duplo binário, e veio a alcançar um grande sucesso.⁵

8. Ao sistema do duplo binário se chega partindo-se da concepção clássica da pena retributiva e expiatória⁶ e de suas manifestas insuficiências. Formula-se na doutrina a teoria das medidas de segurança distinguindo-se da pena porque esta se funda na culpabilidade do agente, e por ela se mede, aplicando-se aos imputáveis, ao passo que as medidas se fundam na periculosidade, e por ela se medem, aplicando-se tanto aos imputáveis como aos inimputáveis. A pena, em consequência, se funda na justiça, como justa retribuição, ao passo que a medida de segurança se funda na utilidade. A pena é sanção e se aplica por fato certo, o crime praticado, ao passo que a medida de segurança não é sanção e se aplica por fato provável, a repetição de novos crimes. A pena é medida afliitiva, ao passo que a medida de segurança é tratamento, tendo natureza assistencial, medicinal ou pedagógica. O caráter afliitivo que esta última apresenta não é um fim pretendido, mas meio indispensável à sua execução finalística. A pena visa à prevenção geral e especial, ao

⁵ Duplo binário é somente a aplicação sucessiva da pena e da medida de segurança pelo mesmo fato. Um sistema que contemple só a pena ou a medida de segurança, é unitário. Cf. RUDOLPH SCHMITT, "Was hat die strafrechtsreform von der Zweispurigkeit übrig gelassen?", *Festschrift f. Thomas Würtenberger*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, 278.

⁶ JEAN GRAVEN, "Jornadas de Derecho Penal", Buenos Aires, 1962, 136.

passo que a medida de segurança visa apenas à prevenção especial, consistente na recuperação social ou na neutralização do criminoso.⁷

III

9. O sistema do duplo binário correspondeu à convicção de que a pena retributiva era insuficiente nos casos de multi-reincidentes e criminosos habituais. O Direito Penal clássico trabalhava apenas com a agraviação da pena em caso de reincidência, e nunca pôde, verdadeiramente, ajustá-la ao esquema da culpabilidade. *Carmignani* entendia ser injusto aumentar a pena pela reincidência. *Carrara*, porém, explicava que a razão de punir mais o reincidente se encontra na natureza da pena. As penas — dizia — têm a presunção de serem adequadas às necessidades da repressão e revelam deficiência especial se há reincidência. Se o agente se mostra insensível à pena ordinária, tem de receber uma pena mais forte, à semelhança do doente que deve receber um segundo remédio mais eficaz, se o primeiro foi inoperante. Segundo *Carrara*, punindo-se mais o reincidente, não se lhe atribui *de novo* o delito precedente; não se tem em conta a malvez de do homem; não se mortifica o culpado porque ele não se corrigiu. A imputação permanece a mesma, mas a pena é aumentada porque a anterior se revelou insuficiente, relativamente à sensibilidade daquele homem.⁸

10. A explicação engenhosa ilude o problema. Se a pena se funda na culpabilidade e não pode ultrapassar a medida desta, como atribuir, na lógica do sistema, efeito-agravante da pena à reincidência? Como muitos observaram, a reincidência verdadeiramente não é uma circunstância do crime. *Nuvolone* diz que parece árduo considerar circunstância do fato uma condição pessoal do sujeito.⁹ Retomando a imagem de *Carrara*, *Pisapia* observa que não se compreende que o médico aumente a dose do remédio que se revelou inteiramente ineficaz.¹⁰ Somente com recurso à idéia, a nosso ver inaceitável, de uma culpabilidade pela conduta da vida, é possível compatibilizar o

⁷ NELSON HUNGRIA, "Comentários ao Código Penal", Rio de Janeiro, Forense, vol. III, 1959, 11. Hungria foi o principal artífice do CP brasileiro em vigor, que, inspirado no Código Rocco, estabelece um sistema completo de medidas de segurança. No fim da vida, Hungria compreendeu a inutilidade desse sistema, declarando nas jornadas de Buenos Aires: "Se existe na época atual uma tendência e uma orientação prevalente, é a da unidade visceral, da unidade orgânica entre pena e medida de segurança". "Jornadas de Derecho Penal", cit. (nota 6), 87.

⁸ CARRARA, "Stato delle dottrine sulla recidiva", Opuscoli, II, Prato, 1878, 131 ss.

⁹ NUVOLONE, "Il Sistema del Diritto Penale", Pádua, Cedam, 1975, 313. O art. 99 do Código Rocco, reformado em 1974, tornou sempre facultativo o aumento de pena pela reincidência.

¹⁰ PISAPIA, "Reflexiones sobre la reincidencia", no volume "Estudios Jurídicos em Homenaje al professor Jimenez de Asua", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964, 334.

aumento de pena pela reincidência com um direito penal da culpa. O problema da reincidência é o mesmo dos criminosos habituais. Não são poucos os que declaram que a pena se aumenta em razão da maior periculosidade.¹¹

11. Generalizou-se, porém, o entendimento de que com o simples mecanismo do aumento de pena pela reincidência, não é possível promover eficiente defesa social. As medidas de segurança, com o sistema do duplo binário vieram pôr fim à estéril luta de escolas que dominou a ciência penal de fins do século passado e do início deste. *Von Liszt*, que reclamava a pena de fim (*Zweckstrafe*), com base na personalidade do agente, visando apenas fins preventivos, sem qualquer fundamento no princípio da retribuição, e o movimento que ele liderava passaram a admitir que, mesmo com base na pena de culpa, era possível formular um sistema que atendessem com eficácia à prevenção especial. Os clássicos, por seu turno, admitiam a necessidade de completar o esquema da pena retributiva através de medidas de segurança e correção, sem conotação punitiva. Diz *Maurach* que, nesse compromisso celebrado entre as duas correntes, os clássicos tiveram que fazer as maiores concessões.¹²

12. *Jescheck* afirma que a luta contra a criminalidade de categorias especiais de autores, recorrendo a medidas não entendidas como pena, no sentido tradicional, foi um dos grandes postulados da União Internacional de Direito Criminal, antes da primeira Guerra Mundial.¹³ A questão do tratamento dos delinquentes habituais foi discutida em numerosos congressos, desde o 2.º, celebrado em Berna, em 1890, até o 12.º, realizado em Copenhagen, em 1913. Neste último se decidiu: "A lei deve estabelecer medidas de segurança especiais contra delinquentes perigosos, em razão de seu estado de reincidência legal, de seus hábitos de vida ou de seus antecedentes hereditários e pessoais, manifestados por um crime." Nos outros congressos várias medidas foram propostas, da pena indeterminada à custódia de segurança indeterminada. Ainda no congresso que a AIDP celebrou em Bruxelas, em 1926, aprovou-se resolução em que se dizia: "O Congresso reconhece que a pena, como sanção única do delito, não basta às exigências da defesa social, seja contra os delinquentes mais peri-

¹¹ Veja-se, por todos, RICARDO C. NUÑEZ, "Derecho Penal Argentino", Buenos Aires, Córdoba, 1960, vol. II, 475.

¹² MAURACH, "Os caminhos do Direito Penal alemão ao projeto de 1960", no volume "Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria", Rio de Janeiro, Forense, 1962, 94. Como exemplo da busca de novos caminhos que dominava a ciência penal no começo do século, pode-se ver o projeto austríaco, de 1912, que introduzia a periculosidade, ao lado da culpa, como medida da pena (§ 43). Veja-se a crítica impenitente de BIRKMEYER, "Schuld und Gefährlichkeit", Leipzig, Felix Meiner, 1914, 51 ss.

¹³ JESCHECK, "La influencia de la Unión Internacional de Derecho Criminal y de la Asociación Internacional de Derecho Penal en el desarrollo internacional de la política criminal moderna", in "Doctrina Penal", n.º 15 (1981), 461.

gosos, por sua anomalia ou por sua tendência ou hábito ao delito, seja frente aos delinquentes menores, mais ou menos reeducáveis. E expressa o voto de que os códigos penais contenham também medidas assecurativas determinadas pela personalidade do delinquente, mais ou menos readaptável à vida social." Num relatório publicado em 1948 pela Comissão Internacional Penal e Penitenciária se dizia que "raros são os países que se limitam a pretender combater a criminalidade endurecida pelas disposições sobre a reincidência". Jacques Bernard Herzog, em 1955, dizia: "L'insuffisance de la peine à l'égard des délinquants d'habitude et de profession n'est pratiquement plus contestée".¹⁴

IV

13. Escrevendo em 1932, logo após a promulgação do código Rocco, Antolisei observava que o sistema dualístico, embora engenhoso, não poderia se considerar definitivo, pois nele se vislumbram todas as características de um compromisso transitório. "Observando as tendências de evolução do direito criminal — prosseguia — e voltando as vistas para os prováveis desenvolvimentos do próprio direito, é lícito conjecturar que, em um tempo, mais ou menos próximo, o sistema bipartido cederá a passo a um sistema unitário, que reunirá em si as características essenciais da pena e da medida de segurança."¹⁵

14. O problema da unificação ou da contraposição da pena à medida de segurança nunca se deixou de discutir. No VI Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Roma, em 1953, sendo Grispigni o relator do tema, a questão foi examinada. Não estava, porém, ainda, madura para solução. Depois de largo e improficuo debate, o congresso limitou-se a recomendar, para os semi-imputáveis, o sistema da via única, porque os retribucionistas impediram a aprovação da tímida proposta apresentada.¹⁶

15. A matéria foi, de novo, considerada no seio da Grande Comissão de Direito Penal, incumbida da reforma do código penal alemão. Eberhard Schmidt, como relator, defendeu o sistema unitário, afirmando que era prejudicial na decisão da matéria a questão relativa ao sentido a ser dado à execução da pena. E sustentava como

¹⁴ JACQUES-BERNARD HERZOG, "Le délinquant d'habitude en droit comparé", no volume "Delitto e Personalità", Milão, Giuffrè, 1955, 388.

¹⁵ ANTOLISEI, "Pene e misura di sicurezza", no volume "Scritti di Diritto Penale", Milão, Giuffrè, 1955, 224.

¹⁶ Cf. "VIe Congrès International de Droit Pénal", Milão, Giuffrè, 1957, 221 ss. Veja-se também na "Revue Internationale de Droit Pénal", 1953 e 1954, os informes apresentados ao VI Congresso. A solução que o sistema apresenta para os semi-imputáveis (adotado pelo CP brasileiro vigente) é particularmente desastrosa: pena atenuada pelo *quantum* de culpabilidade que tais pessoas apresentam e, depois da pena, medida de segurança.

óbvio um sistema de execução penal voltado para a ressocialização do condenado (*Resozialisierungsstrafvollzug*). Mostrou também que a custódia de segurança (*Sicherungsverwahrung*) não passava de uma prorrogação da pena e que os mendigos e vagabundos deveriam ser retirados do direito penal.¹⁷ Prevaleceu, no entanto, por larga margem, o sistema do duplo binário. Nas Jornadas de Buenos Aires, celebradas em 1962, Maurach chegou a dizer: "O chamado unitarismo não tem perspectivas de obter êxito e não terá validade enquanto a minha geração for responsável pelo destino do direito penal alemão", o que levou Quintano Rippolés a afirmar: "El monismo está muerto en la ciencia alemana."¹⁸ A geração de Maurach passou e podemos dizer, segundo o velho ditado, que aqueles que foram declarados mortos continuam vivos e estão muito bem.

V

16. O projeto Ferri, de 1921, introduziu um sistema unitário de sanções, de duração indeterminada (art. 44), aplicadas segundo a periculosidade do agente (art. 20). Um sistema como esse aparece no código soviético, de 1926, onde se procurou substituir a culpabilidade pela periculosidade social do agente, abandonando-se a noção de pena. Segundo Maurach, o direito costumeiro se revelou mais forte que a vontade do legislador. A doutrina e a jurisprudência retornaram a um direito penal da culpa, incorporando ao novo CP, de 1960.¹⁹ Um sistema unitário aparece também no CP dinamarquês, de 1930; na reforma portuguesa, de 1936; no CP grego, de 1950; no CP sueco, de 1962; no CP búlgaro, de 1968 e no anteprojeto francês, de 1978. O único país socialista que adota o sistema do duplo binário é a Hungria.

17. Na Inglaterra, o *Prevention of Crime Act*, de 1908, introduziu, com o nome de *preventive detention*, uma custódia de segurança, ao lado da pena, para os criminosos habituais. Esse sistema, que representava concessão ao critério do duplo binário foi revogado pelo *Criminal Justice Act*, de 1948, que introduziu o *corrective training* e transformou a *preventive detention*, configurando-os como virtuais medidas de segurança, a serem aplicadas em lugar da pena.²⁰ Na Inglaterra e nos Estados Unidos prevalece um sistema unitário, onde não se distingue a pena da medida de segurança. Veja-se a lei inglesa de 1973. Nos Estados Unidos generalizou-se a pena indeterminada, introduzida no Estado de Nova York, em 1876. O tribunal impõe ao condenado o mínimo e o máximo da pena a ser cum-

¹⁷ "Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechts kommission", 1. Band, Bonn, 1956, 51.

¹⁸ "Jornadas de Derecho Penal", cit. (nota 6), 120 e 127.

¹⁹ MAURACH-ZIPF, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 5.ª edição, Heidelberg-Karlsruhe, Müller Verlag, 1977, 68.

²⁰ LEON RADZINOWICZ, "The Criminal Justice Act, 1948", no volume "Studi in memoria di Arturo Rocco", Milão, Giuffrè, vol. II, 1952, 415.

prida. A sua efetiva duração depende da decisão das juntas de livramento condicional (*parole boards*). Como diz *Berinstain*, se estudarmos com atenção o conteúdo das sanções reguladas na legislação penal norte-americana, parece claro que a maioria delas reúne as principais características das penas e das medidas, sobretudo destas últimas, pois têm em muita conta a personalidade e a periculosidade do delinqüente, bem como sua possível ressocialização.²¹

VI

18. Ao centro do debate está a questão fundamental sobre o caráter e o sentido da pena; seu fundamento e seus fins. O sistema do duplo binário vive em função da pena fundada no princípio da retribuição, incompatível com medidas de defesa social que não se fundem na culpabilidade. Em realidade, o magistério punitivo do Estado não se funda na retribuição, nem tem qualquer outro fundamento metafísico. A pena encontra seu fundamento no dever que incumbe ao Estado, de preservar a ordem e a segurança da convivência social, que deflui de sua função de tutor e mantenedor do ordenamento jurídico. Isso se faz com a incriminação de determinadas condutas, que mais gravemente atingem certos bens e interesses. Como se diz na Exposição de Motivos do projeto alternativo alemão, reproduzindo a frase famosa de *Hans Schultz*, a pena é tão-somente amarga necessidade de uma sociedade de seres imperfeitos.²² Pena e medida de segurança têm o mesmo fundamento. Ambas servem à proteção de bens jurídicos e se destinam a prevenir a prática de crimes. Na execução, ambas tendem à reintrodução do agente na sociedade, sem que venha a cometer novos crimes.²³ É certo que a pena, em sua natureza jurídica, é, em essência, retributiva, porque é perda de bens jurídicos imposta ao transgressor. Mas a medida de segurança detentiva para imputáveis, que o condenado recebe e sofre como uma pena, também é perda de bens jurídicos, tendo natureza aflitiva, por vezes, mais grave do que a pena.

19. Desfaz-se, assim, o esquema jurídico do duplo binário, que é mera ficção com que se comprazem os juristas. Esse esquema, por seu artificialismo, não funcionou em parte alguma, estando hoje em completo descrédito. A falência do sistema se deve ao fato de nunca ter sido possível distinguir, na execução, a pena privativa da liberdade da custódia de segurança. Deve-se também à precariedade do juízo de periculosidade, bem como à inexistência de estabelecimentos e de pessoal técnico. Leis modernas, que mantêm o sistema, aproximam a medida de segurança da pena, adotando o critério vicariante,

²¹ ANTONIO BERINSTAIN, "Medidas penales en derecho contemporaneo", Madri, Reus, 1974, 47.

²² Cf. "Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches", Allgemeiner Teil, Tübingen, Mohr, 1966, 29. HANS SCHULTZ foi um dos autores do projeto.

²³ Projeto alternativo alemão, § 2. (1).

o princípio da reserva legal para as medidas e a regra da proporcionalidade. Como nota *Jescheck*, o problema se deslocou, na atualidade, da disputa teórica sobre o caráter das sanções, para a necessidade de proteger os delinqüentes habituais e reincidentes contra o arbítrio estatal e os excessos judiciais.²⁴

20. Na 4.^a edição de seu *Tratado*, *Maurach* ensinava que "a melhor qualidade da pena retributiva é sua majestade livre de todo fim, como se expressa na exigência kantiana de que se imponha ao último assassino a pena que merece, inclusive no caso em que a sociedade se fosse dissolver voluntariamente". Todavia, como observava *Roxin*, na 5.^a edição daquele *Tratado*, atualizada por *Heinz Zipf*, um discípulo do mestre, todo o § 7 é substituído integralmente, aparecendo agora a afirmação de que a pena se justifica pela missão de proteção atribuída ao Estado e que, em sua justificação estatal, pena e medida de segurança devem ser consideradas em conjunto.²⁵ Essa alteração fundamental é expressiva do novo pensamento jurídico-penal germânico e mostra que a geração de *Maurach* já vai deixando a cena.

VII

21. Não é possível seriamente diferenciar, na execução, a pena privativa da liberdade da medida de segurança detentiva para imputáveis. Isso tem sido observado por numerosos autores. Já *Mezger*, em seu tempo, se referia à "crise do duplo binário", afirmando que a casa de trabalho (que o velho código alemão previa no § 42, d), em sua essência, constituía uma pena, e que a custódia de segurança (*Sicherungsverwahrung*) executava-se transferindo o condenado da ala direita para a ala esquerda do mesmo estabelecimento.²⁶ É o que *Kohlrausch* chamava de "burla de etiquetas" (*Etikettenschwindel*).²⁷

VIII

22. Quando em 24 de novembro de 1933, a lei sobre delinqüentes habituais perigosos introduziu, no CP alemão, o § 20, a, estabelecendo uma agravação da pena não para certos fatos, mas para determinados agentes, aparece no direito penal clássico, realmente,

²⁴ JESCHECK, ob. cit. (nota 13), 466.

²⁵ MAURACH, "Strafrecht, Allgemeiner Teil", 4.^a edição, 1971, 77. Veja-se MAURACH-ZIPF, 5.^a edição, cit. (nota 19), 87 ss. No sentido das novas idéias, veja-se, por expressiva, a passagem de HORN, no volume *Rudolphi et al.*, "Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch", Band. 1., Allgemeiner Teil, Frankfurt am Main, Metzner, 1977, 465.

²⁶ MEZGER, "Strafrecht", Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 9.^a edição, Munique e Berlim, Beck, 1960, 306. Cf. JESCHECK, "Lehrbuch des Strafrechts", Allgemeiner Teil, 3.^a edição, Berlim, Duncker & Humblot, 1978, 68.

²⁷ ZStW 44 (1924), 33.

um corpo estranho. Surgem então diversas tentativas para conciliar a novidade com o sistema, entre as quais, a que teve maior destaque foi a idéia de culpabilidade pela conduta da vida (*Lebensführungsschuld*), introduzida por *Mezger* (ZStW, 57/688). A essência da culpa passaria aqui a consistir numa omissão: não ter feito o agente de sua vida o que teria sido possível.²⁸ A idéia foi retomada por outros autores, sendo acolhida pelos grandes mestres portugueses, *Eduardo Correia* e *Jorge de Figueiredo Dias*. Este último formula a "culpa da pessoa", nos seguintes termos: "Culpa jurídica (jurídico-penal) é, assim, a violação pelo homem do dever de conformar o seu existir por forma a que, na sua atuação na vida, não viole ou ponha em perigo bens juridicamente (jurídico-penalmente) protegidos."²⁹ Procurava-se, desta forma, manter a pureza do sistema, superando a concepção clássica da culpabilidade pelo fato isolado (*Einzeltatschuld*).³⁰ A nosso ver, a teoria da culpabilidade pela conduta da vida não passa de uma ficção engendrada pela imaginação criadora dos juristas, embora *Jescheck* afirme que o mais correto é a união de ambas as concepções, pois há casos em que o direito penal toma em conta "o conjunto da personalidade" do autor (*Gesamtpersönlichkeit*). Esses casos seriam o juízo sobre a inevitabilidade do erro de proibição, a reincidência e as disposições sobre a medição da pena.³¹

23. O que importa, porém, aqui considerar é que essa apreciação do conjunto da personalidade, que é inevitável, pelo menos na aplicação da pena, com a qual se procurou manter a pureza do direito penal da culpa, veio tornar bastante relativa a contraposição entre culpa e periculosidade. É a penetrante observação de *Sieverts*, para quem a teoria do direito, com a *Lebensführungsschuld*, não mais permite uma nítida separação entre pena e medida de segurança.³²

IX

24. As medidas de segurança, segundo a teoria, fundam-se e medem-se pela periculosidade do agente. Que é, no entanto, realmente a periculosidade e quais são os critérios para reconhecê-la? Eis aí

²⁸ MEZGER, "Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik", Berlim, Munique, Duncker & Humblot, 1950, 35.

²⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "Liberdade, Culpa, Direito Penal", Coimbra, Coimbra Editora, 1976, 188. Cf. EDUARDO CORREIA, "Direito Criminal", Coimbra, Almedina, 1963, 322 ss. Cf. FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, "Princípios Básicos de Direito Penal", São Paulo, Saraiva, 1982, 40 ss.

³⁰ BINDING, "Die Normen und ihre Uebertretung", Leipzig, 2.^a edição, tomo 2.^o, vol. 1, 1914, 283: "Unicamente o fato singular, um fato instantâneo, talvez completamente excepcional nos costumes que o sujeito tinha até então, o converte em culpável e só por isso responsável penalmente e não por seu caráter, nem por seu temperamento permanente, nem por sua conduta anterior ou posterior ao fato."

³¹ JESCHECK, "Lehrbuch", cit. (nota 26), 343.

³² RUDOLF SIEVERTS, "Wurde sich für ein neues Strafgesetzbuch die Einführung der unbestimmten Verurteilung empfehlen und in welche Umfang?", Materialien zur Strafrechtsreform, Band 1., Bonn, 1954, 117.

um problema descomunal. Começemos com os partidários da pena retributiva. *Bettiol* nega, por completo, que seja possível um juízo sobre a periculosidade: "O homem livre e capaz não pode ser objeto de um juízo de periculosidade, porque não é um momento ou uma força cega da natureza, mas um ser que se desenvolve e atua no mundo dos valores, onde um cálculo de probabilidades não tem direito de cidadania." "As medidas de segurança, salvo exceções, violam os princípios fundamentais do Estado de direito. Um homem livre não pode ser considerado necessitado de tal ação, e, portanto, perigoso."³³

25. O conceito de perigo referido à personalidade do delinquente surge com o positivismo criminológico. Os clássicos haviam tratado do conceito de perigo na estrutura do crime, definindo-o como probabilidade de dano. Construindo, porém, o sistema com base na culpabilidade, fundada no livre arbítrio e na responsabilidade moral, desconhecaram por completo a idéia de periculosidade, embora *Feuerbach* tenha, sem conseqüências, se referido a ela como "qualidade da pessoa pela qual fundadamente se presumirá que ela deve efetivamente violar o direito". Pretendendo mudar o centro de gravidade do sistema, a Escola Positiva, com a obra de *Garofalo* ("Criterio positivo della penaltà", Nápoles, 1880), sustentava que a pena deveria ajustar-se à *temibilidade* do delinquente. Como *Rocco* observou, a referência à temibilidade não era feliz. Temibilidade expressa uma impressão subjetiva e é, realmente, a conseqüência da periculosidade.³⁴ A periculosidade vem entendida como um modo de ser, um atributo, uma condição psíquica da pessoa, que *Garofalo* e *Grispigni* consideravam anormal.³⁵ *Ferri* distinguia a periculosidade criminal da periculosidade social, afirmando que todos os delinquentes são perigosos. O problema estaria em valorar o grau de periculosidade de todo delinquente, pelo só fato de haver cometido uma ação delituosa.³⁶ *Ferri* parte da relação grupo-indivíduo, para reconhecer a periculosidade na "inadaptabilidade social", ou seja, na falta de ajustamento do indivíduo às exigências do meio social. Não se questiona a ordem social. Pressupõe-se uma ordem social determinada a que o sujeito deve ajustar-se. Como diz *Bergalli*, o conceito assim elaborado não constitui uma construção científica de um fenômeno real, pois está contaminado de pré-noções e sustentado pelas apa-

³³ BETTIOL, "I problemi di fondo delle misure di sicurezza", no volume "Stato di diritto e misure di sicurezza", Pádua, Cedam, 1962, 3 e 17.

³⁴ ROCCO, "L'oggetto del reato", Roma, Foro Italiano, 1932, 313.

³⁵ GRISPIGNI, "La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato", Scuola Positiva, 1920, 103 e 109.

³⁶ FERRI, "Principios de Derecho Criminal", trad., Madri, Reus, 1933, 274. A periculosidade social é a que aparece *ante-delictum*, correspondendo aos marginalizados e parasitas. Veja-se a lei espanhola de periculosidade e reabilitação social, de 4 de agosto de 1970. Esta lei veio substituir a incrível lei de *Vagos y Maleantes*, de 1933. Cf. *Marino-Barbero Santos*, "Marginación social y derecho represivo", Barcelona, Bosch, 1980.

rências. Ou seja, o conceito pressupõe uma "ordem social", com uma estrutura normativa "natural", que todos os indivíduos devem aceitar como orientadora de suas ações. A conduta é o indicador da periculosidade, e o fator que principalmente a determina é o meio ambiente, onde o indivíduo se socializa.³⁷

26. A periculosidade é definida como probabilidade de que novos crimes sejam praticados. O art. 203, CP italiano, esclarece: "Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente (reati o quasi-reati) quando è probabile che commeta nuovi fatti preveduti dalla legge comme reati". Trata-se, como logo se vê, de um juízo sobre o comportamento futuro do indivíduo, precisamente aquele que *Bettiol* rejeita. Estamos, aqui também, diante de uma ficção jurídica, pois, como observa *Soler*, não existe fórmula positiva ou científica de periculosidade, podendo afirmar-se o caráter profético da noção de estado perigoso.³⁸ *Lopez-Rey* também anota que as noções de periculosidade e de comportamento desviante se caracterizam por sua generalidade, seu fraco valor científico e por seu servilismo em relação ao poder aceito ou imposto. E observa que a importância atribuída à personalidade do delinqüente, como pivô criminológico, pertence ao passado: "Evidentemente essa personalidade deve ser tomada em consideração, mas relativamente a outros postulados, entre os quais o mais importante é o da justiça social. Reduzindo-se o papel da personalidade, o papel da periculosidade se encontra, ele também, automaticamente reduzido e mesmo suprimido. Tal justiça requer uma concepção sócio-política. Cientificamente, a periculosidade não pode ser justificada, e menos ainda do ponto de vista sócio-político".³⁹

27. A periculosidade se estabelece, portanto, com um juízo de probabilidade que, por sua própria natureza, é absolutamente relativo. A lei indica critérios para verificar a periculosidade real (art. 77, CP brasileiro), os quais são basicamente os mesmos previstos para o juízo de culpabilidade (art. 42, CP brasileiro). Teoricamente, no entanto, aqueles elementos devem ser aqui considerados em perspectiva diversa. Para aplicação da pena, cumpre avaliar a maior ou

³⁷ ROBERTO BERGALLI, "La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella", Barcelona, 1980, 49. Como nota ZIPF ("Introducción a la política criminal", trad., Caracas, Editorial Revista de Derecho Privado, 1979, 74), a reinserção social só pode ter sentido se a própria sociedade está em ordem. Em realidade, o direito penal protege a ordem social reconhecida como correta. Não é alavanca de reforma social, mas escudo da ordem social.

³⁸ SEBASTIÁN SOLER, "Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso", Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1929, 169 e 174.

³⁹ LOPEZ REY, "Quelques réflexions sur le danger de la notion de dangerosité", no volume "Dangerosité et Justice Penale", Université Catholique de Louvain, 1979, 327. Sobre a matéria, vejamos os trabalhos que aparecem no volume "Deuxième cours international de Criminologie: le problème de l'état dangereux", Melun, 1954.

menor reprovabilidade da ação. Para aplicação da medida de segurança, cumpre avaliar a probabilidade de reincidência. Essa é a teoria. Em realidade, porém, a consideração da personalidade do agente é indispensável no processo de aplicação da pena. A periculosidade do agente, no direito brasileiro, é hoje decisiva na fixação do regime de execução (art. 77, § 1.º, CP). Como observa *Nuvolone*, o fato de servirem os mesmos elementos à medição da pena e à verificação da periculosidade, mostra a incoercível exigência unificadora das sanções penais, que devem perseguir contemporaneamente, para os imputáveis e semi-imputáveis, finalidades de repressão e de prevenção especial.⁴⁰ Em boa verdade, o juízo de periculosidade é formulado precariamente pelo juiz, de forma empírica, incerta e intuitiva, mais semelhante a uma suspeita que a um diagnóstico positivo.⁴¹

28. A Criminologia formula os métodos clínicos e estatísticos e o método intuitivo. Mas todos os criminólogos apresentam reservas e objeções quanto a tais métodos.⁴² O método estatístico levou à elaboração de tábuas de predição, que se difundiram nos Estados Unidos, particularmente pelos estudos do casal *Glueck*. A sua imperfeição é manifesta, conduzindo, como diz *Lopez Rey* a uma espécie de Criminologia na qual o crime e a delinqüência, e, portanto, os criminosos não são considerados como parte de uma estrutura social, ou como manifestações dela, mas como algo à parte ou isolado, que deve ser tratado cientificamente, e não sociologicamente.⁴³ Em suma, o que se tem a dizer é que não há métodos científicos para determinar a periculosidade, que é um conceito vago e indeterminado, sendo o procedimento judicial de sua verificação fundado na intuição do juiz, com critérios de evidente irracionalismo.

29. A precariedade do prognóstico e do juízo de periculosidade revela-se também em relação à suspensão condicional da pena e ao livramento condicional, bem como na farsa que constituem os exames de cessação da periculosidade. A verdade é que ninguém sabe quando a periculosidade existe ou não existe, partindo do exame da

⁴⁰ NUVOLONE, "Il sistema di diritto penale", cit. (nota 9), 322.

⁴¹ Cf. SOLER, ob. cit. (nota 38), 169.

⁴² GÖPPINGER, "Criminologia", trad., Madri, Reus, 1975, 286. TOMAS S. VIVES ATON, "Metodos de determinación de la peligrosidad", no volume "Peligrosidad social y medidas de seguridad", Universidade de Valencia, 1974, 410: "Cabe concluir que nem a Biologia, nem a Sociologia, nem a Psicologia, se acham em condições de fundamentar teoricamente um prognóstico de periculosidade. Situação que pode corresponder a um imperfeito desenvolvimento dessas ciências, mas não se pode descartar que obedeça a que se está buscando o que não existe." WOLF MIDDENDORF, "Teoria y practica de la prognosis criminal", Madri, Espasa Calpe, 1970, 108, 109. GÜNTHER STRATEWERTH, "Strafrecht", Allgemeiner Teil, Colonia, Berlin, Bonn e Munique, Carl Heymanns, 1971, 21.

⁴³ LOPEZ REY, "Some misconceptions in contemporary Criminology", no volume "Essays in Criminal Science" (GEHARD O. W. MUELLER, org.), South Hackensack e Londres, Rothman e Sweet & Maxwell, 1961, 14.

personalidade do agente. Funcionam como base fundamental da intuição do observador os antecedentes do réu, aos quais a prática judiciária sempre atribui valor especial. A falência da pena indeterminada nos Estados Unidos é bem uma ilustração. O abuso das *parole boards* freqüentemente prorroga a duração da pena a limites intoleráveis, motivo pelo qual constitui reivindicação generalizada dos presos, através de associações de defesa de seus direitos, o retorno a um sistema de pena determinada.⁴⁴

30. A periculosidade também pode ser *presumida* pela lei (artigo 78, CP brasileiro). Nesse caso a ficção é indiscutível. A idéia de presunção normativa de periculosidade corresponde a exacerbada repressão, sendo hoje insustentável. Não se pode impor o que virtualmente constitui pena (internação para os reincidentes), com base em mera presunção, sem ofensa a direitos elementares. O critério segundo o qual o prazo mínimo da internação se fixa em função da pena cominada ao crime, é simplesmente absurdo. Percebe-se aqui a hipocrisia do sistema. Se a medida de segurança se funda na periculosidade, esta é que deve ser critério exclusivo para regular o prazo de internação.

X

31. Temos, a esta altura, uma experiência apreciável com o sistema das medidas de segurança. Como foi essa experiência nos países que adotavam o duplo binário? Simplesmente lamentável. Na Inglaterra, a "preventive detention", introduzida pelo *Prevention of Crime Act*, de 1908, enquanto esteve em vigor, nunca funcionou.⁴⁵ Na Alemanha, onde foi muito vivo o princípio da retribuição, afirmou-se, nos trabalhos preparatórios do projeto oficial de 1960, que a custódia de segurança se converteu em completo fracasso político-criminal.⁴⁶ *Jescheck* mostra-se cético com a eficácia das medidas privativas da liberdade, tendo em vista o reduzido número de casos de sua aplicação, apesar da reincidência freqüente. Em 1974, havia apenas 69 internados de segurança na Alemanha. A casa de trabalho, anteriormente, possuía importância cada vez menor.⁴⁷ Na Suécia, o internamento foi praticamente abandonado. Na maior parte dos países onde existem na legislação medidas de segurança detentivas para imputáveis, faltam meios, pessoal e os estabelecimentos não foram sequer construídos.⁴⁸

⁴⁴ Cf. JESSICA MITFORD, "Kind and usual punishment. The prison business", Nova York, Vintage Books, 1974, 121. JESCHECK, ob. cit. (nota 13), 462, informa que a pena indeterminada já desapareceu nos Estados da Califórnia, Indiana e Maine.

⁴⁵ LEON RADZINOWICZ, ob. cit. (nota 20), 415.

⁴⁶ SIEVERTS, "Niederschriften", cit. (nota 17), tomo III, 153.

⁴⁷ JESCHECK, "Lehrbuch", cit. (nota 26), 658. "Com a reforma do § 66 StGB, as cifras diminuirão ainda mais."

⁴⁸ BERISTAIN, ob. cit. (nota 21), 194; Muñoz Conde, nota à tradução espanhola do *Tratado*, de JESCHECK (Barcelona, Bosch, 1981, tomo II, 1136); LOPEZ REY, ob. cit. (nota 39), 328.

32. Os países que, em suas recentes reformas, permanecem fiéis ao sistema do duplo binário, adotaram amplamente um sistema de via única na execução. É o caso da Alemanha (1975), Austria (1975) e Suíça, onde uma revisão extensa foi realizada em 1971. Introduzem-se nesses países critérios que mais fortemente aproximam a pena das medidas de segurança.⁴⁹ Assim, estabelece-se o princípio da proporcionalidade; estende-se às medidas de segurança o princípio da reserva legal; adota-se o critério vicariante; concede-se para as medidas de segurança o livramento condicional.

33. O princípio da proporcionalidade limita a medida de segurança, pondo-a em relação com o fato praticado. Ele aparece no CP alemão no § 62, que proíbe seja imposta medida que não esteja em relação com o significado do fato praticado.⁵⁰ Esse princípio, segundo *Jescheck*, cumpre nas medidas uma função protetora similar à que na pena cumpre o princípio da culpabilidade.⁵¹ A medida de segurança já não se funda apenas na periculosidade. *Rudolph Schmitt* afirma que, de acordo com o direito, penas e medidas de segurança têm hoje em comum o fato de que devem ser medidas em relação com o fato praticado.⁵²

34. As medidas de segurança não estão submetidas ao princípio da reserva legal no sentido de anterioridade ao *fato*. O art. 75, CP brasileiro estabelece que as medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, no entanto, se diversa, a lei vigente no momento da execução. Parte-se do entendimento de que a medida de segurança não tem caráter retributivo, visando apenas ao tratamento ou à emenda. A tendência, no entanto, é a de subordinar as medidas de segurança às mesmas garantias da pena. Assim dispunha o projeto alternativo alemão, § 1 (2). Como se lê na justificação desse projeto, comumente as medidas de segurança conduzem a larga privação da liberdade, atingindo gravemente bens jurídicos, e, como a pena, podem ser aplicadas repressivamente.⁵³ O CP austríaco de 1974, em seu § 1, equipara as medidas de segurança à pena para os efeitos da reserva legal. O CP alemão vigente manda aplicar a medida de segurança em vigor no tempo da sentença, se a lei não dispuser diversamente. A respeito dessa ressalva (que não constava da lei anterior), a fundamentação do pro-

⁴⁹ RUDOLPH SCHMITT, ob. cit. (nota 5), 279.

⁵⁰ § 62 StGB: "Eine Massregeln der Besserung und Sicherung darf nicht angeordnet werden, wenn sie zu Bedeutung der von Täter begangene...Taten... ausser Verhältnis steht." Sobre o princípio (que já era exigido pela jurisprudência), cf. *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz", Festschrift f. R. Lange, 1976, 27.

⁵¹ JESCHECK, "Lehrbuch", cit. (nota 26), 67.

⁵² RUDOLPH SCHMITT, ob. cit. (nota 5), 280. Compare-se, em contrário, o que dizia *Stooss*, "Lehrbuch des österreichischen Strafrechts", Viena e Leipzig, Deuticke, 1913, 224.

⁵³ "Alternativ Entwurf", cit. (nota 22), 29.

jeto de 1962 esclarece que não pode a regra legal prevalecer no caso de novas medidas de segurança, que gravemente atinjam a liberdade do agente e que, por isso, tenham efeito igual à pena.⁵⁴

35. O critério vicariante torna a medida de segurança intercambiável com a pena. Ele já estava previsto no projeto *Stooss* e foi introduzido no CP suíço. Esse critério vem mostrar claramente que a pena e a medida de segurança têm um substrato comum, permitindo resolver as mais graves incongruências da solução jurídica prevista para os semi-imputáveis, no sistema do duplo binário.⁵⁵ O CP alemão em vigor (§ 67) incorporou o critério (que não se aplica nos casos de custódia de segurança). O mesmo ocorre no CP austríaco (§ 24). Na Alemanha, a lei das execuções penais, de 1977 (§ 9), permite impor a um preso a medida intercambiável de internação em estabelecimento de terapia social, sem ordem do juiz, o que representa, pelo menos em relação a esta medida, o fim do sistema do duplo binário. O CP alemão, por outro lado, introduziu a suspensão condicional das medidas (§ 67, b).

XI

36. O CP brasileiro, inspirado no código Rocco, adotou em sua plenitude o sistema do duplo binário, disciplinando amplamente as medidas de segurança. O que se tem a dizer é que nos 40 anos de vigência desse código, somente no Estado de São Paulo foi construído um único estabelecimento para execução de medidas de segurança detentivas para imputáveis. Em nenhum outro Estado existem tais estabelecimentos, o que significa que as disposições do código ficaram no papel. Em consequência, não se cumprem as medidas de segurança detentivas, substituídas que são pela liberdade vigiada, uma medida puramente retórica. Por outro lado, concede-se com liberalidade o livramento condicional, através de exames de cessação da periculosidade, que prejudicam a execução da medida de segurança. A impressão que se tem é a de que o sistema funciona sem que as medidas de segurança detentivas para imputáveis façam falta.

37. No governo de Jânio Quadros, o Estado de São Paulo criou o Departamento de Institutos Penais, entregue à direção de J. B. Viana de Moraes, que reformulou integralmente o sistema penitenciário estadual, surgindo, em 1955, a Casa de Custódia e Tratamento, de Taubaté, e o Instituto de Reeducação e Tratamento, em Tremembé. A Casa de Custódia e Tratamento destina-se aos semi-imputáveis e o Instituto a condenados imputáveis, sujeitos a medida de segurança, em virtude de sua periculosidade, real ou presumida. A capa-

⁵⁴ "Entwurf-eines Strafgesetzbuches E. 1962", Begründung, 108.

⁵⁵ Cf. MARQUARDT, "Dogmatische und Kriminologische Aspekte des Vaciierens von Strafe und Massregeln", Berlin — Munique, Duncker & Humblot, 1972, *passim*.

cidade da Casa de Custódia é de 184 vagas, em celas individuais, operando normalmente com a lotação completa. O Instituto de Reeducação e Tratamento tem 140 celas e dispõe de oficinas para diversos tipos de trabalho, achando-se em pleno funcionamento. O que se tem a dizer, no entanto, é que um estabelecimento como esse não se distingue de uma prisão, apresentando os mesmos problemas do ambiente carcerário, hoje tão bem conhecidos.⁵⁶ Por outro lado, não existe no Instituto adequado tratamento laborterápico nem qualquer seriedade nos exames de cessação de periculosidade, que são muitas vezes substituídos por relatórios do diretor, baseados em informes dos encarregados dos diversos setores.⁵⁷

38. A reforma penal brasileira orienta-se decisivamente no sentido do abandono do sistema do duplo binário, como fruto de nossa experiência negativa. O anteprojeto *Hungria* (1963) terminou com as medidas de segurança detentivas para imputáveis, prevendo, para os criminosos habituais e por tendência (inspirado no código italiano, no código grego, de 1950, e no projeto Soler), um aumento facultativo das penas. Para os semi-imputáveis, adotou o anteprojeto o critério vicariante (art. 89, § 1.º), permitindo o livramento condicional. O malogrado CP de 1969, que nunca entrou em vigor, manteve-se fiel ao anteprojeto, estabelecendo um sistema de pena relativamente indeterminada para os criminosos habituais e por tendência (art. 64). O anteprojeto oficial de 1981, repudiando também o sistema do duplo binário, renuncia a qualquer tratamento especial para os delinquentes perigosos, adotando o critério vicariante para os semi-imputáveis. Todo o extenso título do CP vigente relativo às medidas de segurança é substituído por apenas quatro artigos, um dos quais relativo aos direitos dos internados. Pode-se, portanto, dizer que o sistema do duplo binário corresponde a um ciclo histórico do direito penal que parece definitivamente encerrado.

⁵⁶ Cf. HELENO C. FRAGOSO *et. al.*, "Direitos dos presos", Rio de Janeiro, Forense, 1980, 8 ss.

⁵⁷ MANOEL PEDRO PIMENTEL, em comunicação ao autor. O ilustre professor, que é de nossos melhores especialistas na matéria, conclui, referindo-se ao IRT: "Como se encontra na prática, não me parece ser importante sua colocação no conjunto do sistema."

A INFLUÊNCIA DE FRANZ V. LISZT SOBRE A REFORMA PENAL PORTUGUESA

Eduardo Correia

1 — Quando, em abril de 1897, V. LISZT presidiu, em Lisboa, à 7.^a Sessão da União Internacional de Direito Penal¹ — aquela mesma em que se aprovaram as modificações dos seus estatutos, de modo a tornar mais amplas as bases da polarização dos movimentos ligados ao Direito Penal² — importantes etapas do seu programa estavam já cumpridas em Portugal.

Logo que se pense, *v.g.*, na reação — que aconselha — contra as penas curtas de prisão,³ ocorre ao espírito que já o nosso primeiro Código Penal, o de 1852, admitia, no parágrafo único do seu art. 83, a possibilidade da conversão das penas de prisão em multa. Multa que se computava em dias e variava entre um máximo e um mínimo, segundo os rendimentos do condenado. Só que, para além da sua explicação supor a existência de particulares circunstâncias atenuantes, previa-se, no caso do seu não pagamento, a sua reconversão em prisão (art. 101, § 4.º), o que contrariava largamente o ponto de vista de V. LISZT ao recomendar a substituição da multa pela pena de trabalho.⁴

É, porém, evidente que se a prescrição dos arts. 83 e 101, § 4.º, do Cód. Penal de 1852⁵ não poderia, assim ter sido inteiramente

¹ Cf. *Bulletin de l'Union Internationale de Droit Pénal*, vol. 6.º, p. 376 e segs.

² *Bulletin*, cit., p. 534.

³ *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1871-1904, vol. I, p. 340 e segs. e 511 e segs.

⁴ Cf. V. LISZT, *A.u.V.*, I, p. 369 e segs. A satisfação desta exigência só se fez, entre nós, parcialmente, a partir do Código de Processo Penal, art. 539, § 5.º, e dos arts. 24, 33 e 41 do Decreto de 18 de junho de 1945. O nosso *Projeto de Código Penal* de 1963 (cf. *infra*) vai mais longe, coincidindo largamente, e superando até, as recomendações de V. LISZT. Cf. arts. 59 e 60 e especialmente o art. 61.

⁵ O Decreto de 15 de setembro de 1892 confirma o princípio, posto em dúvida depois da Reforma de 1884. A conversão obrigatória da prisão até 6 meses em multa foi ordenada pelo Decreto de 26 de maio de 1927. A Reforma de 1954 passou, porém, a dar à referida conversão caráter facultativo.

saudada por V. LISZT, outra coisa se deverá dizer no que toca à introdução entre nós da condenação condicional, a que ele atribuía tanta importância e interesse.⁶

Embora, na verdade, a nossa Lei de 1893, que a consagra, tivesse sido fortemente influenciada pelo projeto de BÉRENGER de 1884 — adotado legislativamente na Bélgica em 1888, na França em 1891 e no Luxemburgo em 1892 — certo é que entre as forças que decididamente convenceram o nosso legislador a promulgá-la estiveram seguramente⁷ as idéias de V. LISZT e as da União Internacional de Direito Penal.

Igualmente a liberdade condicional foi adotada nessa mesma Lei de 1893 e, a despeito de V. LISZT, no programa de Marburg,⁸ ponderar que “planta exótica como era, prescindia dessa medida sem custo”, a verdade é que nas soluções de compromisso a que adere, mesmo antes de 1897, não deixa de a recomendar.

Aliás, no que toca a menores, relativamente aos quais veementemente aconselha⁹ a liberdade condicional, em Portugal tinha-se admitido já de há muito na Lei de 15 de junho de 1871 (art. 11.º).

Por outro lado, realizando idéias paralelas às da política criminal propugnada por V. LISZT, logo pela Lei de 1.º de abril de 1892 se procurou, entre nós, resolver para além dos quadros de reincidência, o problema da “difícil e tardia corrigibilidade de certos delinquentes”, condenados pela prática de vários crimes, prevendo para eles a *deportação*, a exemplo da *relegação* francesa (1875-1885).

A Lei de 3 de abril de 1896, por sua vez, alarga aos vadios e equiparados o regime da lei de 1892, permitindo que eles fossem objeto

⁶ Cf. *A.u.V.*, I, p. 360 e segs.

⁷ É sabido que eram conhecidas entre nós as conclusões da 1.^a Sessão, em Bruxelas, da União Internacional de Direito Penal, relativamente à questão de saber se devia recomendar-se aos legisladores que seguissem o exemplo da Bélgica, introduzindo a condenação condicional (cf. o *Apêndice* de TORRES CAMPOS ao estudo de TAVARES DE MEDEIROS, *Antropologia y Derecho*, bem como o trabalho deste, intitulado “A União Internacional de Direito Penal e o seu Congresso na Cristiani de 1891”. Vide também o artigo do mesmo autor no *Jornal do Comércio* de 7 de novembro de 1891). A influência da UIDP é, aliás, apontada no próprio parecer da Câmara dos Pares, sobre o projeto relativo à condenação condicional apresentado pelo Ministério da Justiça, quando afirma que ele ia ao encontro das recomendações do Congresso de Bruxelas (cf. *Diário da Câmara dos Pares* de 1893, n.º 28, p. 232). O fato também é sublinhado pelo Ministro da Justiça Português VEIGA BEIRÃO, ao salientar no discurso de inauguração da 7.^a Sessão da UIDP (cf. *Mundo Legal e Judiciário*, 1897, pág. 224), que a condenação condicional que em 1893 a nossa lei havia adotado era “filha da União Internacional de Direito Penal”. No projeto do Ministro da Justiça, relembravam-se igualmente as razões de V. LISZT, relativas à imperfeição da conversão da prisão em multa, na medida em que esta, quando não paga, se reconverte em prisão. (*Diário da Câmara dos Deputados* de novembro de 1893, n.º 36, p. 18.)

⁸ *A.u.V.*, p. 173, nota 2.

⁹ *A.u.V.*, p. 448-449.

de um internamento por um período de dois a oito anos; em estabelecimentos adequados, depois de cumprida a pena pelos crimes que houvessem cometido.¹⁰

Procurava-se, assim, conciliar o nosso sistema clássico, de base ético-retributiva e assente sobre o fato, com as exigências da prevenção especial, mediante o compromisso de um sistema dualista que, embora não correspondendo aparentemente ao pensamento de V. LISZT,¹¹ não teria, de certo, sido por ele desdenhado.¹²⁻¹³

E bem poderia ter acontecido que esta progressividade do sistema penal português — que não deixa de ser conhecida na Europa¹⁴ — tivesse influenciado a decisão dos dirigentes da UIDP para aceitar o convite de Portugal no sentido de se realizar em Lisboa a sua 7.ª Sessão.

Mas não seria só isso que o determinou e teria justificado a sua aceitação. É que Portugal viveu justamente no último quartel do séc. XIX a luta dos movimentos que se confrontavam entre si e com o direito penal clássico. Largas foram, na verdade, as adesões entre nós à chamada escola positiva italiana¹⁵ e delas não se deixam de reclamar LOMBROSO, FERRI e GARÓFALO. Mas não menos numerosos foram também aqueles que se arregimentaram no movimento que olhava a criminalidade numa visão eminentemente sociológica e jurídica, como propunha V. LISZT e acentuara inicialmente a UIDP. Assim, TAVARES DE MEDEIROS está logo na 1.ª Sessão da União Internacional de Direito Penal de Bruxelas em 1889 e em larga medida

¹⁰ Este sistema, como o da Lei de 1892, foi depois reestruturado pela Lei de 20 de junho de 1912. Neste diploma, para além da alteração dos pressupostos formais da aplicação das aludidas medidas, previa-se, em vez da relegação, o internamento em casas correccionais ou colônias penais agrícolas para certos delinquentes, findo o cumprimento das respectivas penas. Largos desenvolvimentos sobre a referida legislação podem encontrar-se na dissertação datilografada de PETER HÜNERFELD, *Die rechtlichen Grundlagen der Wiedereingliederung der Verbrecher im portugiesischen Strafrecht und Strafvollzug*, págs. 183 e segs. Vide também JESCHECK, *Principes et solutions de la politique criminelle dans la Réforme Pénale allemande et portugaise* separata dos *Estudos in Memoriam do Prof. Beza dos Santos*, Coimbra, 1966, p. 17 e segs.

¹¹ Cf. *infra*.

¹² Considere-se, na verdade, a sua atitude em face do projeto de STOOSS (cf. A.u.V., II, p. 172) — e a sua adesão ao *Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches* de 1911.

¹³ Cf. EXNER, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, 1914, p. 235.

¹⁴ No próprio ano da 7.ª Sessão da UIDP, TAVARES DE MEDEIROS escreve para o seu *Bulletin*, vol. VI, pág. 219, uma recensão sobre a recente legislação portuguesa. Cf. também a referência de V. LISZT a Portugal no que toca à condenação condicional (A.u.V., II, p. 163).

¹⁵ Cf. sobre isto ALTUR MALDONADO, *Alguns aspectos da história da Criminologia em Portugal*, separata do n.º 22 do *Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia*, p. 13 e segs., e PETER HÜNERFELD, ob. cit., p. 170 e segs.

divulga o sentido e as intenções desse movimento.¹⁶ Para além disso, porém, AFRONSO COSTA chama largamente, na sua “Criminologia Moderna”, publicada em 1895, em apoio da sua tese,¹⁷ as idéias da UIDP.

Certo que para ir mais longe, propondo-se defender uma compreensão das causas do crime de tipo socialista, confundindo assim política criminal com política social e contrariando portanto a lição de V. LISZT.¹⁸ Não deixa,¹⁹ porém, como ele,²⁰ de criticar e condenar, ao menos no seu exclusivismo, as idéias da escola antropológica. E a importância deste fato tem o maior significado, logo que se considere que tal trabalho foi apresentado como tese de concurso à Faculdade de Direito de Coimbra, por um homem que viria a ser um seu destacado professor e que havia de ter um papel muito importante na futura vida política portuguesa.²¹

Mas o valor do acontecimento, como índice do clima espiritual da época, robustece-se ainda mais quando se observa que AFRONSO COSTA pôde invocar, para legitimar o caminho que trilhava, a própria lição do seu argüente, o Prof. HENRIQUES DA SILVA.²² Como tese do concurso, havia este também escrito em 1885 um estudo intitulado “Relações da Justiça com a Utilidade”.²³ E aí, na esteira de BENTHAM, SPENCER e STUART MILL, é dominado por um pensamento puramente pragmático. É assim conduzido, v.g., a distinguir entre ilícito criminal e ilícito civil com base numa idéia de mera utilidade, como a ver na sanção penal uma pura coação, independente de todo o sentido ético-retributivo, e dominada tão-só por fins de reparação, segregação, eliminação e regeneração.²⁴ Por sua vez, embora não desenvolvendo em todas as suas virtualidades as consequências deste pensamento nas lições de Direito Penal, que a partir de 1887 profere na Faculdade de Direito de Coimbra, não deixa, todavia, de criticar nelas, por um lado, as pretensões da escola antropológica e, por outro, de procurar limitar as suas idéias pelo quadro de um direito penal construído a partir do fato, e de conciliar as exigências da intimidação geral com as necessidades da regeneração dos delinquentes.²⁵ Mas quando se anota tudo isto, logo surge ao espírito que

¹⁶ Cf. *supra*, nota 4 da p. 8.

¹⁷ Cf. ob. cit., p. 144.

¹⁸ Cf. A.u.V., II, p. 8 e 65.

¹⁹ Ob. cit., p. 161.

²⁰ Cf. A.u.V., I, p. 296 e II, p. 11. Vide também EBERHARD SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 1947, p. 340 e seg.

²¹ Cf. *infra*.

²² Cf. *Criminologia* cit., p. 146.

²³ Sobre isto, vide P. HÜNERFELD, cit., p. 175 e segs.

²⁴ Cf. ob. cit., p. 102.

²⁵ Significativa, neste aspecto, é, por ex., a afirmação que faz de que a medida da pena “deve medir-se pela predisposição do agente revelada no fato”, para logo falar, ao lado de uma predisposição concreta, numa predisposição abstrata (cf. *Lições de Direito Penal* de 1889-90, p. 468) que exigiria

HENRIQUES DA SILVA, embora desconhecendo inicialmente V. LISZT e a sua obra, arrancou de um patrimônio de idéias de que, em larga medida, comungou o fundador da escola moderna²⁶ e chegou a soluções em larga medida paralelas às por ele propostas.²⁷

Como quer que seja, certo é que o tipo de pensamento de que partiu HENRIQUES DA SILVA, tão próximo do *pensamento utilitário* (*Zweckgedanke*)²⁸ de V. LISZT, havia de abrir mais francamente²⁹ as portas à influência das idéias da UIDP e, portanto, às do autor do Programa de Marburg.

Conhecido, por outro lado, o prestígio e a influência de que desfrutava HENRIQUES DA SILVA em Portugal,³⁰ pode avaliar-se a importância que teve a sua participação na 7.ª Sessão da UIDP, para aumentar o seu brilho e para explicar a força dinamizadora que as discussões nela havidas tiveram no futuro das idéias e da legislação criminal portuguesas.³¹

²⁶ Que BENTHAM não tivesse influenciado IHERING, como quer HURWICZ, *Rudolf v. Ihering u. die deutsche Rechtswissenschaft*, p. 69, é muito duvidoso. Nas citadas Lições de 1839-90, já HENRIQUES DA SILVA refere IHERING. Sobre a influência de BENTHAM sobre V. LISZT, cf. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.ª ed., p. 449 e segs.

²⁷ Nas suas Lições de 1905, as referências a V. LISZT são já claras. Significativa é, por ex., a transcrição na página 31 dessas Lições, das considerações de V. LISZT sobre o direito penal como *magna carta do criminoso*. A pretensão de enfeudar HENRIQUES DA SILVA à escola positiva, nomeadamente a FERRI (cf. CABRAL DE MONCADA, "Subsídios para uma história da filosofia em Portugal", separata do *Boletim da Fac. de Direito de Coimbra*, 1938, p. 122 e segs. e P. MEREIA, "Esboço de uma história da Faculdade de Direito", separata do *Boletim da Fac. de Direito de Coimbra*, 1955, p. 76) parece forçada. O que sucedeu tão-só é que no último período das suas Lições, H. DA SILVA se serve largamente da "Sociologia Criminal", de FERRI, não deixando, porém, a cada passo de a criticar.

²⁸ Vide GEORGAKIS, *Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszts*, 1940, p. 22 e segs.

²⁹ HENRIQUES DA SILVA pretende, aliás, expressamente, também, apoiar o seu pensamento utilitarista na tradição de AHRENS, discípulo de KRAUSE, que exerceu uma larga influência entre nós, por intermédio de ROEDER, através do chamado correccionalismo. Cf. *Relações*, cit., p. 29.

³⁰ Este professor regeu na Universidade de Coimbra, durante cerca de vinte anos, a cadeira de Direito Criminal, seguindo-se-lhe CAEIRO DA MATTA, que o seguiu de perto. Aquele prestígio se refere também ALVES DE SA, no seu discurso na 7.ª Sessão da UIDP, *Boletim*, 1897, p. 466. Cf. JESCHECK, sobre a influência de HENRIQUES DA SILVA, *Principes*, cit.

³¹ Aqueles mesmos criminalistas que V. LISZT combateu na sessão de Lisboa, como MENDES MARTINS, a propósito da imputabilidade (cf. *Boletim* cit., p. 471), têm orgulho de serem membros da UIDP e quando escrevem, v.g., no artigo "Der Verbrecher", in *Monatsschrift für Kriminalpsychologie*

um mínimo de pena para evitar o perigo da imitação, embora aquela disposição concreta "pudesse exigir que à pena pelo fato" acrescesse uma pena suplementar determinada pela necessidade de segurança do criminoso e da sua regeneração" (cf. ob. cit., p. 472).

A participação de discípulos de HENRIQUES DA SILVA na 7.ª Sessão da UIDP da convergência de Afonso Costa haveria de ter, além disso, uma decisiva influência na legislação portuguesa.

Sabe-se, na verdade, que uma das idéias-base da política criminal de V. LISZT consistia em elevar o limite mínimo da imputabilidade penal para 16 anos.³²

Conhece-se, por outro lado, como também defendeu a possibilidade de uma educação coativa, nas várias formas por ele propostas, relativamente a menores, mesmo quando não tivessem praticado um fato punível ("*verwahrlost Kinder*"),³³ com idade inferior a 16 anos.

Por sua vez, um dos temas da Sessão de Bruxelas de 1889, como da de Berna de 1890, foi precisamente o de saber "a partir de que idade se poderiam perseguir criminalmente menores delinquentes e se deveria depender da perpetração de uma infração o direito do Estado impor educação coativa a menores".

E sucedeu também que a Sessão da UIDP de Lisboa teve como um dos seus temas o problema dos menores caídos sob a alçada da lei penal. Ora, justamente nessa sessão vários oradores portugueses falaram sobre a necessidade de estender medidas preventivas aos menores logo que eles revelassem inadaptação,³⁴ propondo a organização de inquéritos familiares, magistraturas especializadas, responsabilização dos pais, etc.³⁵ Mas, sobretudo, teve a mais forte repercussão nos meios intelectuais portugueses da época a inter-

³² Cf. A.u.V., I, p. 446. Era também o sentido dos *Vorläufige Vorschläge des von der I.K.V. Gruppe Deutsches Reich eingesetzten Ausschusses*, in A.u.V., I, p. 433, de que V. LISZT foi "incontestado *spiritus rector*". (Cf. E. FREY, *Einführung, in Schuld, Verantwortung, Strafe*, 1964, nota 38.)

Só mais tarde, V. LISZT concede em baixar esse limite para os 14 anos. Cf. A.u.V., II, p. 347.

³³ Cf. A.u.V., I, p. 451 e segs. e *Vorläufige Vorschläge* cit., p. 465.

³⁴ Cf. *Bol.* cit., p. 522.

³⁵ *Boletim*, loc. cit.

logie und Strafrechtsreform, 1905, p. 491, não deixam de se reconhecer movidos por este pensamento de V. LISZT:

"Ich erblicke den tiefsten Grund für manchen Mangel unserer heutigen Zustände in der rein juristischen Ausbildung unserer theoretischen und praktischen Kriminalisten. Es kommt mir nicht in den Sinn, von dem Kriminalisten anthropologische oder statistische Untersuchungen zu verlangen; aber ich fordere von ihm, dass er mit den Ergebnissen der Kriminalbiologie und der Kriminalsoziologie ebenso vertraut ist, wie mit den Bestimmungen des Strafgesetzbuches und den Entscheidungen des Reichsgerichtes."

("Considero como a razão mais profunda de muitas deficiências da nossa situação atual a formação meramente jurídica dos nossos criminalistas teóricos e práticos. Não pretendo pedir aos criminalistas investigações antropológicas ou estatísticas; mas exijo deles que conheçam tão bem os resultados da biologia e sociologia criminais como as disposições do Código Penal e as decisões do Supremo Tribunal".)

venção de AFONSO COSTA³⁶ pondo em relevo a necessidade de considerar a legislação de menores sempre de caráter tutelar e protetor, o que veio a ter a maior importância na evolução da respectiva legislação.

Efetivamente, triunfante a revolução republicana de 5 de outubro de 1910, e nomeado AFONSO COSTA, que nela teve um dos mais destacados lugares, Ministro da Justiça do Governo Provisório, logo esse professor põe em prática as idéias que defendera na 7.^a Sessão da UIDP, ao consagrar no Decreto de 1.^o de janeiro de 1911 a possibilidade da educação coativa, em estabelecimentos do Estado ou de particulares, para menores em perigo moral, com menos de 16 anos, independentemente da prática de um crime. Com o que, como expressamente se diz no respectivo Relatório, lançou as bases da Lei de proteção à infância de 27 de maio de 1911, que colocou Portugal num lugar particularmente honroso na legislação européia.³⁷

³⁶ Cf. *Mundo legal e judiciário*, cit., 1897, p. 235.

³⁷ Através desse diploma revoga-se efetivamente o limite de 10 anos como idade mínima absoluta para a imputabilidade (Código Penal, art. 42, n.^o 1), bem como o critério do discernimento, para a fixar entre os 12 e os 14 anos, passando-se a considerar os menores de idade inferior a 16 anos — arts. 2.^o, 62 e 64 da Lei de 27 de maio de 1911 (sobre o alcance destas disposições, cf. nossas *Lições de Direito Criminal*, 1949, p. 284, e BELEZA DOS SANTOS, “*Régime jurídico dos menores delinquentes em Portugal*”, in *Bol. da Fac. de Direito de Coimbra*, ano VIII, p. 191 e segs.) — insuscetíveis de aplicação de penas. Ao lado dos menores de 16 anos, delinquentes no sentido de terem praticado um fato previsto na lei penal, consideravam-se, por sua vez, as categorias de menores em perigo moral, desamparados, inadaptados e anormais, passíveis de medidas de educação e proteção. Para guardar e defender ou proteger essas categorias de menores, eram por sua vez criadas as Tutorias de infância, sob a forma de tribunais coletivos, que aplicavam, depois de inquéritos e outras informações, uma larga gama de medidas educativas, como o internamento em estabelecimentos oficiais do Estado ou em instituições de assistência oficiais ou particulares, famílias adotivas, etc. Com o que tudo se criava se não um *Jugendstrafrecht*, pelo menos uma *Jugendwohlfahrtsgesetz* que largamente se mostrava coincidente com as propostas de V. LISZT e cuja força propulsora, de qualquer forma, pode reconduzir-se à Sessão da UIDP de Lisboa em 1897, e ao patrimônio de idéias que lhe estavam subjacentes e para o qual largamente concorreu o chefe da escola moderna alemã. No que toca aos menores imputáveis de mais de 16 anos, continuou a vigorar o regime do Código Penal, que previa tão-só uma diminuição especial das penas em função da menoridade. Por efeito, todavia, da Reforma Prisional de 1936, passou a ser possível submeter, em certos casos, os menores de mais de 16 anos e menos de 18 ao regime dos menores inimputáveis (art. 78.^o da Reforma Prisional de 1936). Ao mesmo tempo, foi criada a prisão-Escola destinada ao possível internamento dos maiores de 16 anos e menores de 21 (arts. 75.^o da Reforma Prisional de 1936 e 69.^o da Reforma de 1954). A pena a que for condenado um menor imputável poderá por sua vez ser prorrogada por períodos sucessivos de três anos até os 25 anos, com o fim especial da sua educação (arts. 87.^o da Reforma Prisional de 1936 e 69.^o da Reforma de 1954). Como se vê, pois, tanto na inovação relativamente à possibilidade de submeter os menores de 18 anos ao regime dos menores de 16 anos, como na construção de estabelecimentos destinados ao

2.^a Mas não só no que fica dito se cifram as linhas de ligação entre V. LISZT e o pensamento e a legislação criminal portuguesas. Sobretudo a partir de 1897 o autor do programa de Marburg é largamente conhecido em Portugal. A tradução em 1899 para português do seu *Tratado de Direito Penal*³⁸ precedida de um importante prefácio, tornavam, aliás, facilmente acessível a todos os criminalistas o núcleo fundamental das suas idéias, acesso que as versões para francês e espanhol alargavam. E de tal forma que, quer na língua original,³⁹ quer nas traduções em línguas mais conhecidas pela generalidade dos juristas portugueses, o *Tratado* de V. LISZT pode dizer-se que aparece nas bibliotecas de todos os nossos estudiosos de direito criminal. O Prof. BELEZA DOS SANTOS indicava-o, aliás, como livro de preparação para as matérias de direito criminal que prelecionava.

E isso teve uma larga influência no pensamento e na legislação portuguesa. Efetivamente, sendo este Professor encarregado de articular a Reforma Prisional de 1936,⁴⁰ entendeu que devia aproveitar a oportunidade para aí tratar também problemas de direito substantivo, especialmente, entre outros, os da habitualidade (art. 108.^o e segs.).⁴¹

Ora, a despeito da tradição dualista do direito criminal anterior, consagrada nas Leis de 1892 e 1896, que a de 1912 confirmava; a despeito de ter modificado⁴² os pressupostos formais da declaração de perigosidade por influência do Código de ROCCO⁴³ — Código que prevê a aplicação de medidas de segurança executadas depois de cumpridas as penas pelos crimes; a despeito da solução, igualmente em larga medida dualista, da lei alemã da 1933 que seguramente conhecia, BELEZA DOS SANTOS adotou na Reforma Prisional de 1936 uma

³⁸ Por JOSÉ HIGINO DUARTE PEREIRA, Rio de Janeiro, 1899.

³⁹ Nas suas sucessivas edições do próprio V. LISZT ou naquelas que EBERHARD SCHMIDT anotou e adaptou.

⁴⁰ Decreto-lei n.^o 26.643, de 28 de maio de 1936.

⁴¹ Sobre a citada Reforma de 1936 de BELEZA DOS SANTOS, cf. JESCHECK, *Principes et solutions*, cit., p. 28 e segs. e, largamente, P. HÜNERFELD, ob. cit., p. 202 e segs.

⁴² Arts. 109 e 110.

⁴³ O conceito de delinquentes “por tendência” é disso clara prova.

cumprimento das penas dos menores de 21, se refletem ou se paralelizam os *Vorläufige Vorschläge* (só que neles o limite é dos 20 anos) ou as recomendações de LISZT (cf. *A.u.V.*, II, p. 352). O nosso (cf. *infra*) Projeto de Código Penal de 1963 submete também os menores imputáveis a um regime especial. O sistema tutelar de menores no sentido de uma *Jugendwohlfahrtsgesetz* foi posteriormente objeto de largas modificações culminando na organização tutelar de menores de 20-2-1962. Nos relatórios e diplomas anteriores, *v.g.*, no Decreto 10.676, de 15 de novembro de 1925, acentuava-se também a importância das discussões travadas sobre o problema dos menores por altura da 7.^a Sessão da UIDP. Sobre a evolução da legislação de menores em Portugal, cf. também P. HÜNERFELD, cit., p. 197 e segs.

solução monista: — as penas a que houvesse sido condenado um delinqüente declarado habitual ou por tendência, não seriam integradas por medidas de segurança, mas sim cumpridas em estabelecimentos especiais (art. 108.º) e prorrogadas por períodos sucessivos, até o delinqüente “mostrar idoneidade para seguir vida honesta e deixar de ser perigoso”.

Qual, então, a explicação disto? Temos como certo que ela está na influência do pensamento inicial de V. LISZT, sobretudo relembrado pela exposição de EBERHARD SCHMIDT na 25.ª edição do *Tratado*.⁴⁴ Sabe-se, efetivamente, que no seu período combativo, era totalmente estranha a V. LISZT a idéia de integrar penas por medidas de segurança relativamente a criminosos habituais. Na verdade, no seu célebre *Zweckgedanke im Strafrecht*,⁴⁵ ele dividiu fundamentalmente os delinqüentes em três grupos:

- 1) — ocasionais, que exigem intimidação e não correção;
- 2) — habituais que carecem de correção e dela são suscetíveis;
- 3) — habituais que não são suscetíveis de correção e que se deveriam considerar incorrigíveis.

E, para lutar contra estes vários tipos, haveria que utilizar a pena, como coação contra a vontade do criminoso⁴⁶ que, consoante os casos, se deveria estruturar de maneira própria:

a) — assim, para os primeiros (os ocasionais) a pena devia “unicamente estabelecer a autoridade da lei violada” (“*lediglich die Autorität des übertretenen Gesetzes herstellen*”), devia ser assim “intimidação, advertência de certo modo palpável, “lição” para o instinto egoísta do delinqüente” (“*Abschreckung sein, eine gewissermassen handgreifliche Warnung, ein ‘Denkzettel’ für den egoistischen Trieb des Verbrechers*”) — advertência ou intimidação essa que se poderia conseguir no quadro das penas previstas na lei penal para os crimes, executadas sob a forma de prisão celular com um mínimo de 6 meses e um máximo de dez anos;⁴⁷ b) — relativamente aos segundos (habituais corrigíveis) importaria melhorá-los, aplicando-lhes uma pena relativamente indeterminada e cumprida, em estabelecimentos especiais, em regime progressivo;⁴⁸ c) — no que toca ao último grupo, o dos habituais incorrigíveis, devia a sociedade proteger-se deles, tornando-os inofensivos através de penas de prisão perpétua ou por tempo indeterminado, executadas em estabeleci-

⁴⁴ P. 349-352.

⁴⁵ Cf. A.u.V., I, p. 166.

⁴⁶ A.u.V., p. 163.

⁴⁷ A.u.V., I, p. 172.

⁴⁸ Loc. cit., p. 171-172.

mentos especiais (*Zucht — ou Arbeitshäuser*) — admitindo-se, embora, que a declaração de incorrigibilidade fosse alterada.⁴⁹

Ora, como se vê de tudo isto, está inteiramente ausente a idéia de qualquer dualismo de reações criminais. Toda a *césure* dos meios punitivos, toda a oposição de penas e medidas de segurança — relativamente a imputáveis — parecia-lhe, aliás, um *contra-senso ridículo* (*lächerlicher Widersinn*), contrário aos princípios que devem orientar a execução das penas.⁵⁰ Portanto, só por razões de compromisso se explica que ele venha a conformar-se com o dualismo do Projeto de STOOSS:⁵¹ penas e medidas de segurança, contra o qual, aliás, já depusera desfavoravelmente a propósito de um sistema paralelo proposto por KLEIN.⁵²

Pois bem, cremos que BELEZA DOS SANTOS teria sido justamente sensível ao caminho inicialmente proposto por V. LISZT, para os chamados delinqüentes habituais. Certo que ele não poderia aceitar a distinção entre corrigíveis e incorrigíveis que contrariava, aliás, muitos dos ensinamentos de V. LISZT⁵³ e repugnava a toda a nossa tradição penal e penitenciária tributária do correccionalismo.

Simplemente, uma tal consideração implicava tão-só a unificação dos dois grupos de habituais apontados por V. LISZT, não a exclusão do monismo de sanções que ele propunha. Muito pelo contrário. Vistas as coisas à luz de uma reforma penitenciária — de que fora encarregado BELEZA DOS SANTOS — pensada na base de um sistema progressivo, a importância de parte das razões aduzidas por V. LISZT a favor do seu monismo não podia deixar de o impressionar. Queremo-nos referir à idéia de que o direito penal se não pode desligar do direito penitenciário,⁵⁴ que V. LISZT aplica claramente quando toma em conta, nas propostas para os habituais, o modo de execução das respectivas penas.

Certo é, contudo, que, essa razão, embora importante — especialmente para um estudioso, como BELEZA DOS SANTOS, particularmente ligado a questões penitenciárias⁵⁵ — não teria sido a única.

Importa, na verdade, também não esquecer que, discípulo de HENRIQUES DA SILVA, à sua formação utilitarista, pelo menos inicial, não repugnaria a idéia de que a medida da pena fosse determinada pelas necessidades de proteger a sociedade e, portanto, facilmente

⁴⁹ Loc. cit., p. 169-170.

⁵⁰ Cf. A.u.V., II, p. 72-73.

⁵¹ Cf. A.u.V., II, p. 122.

⁵² Cf. A.u.V., II, p. 133 e segs.

⁵³ É justamente em nome da corrigibilidade dos delinqüentes que V. LISZT combate a escola antropológica. Vide A.u.V., II, p. 11. Todavia, na evolução do seu pensamento, ele tende a alargar o âmbito dos incorrigíveis (A.u.V., II, p. 398-400), a ponto de praticamente, eliminar o primeiro grupo (corrigíveis), apenas pensável para menores de 21 anos.

⁵⁴ Cf. A.u.V., I, p. 295 e segs. e 325 e segs.

⁵⁵ Sobre a grande influência dos problemas penitenciários no direito penal português, cf. PETER HÜNTERFELD, cit., p. 121 e segs.

aderisse ao pensamento formulado por V. LISZT, de que a pena "necessária" seria também justa.⁵⁶

Só que isto colocava BELEZA DOS SANTOS — não falando já nos problemas ligados à relação desta idéia com a teoria do fato, em que se debateu também V. LISZT⁵⁷ — em face das dificuldades resultantes de que a Reforma de 1936 se destinava a integrar o nosso Código Penal vigente, construído, desde 1884,⁵⁸ sobre a idéia ética da retribuição e da culpa referidas ao fato. A esta luz, na verdade, a pena que a este fosse aplicada tinha um sentido e implicava uma medida de todo diferente daquelas que as necessidades de reagir contra a perigosidade do delinquente impunham. Mas sendo assim, como conciliar coisas tão diferentes no quadro da pena unitária que a Reforma Prisional previa?

Tomando consciência do problema, BELEZA DOS SANTOS não deixa de lhe dar resposta: as duas reações, teoricamente diferentes ou provindas de princípios diferentes, concorrendo na sua aplicação, haveriam que unificar-se no seu momento executivo,⁵⁹ cumprindo-se num estabelecimento especial a pena fixada em função do crime, que se prorrogaria, caso fosse necessário, até completa recuperação do delinquente habitual (art. 117.º da Reforma Prisional).

Com o que foi conduzido a aceitar uma idéia, muito grata a V. LISZT: a da pena de segurança.⁶⁰

Todos sabem, porém, as críticas que um tal monismo, baseado numa *mistura* (*Mischung*) de elementos contraditórios, provocou.⁶¹ O próprio V. LISZT foi forçado a resignar-se em face do Projeto de STOOSS, vindo com KAHL, V. LILIENTHAL e GOLDSCHMIDT a subscrever o sistema dualista — muito embora atenuado pela idéia do "vicariato" — do *Gegenentwurf* de 1911, o que permitiu a EXNER dizer⁶² que a idéia da pena de segurança (*Sicherungsstrafe*) foi superada na Alemanha, pela mão do seu próprio criador.

3 — Poderá, porém, dizer-se que foi esta fase de compromisso na evolução do pensamento de V. LISZT a sua grande lição? Para o pensamento criminal português julgamos que a resposta terá de ser negativa.

Pois, decerto chocará a todos um monismo na execução de sanções que tenham fins e medidas não coincidentes ou mesmo contraditórias.

Mas terá necessariamente esta consideração que conduzir a um sistema dualista, com o sacrifício — além de tudo o mais que

⁵⁶ A.U.V., I, p. 161.

⁵⁷ Cf. BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, I, p. 90 e segs., e GEORGAKIS cit., p. 42 e segs.

⁵⁸ Cf. EDUARDO CORREIA, *Lições de Direito Criminal*, 1963, p. 68 e segs.

⁵⁹ Cf. *Tratamento e Libertação de delinquentes habituais*, p. 18, nota 35.

⁶⁰ Cf. V. LISZT-SCHMIDT, *Strafrecht*, cit., 25.ª ed., 1927, p. 352.

⁶¹ Cf., por todos, EXNER, *Theorie der Sicherungsmittel*, p. 223.

⁶² Ob. cit., p. 225.

em larga medida envolve — de uma progressiva execução das sanções?⁶³ Haverá que aceitar esta consequência em nome do respeito pela diversidade dos princípios de que se parte? Não será, porventura, possível, para além do difícil caminho do "vicariato",⁶⁴ superar a contradição entre os fins que orientam e legitimam as sanções criminais?

Que um puro pensamento finalista, pragmático, não permitirá uma resposta positiva, parece certo. Pois é verdade que todas as sanções penais hão-de ser aplicadas em vista de certos fins: a proteção de determinados interesses ou bens jurídicos. Simplesmente, nem todos os meios, ainda que racionalmente necessários, podem caber dentro de conceito de pena. Um finalismo puro arrisca-se a conduzir à maior depravação da lei e particularmente do direito penal.⁶⁵ EXNER, ⁶⁶ também discípulo de V. LISZT, acentua bem claramente esse perigo ao considerar justificada a prevenção de SCHILLER: "*Misstraut Euch, edler Lord, dass nicht der Nutzen des Staats Euch als Gerechtigkeit erscheine*" ("Desconfiai, nobre Senhor, não julgueis justo o que é útil ao Estado").

Como, aliás, é sabido, o próprio V. LISZT não deixa de autolimitar o pensamento de que parte. A cada passo confronta, *v. g.*, o seu sistema com os resultados exigidos pela idéia retributiva. Todos conhecem também como ele frena o desenvolvimento da sua idéia finalística pondo na base do direito penal a teoria do fato e o princípio *nullum crime sine lege, nulla poena sine lege, a Magna Charta do criminoso*.⁶⁷

E tem-se dito que tudo isto implica uma íntima contradição no seu sistema, imposta pelas exigências da idéia de um estado de direito, pela necessidade de proteger os indivíduos contra o perigo de fazer derivar a punição de uma mera perigosidade sem intervenção de certos pressupostos formais, ou pela própria impossibilidade de a ciência criminológica fornecer elementos seguros que a revelem. Mas já houve quem fosse mais longe e pretendesse que aquilo que parecia um limite externo teria passado, na posterior evolução do seu pensamento, a explicar-se *internamente* na medida em que V. LISZT aderiu a uma idéia ético-jurídica da culpa pelo fato.⁶⁸

Não importa, porém, tomar aqui posição sobre este problema.⁶⁹ Bastará tão-só anotar que as limitações do pensamento de V. LISZT

⁶³ Sobre eles, vide já EXNER, ob. cit., p. 199 e segs.

⁶⁴ Cf. *infra* p. 33, nota 4.

⁶⁵ Cf. WIEACKER, ob. cit., p. 583 e segs.

⁶⁶ *Gerechtigkeit und Richteramt*, p. 17.

⁶⁷ Cf. *supra* e A.U.V., II, p. 60.

⁶⁸ Cf. BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, I, pág. 120; contra, GEORGAKIS, ob. cit., p. 59; cf., recentemente ARTHUR KAUFMANN, *Dogmatische und Kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht in Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, p. 156 e segs.

⁶⁹ Sobre ele cf. também EBERHARD SCHMIDT, *Franz v. Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts*, in *Festschrift für Julius v. Gierke*, p. 209 e segs.

as suas possíveis interpretações, como as prevenções destinadas a limitar a idéia da finalidade pela de justiça⁷⁰ e pela de culpa, sugere que a pena, por isso mesmo que se dirige ao homem, não pode reconduzir-se a mero instrumento. Ela há-de possuir antes aquele caráter de *institucionalidade* sem o qual, como observa MAX MÜLLER,⁷¹ a *personalidade* não se compreende. A esta luz, a pena não pode encarar-se como puro meio destinado a realizar fins — mesmo autonomizados por força da sua *Entlastungsfunktion*, no sentido de GEHLEN⁷² — como não pode também ser olhada como tendo uma finalidade em si mesma. De alguma maneira, poderia dizer-se que a finalidade traduzida num certo tipo de proteção (a criminal) de determinados bens jurídicos, que cumpre ao Estado realizar, não deve ser conseguida por quaisquer meios, mas há-de ser alcançada no quadro de uma instituição, como é a pena e portanto, tendo um sentido anterior à sua própria função (*ursprünglicher als die funktionelle Bedeutung*).⁷³ Finalismo e idealismo como que atuam, assim, dialeticamente.⁷⁴

Ora, isto, que não pode naturalmente aqui ser desenvolvido, tem o maior interesse para o nosso problema. Pois quando se procura, com base em razões de mera utilidade, fixar os bens jurídicos que hão-de ser protegidos pelo direito penal, ou se tenta por essa via encontrar os meios que poderão realizar essa proteção, está-se já a instrumentalizar o homem, esquecendo que, por força da sua natureza e da sua dignidade, haverá que integrar toda a problemática da pena numa instituição que é originariamente referida à culpa e à liberdade.⁷⁵ Por sua vez, um puro idealismo que impusesse a aplicação de sanções como fim em si mesmas, desprendidas da sua significação funcional, esqueceria que o direito penal é também institucionalmente forma de realização da vida em comum, na medida em que protege certos bens jurídicos.

A aludida tensão dialética entre idealismo e finalismo pode, aliás, ir ainda mais longe. Na verdade, se, à luz do finalismo, se mostra que a adequada proteção de certos bens jurídicos se há-de fazer — ao menos em determinados casos — melhorando ou ressocializando os homens que, pelo seu modo de ser, os põem em perigo, importa procurar entre os possíveis sentidos da pena, aquele que, nessas hipóteses, é suscetível de realizar melhor aquela finalidade de recuperação. Ora, a pena, num plano ético-jurídico, pode entender-se como um puro mal infligido ao agente, como castigo do mal que causou. Mas nada impede, ainda nesse plano, ver antes nela uma forma de

⁷⁰ Cf. EXNER, loc. cit., e ARTHUR KAUFMANN, loc. cit.

⁷¹ *Philosophische Grundlagen der Politik, in Existenz und Ordnung*, p. 304-305.

⁷² Cf. GEHLEN, *Anthropologische Forschung*, p. 69 e segs., e MAX MÜLLER, loc. cit.

⁷³ MÜLLER, ob. cit., p. 305.

⁷⁴ Cf. MAIHOFER, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, p. 156 e segs.

⁷⁵ MAIHOFER, ob. cit., p. 144.

expição ou de libertação do agente das forças que o levaram e o podem de novo levar à prática de um crime.⁷⁶ E se, ali, o sentido da pena não servirá à proteção dos bens jurídicos que o pensamento finalista procura realizar, aqui promove-a dinamicamente e, pois, haverá de ser preferido, extraíndo dele todas as suas virtualidades. A esta luz, se legítima o pensamento de EXNER,⁷⁷ segundo o qual a idéia de *utilidade* (*Zweckmässigkeit*) constitui uma força propulsora das reformas do direito penal, porquanto dinamiza a justiça que o há-de apoiar.

4 — E isto bem pode ilustrar-se com a evolução do pensamento jurídico português.

Reconhecida efetivamente a necessidade, do ponto de vista da política criminal, de reagir contra a particular perigosidade de certos delinquentes e mostrada, por outro lado, a justeza do ensinamento de V. LISZT da solução monista, ou seja, da aplicação de um tipo unitário de sanções; sabido, também, que, partindo da pena referida a um fato ético-juridicamente censurável a sua *mistura* (*Mischung*) com uma idéia naturalística, justificando a sua prorrogação, agravaria as contradições internas notadas relativamente à pena de *segurança*; afastada a idéia dualista, mesmo atenuada por um “*viçariato*”, que se traduz numa substituição das penas por medidas de segurança⁷⁸ — parece restar tão-só o caminho de acentuar o caráter também regenerador da pena referida ao fato e procurar uma explicação igualmente ético-jurídica da prorrogação dessa pena em certos casos, *v. g.*, o dos habituais, com fins de recuperação.

E tal explicação parece poder encontrar-se, admitindo e justificando, para além da culpa pelo fato, uma culpa pela personalidade do delincente. Idéia que, para fora de todos os caminhos abertos pela doutrina alemã,⁷⁹ o próprio V. LISZT, a despeito das reservas e críticas que em alguns lugares lhe fez,⁸⁰ não deixa já de considerar, ao sugerir que, do ponto de vista da justiça retributiva, uma justifi-

⁷⁶ Cf. neste sentido, o *Relatório* do Projeto de Código Penal de 1963, p. 20 e segs. Recentemente, A. KAUFMANN, que já acentuava essa idéia no seu livro *Das Schuldprinzip*, desenvolve largamente esse pensamento em *Dogmatische und Kriminalpolitische Aspekte...*, cit., p. 63 e segs.

⁷⁷ *Gerechtigkeit*, cit., p. 24.

⁷⁸ Cf. *infra*.

⁷⁹ Conhece-se, a este propósito, o dualismo dos caminhos que ela propõe: a) — por um lado, o pensamento de que o homem é responsável na vida por aquilo que é, independentemente da maneira por que assim se tornou (*v. g.* HEINITZ, ENGISCH, EBERHARD SCHMIDT, GRAF ZU DOHNA, BRAUNECK, SEELIG, etc. Cf. nosso *Relatório*, cit., p. 24); e, b) — aquele outro que corresponde à idéia formulada por M. E. MAYER, de que “aceitamos que o conceito de culpa é um conceito ético tem de se reconhecer a consequência de que toda a culpa é culpa da vontade” — que, aliás, V. LISZT também já ensinava — (*A.u.V.*, II, p. 48), conduzindo a referir a esta (a vontade) o ponto de imputação da culpa pelo modo de ser. *V. g.*, MEZGER, BOCKELMANN, etc.

⁸⁰ *A.u.V.*, I, p. 160 e II, p. 41.

cação da prorrogação da pena poderia encontrar-se na intensidade dos "sentimentos" anti-sociais revelados pelo criminoso habitual.⁸¹

Bem se compreende, pois, que a doutrina portuguesa tentasse também, como tentou, tal caminho, só que referindo a culpa na personalidade a uma vontade censurável do agente.⁸²

Assim é que, justamente, já em 1943, CAVALEIRO DE FERREIRA, tomando posição crítica contra BOCKELMANN, adere integralmente à concepção de culpa na condução da vida (*Lebensführungsschuld*) tal como traçou MEZGER.⁸³ E com base nesta idéia procura explicar a prorrogação da pena, para além da medida referida ao fato, prevista em várias disposições da Reforma Prisional de 1936. Só que tal explicação ética não seria total, já que, como para MEZGER, mesmo relativamente a imputáveis, existiriam aspectos do modo de ser do homem que não poderiam ser reconduzidos à culpa na condução da vida (*Lebensführungsschuld*). Desta forma, o monismo que a Reforma Prisional de 1936 através da prorrogação da pena realizava, conteria ainda (ou poderia conter) no seu fundamento uma idéia de segurança. De qualquer maneira, a unidade da sanção aplicada, v.g., ao delinquente habitual, não seria pura consequência de uma concorrência na aplicação de medidas, de natureza totalmente diferente, como queria o Prof. BELEZA DOS SANTOS, mas fruto de uma possível *bidimensionalidade* da própria pena referida ao modo de ser do agente.⁸⁴

Num estudo publicado em 1945,⁸⁵ procuramos, porém, ir mais longe. Nesse trabalho, partimos, antes de tudo, da nossa tradição correcionalista — de que a abolição da pena de morte, das penas perpétuas, etc.⁸⁶ tem vindo a ser expressão, e claramente consagrada na Reforma Prisional de 1936 — no quadro da qual não há delinquentes imputáveis incorrigíveis, mas simplesmente de difícil correção.

⁸¹ A.u.V., II, p. 402, nota 1, e I, p. 174.

⁸² Sobre as razões disto, cf. *Relatório* cit., p. 25. Não pudemos naturalmente, neste estudo, cuja versão alemã foi publicada, como se disse, na ZStW em 1969, tomar em conta a excelente dissertação do Doutor FIGUEIREDO DIAS, *O Problema da Consciência em Direito Penal*, 1969, que integra a idéia da culpa na personalidade numa perspectiva existencial.

⁸³ Cf. *A personalidade do delinquente*, p. 170 e segs. Sobre isto, cf. P. HÜNERFELD, ob. cit., p. 296 e segs., e *Literaturbericht Portugal*, in ZStW, 1968, p. 256.

⁸⁴ Cf., em parte neste último sentido, além de MEZGER, DREHER, *Verreinheitlichung von Strafen und sichernden Massregeln*, ZStW, 65, 481.

⁸⁵ Cf. *A doutrina da culpa na formação da personalidade*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano I, p. 24 e segs. Cf. também a trad. espanhola e segs. Cf. ainda P. HÜNERFELD, ob. cit., p. 303 e segs., e *Literaturbericht*, cit., p. 256.

⁸⁶ Cf. EDUARDO CORREIA, *Peine de mort. Réflexions sur sa problématique et sur le sens de son abolition au Portugal*, in *Pena de Morte — Co-da pena de morte em Portugal*, Coimbra, 1967, e *Grundgedanken der portugiesischen Strafrechtsreform*, in ZStW, 76, p. 336.

Considerar, de resto, um delinquente como incorrigível, como produto do seu destino, do seu *fatum*, seria renunciar à sua colaboração na própria regeneração, mediante um apelo ao sentimento de responsabilidade. A idéia da liberdade, da capacidade de o delinquente poder colaborar, com o auxílio da sua vontade livre, no programa de recuperação que orienta a aplicação de sanções penais há-de constituir, portanto, um elemento essencial da sua execução.⁸⁷

A projeção deste pensamento⁸⁸ sobre a legitimidade de uma pena referida ao modo de ser do agente parece, porém, fazer supor a idéia de uma culpa pela personalidade.

Só que não admitindo, sem mais, uma culpa pelo caráter (*Charakterschuld*), como faz ENGLISH,⁸⁹ só que não invocando a ficção de uma vontade no sentido de BOCKELMANN,⁹⁰ ou apelando para uma culpa na condução da vida (*Lebensführungsschuld*) como quer MEZGER com todas as dificuldades em distinguir entre o que faz parte da predisposição e o que é adquirido.⁹¹ "A culpa pela personalidade deverá antes traduzir-se, em nossa opinião, na culpa do agente por não ter corrigido, educado ou mesmo tratado (v.g., casos de psicopatia) o seu modo de ser — como o referido apelo na execução das penas ao sentimento de responsabilidade e de liberdade exige admitir que pode — de maneira a modelá-lo de harmonia com o tipo de personalidade que os valores jurídico-criminais de um certo sistema requerem. Na medida em que o direito criminal protege certos valores ou bens jurídicos, cria para os seus destinatários o dever jurídico de formar a sua personalidade de modo a que, na sua atuação na vida, se não ponham em conflito com aqueles valores ou interesses. Violando esse dever, pela omissão da correção das suas tendências perigosas, incorre o delinquente em culpa pela "não formação conveniente da sua personalidade".

⁸⁷ A uma capacidade para sofrer a influência das penas se refere também ENGLISH para concluir por uma *Charakterschuld*. Cf. *Um die Charakterschuld*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1967, p. 108 e segs.

⁸⁸ A idéia de que o sentido da execução das penas se há-de refletir sobre a própria natureza dos seus pressupostos é, de resto, seguida por muitos autores. Cf., por todos, KARL PETERS, *Grundprobleme der Kriminalpädagogik*, 1960, *passim*, e LANGE, *Wandlungen in den Kriminalbiologischen Grundlagen der Strafrechtsreform*, in *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, 1960, I, p. 361 e 379. Contra, BARATTA, *Per una concezione dialettica della libertà del volere...*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, 1964, p. 101. A luz da sua pedagogia criminal, mal se vê, todavia, como distinguir, v.g., inimputáveis por razão de idade, dos imputáveis, além de que, através dela, se põe demasiado acento num momento intelectual. Cf. HEIMSOETH, *Los seis grandes temas de la Metafísica Occidental*, trad. esp., p. 265 e segs.

⁸⁹ Ob. cit.

⁹⁰ Cf. *Studien...*, cit., e E. CORREIA, *A doutrina da culpa*, cit., p. 28. O próprio KANT fala na educação e nos exemplos como processo de produzir aquela explosão súbita que é a conversão do caráter do homem (*apud* JASPERS, *Raison et Dérason de notre temps*, p. 50).

⁹¹ Cf. BOCKELMANN, ob. cit., II, p. 128 e segs. Esta dificuldade era também já posta em relevo por V. LISZT (A.u.V., I, p. 160).

Desenvolvendo esta idéia, concluíamos, nesse estudo de 1945, que a prorrogação da pena para os habituais, prevista na Reforma Prisional de 1936, poderia referir-se a essa culpa pela não formação conveniente da personalidade e que, à sua luz, todo o nosso sistema penal seria suscetível de se interpretar no quadro de um sistema monista ético-retributivo.⁹²

Com base neste pensamento, procuramos igualmente explicar a Reforma de 1954, que integrou no Código Penal (arts. 68 e segs.) as disposições da Reforma Prisional de 1936.⁹³

Ora, ao elaborarmos o Projeto da Reforma do Código Penal português,⁹⁴ não deixamos de ter presentes estas idéias e as virtualidades do seu desenvolvimento. Não para negar que o direito penal vise afirmar ou defender certos bens ou interesses jurídicos. Entendemos simplesmente, que é inerente à realização dessa finalidade pelo direito penal, tal como corresponde à sua própria institucionalidade, quando se queira reconhecer a dignidade e personalidade do homem, construí-lo sobre a base da sua liberdade e, portanto, de uma culpa ético-jurídica.⁹⁵ E se esta há-de referir-se a um fato como ponto de

⁹² Com o que, aliás, não queríamos negar toda a idéia de finalismo, toda a idéia de prevenção ou defesa social. O que pretendíamos era sublinhar que a promoção desses fins havia que estar legitimada *quia peccatum est* — pela culpa pelo fato ou pela não formação da personalidade — e que esta idéia, facilitando-a, vai justamente ao encontro da regeneração a que a prevenção especial aspira, integrando-a dialeticamente (cf. Est. cit., p. 32, nota 2).

⁹³ Cf. nossas Lições, cit., I, p. 72 e segs.

⁹⁴ Parte Geral, Separata do Bol. Min. Justiça, n.º 127; Parte Especial, Separata do Bol. Min. Justiça, n.º 157; Atas da Revisão da Parte Geral, separata do Bol. Min. Justiça, 1966; 1.ª Revisão do Ministro da Justiça, Parte Geral, 1966, separata do Bol. Min. Justiça, n.º 157. Sobre o nosso Projeto de Código Penal, cf., entre outros, E. CORREIA, *Grundgedanken der portugiesischen Strafrechtsreform*, in *ZStW*, vol. 76, p. 115 e segs.; MARCELLO CAETANO, *et de Droit Pénal*, 1966, p. 294 (*"le projet de 1963 démontre une fois plus que le Portugal demeure à la pointe même du progrès en matière pénitentiaire"*); MARC ANCEL, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1968, p. 169, e *La défense sociale nouvelle*, 2.ª ed., 1966, p. 156 (*"remarquable projet"*); JESCHECK, *Principes*, cit., p. 39 (*"L'Allemagne devrait-elle, pour donner à son Projet des traits plus modernes, s'inspirer des remarquables apports du Portugal dans le domaine de la politique criminelle, tels qu'ils se traduisent... dans le Projet CORREIA de 1963"*); P. HÜNERFELD, *Die rechtlichen Grundlagen*, cit., e *Literaturbericht*, cit., p. 267; SCHULTZ, in *Revue Pénale Suisse*, vol. 83, 1967, p. 437; BETTIOL, *Direito Penal*, trad. port., p. 42, *Revista Brasileira de Criminologia e de Direito Penal*, n.º 8 e p. 5 e 20, onde se publica a parte geral do Projeto. O novo Código Penal brasileiro, de 21 de outubro de 1969, refere-se-lhe igualmente no seu Relatório, cf. *infra*, p. 36, nota 3. Vide, por último, Prof. BENJAMIN SOARES, encarregado da revisão final desse Código, *"Visão Panorâmica do Novo Código Penal"*, in *Revista de Informação Legislativa*, Ano VII, n.º 27, p. 23 (*"Na criação das penas, relativamente indeterminadas, observou-se a doutrina exposta pelo jurista português EDUARDO CORREIA, transferindo-se a individualização para momento posterior à sentença"*).

⁹⁵ Finalidade e culpa são assim "pólos reciprocamente convergentes dessa instituição (*auf sich verweisende Pole*), formas constitutivas dessa realização ou da modelação dessa vida em comum (*gemeinsames Leben*)", que é o direito

apoio necessário do direito penal — por isso mesmo que não é moral — nada parece impedir que, partindo dessa culpa pelo fato, o direito penal considere também a culpa pelo modo de ser do agente.⁹⁶ Daí o princípio fundamental estabelecido no artigo 2.º do nosso Projeto.⁹⁷

A punição baseada na culpa não tem, porém, um fim em si mesma, mas serve à proteção dos bens jurídicos. E se esta proteção se deve traduzir eminentemente na ressocialização do delinqüente, a pena não há-de ter um sentido estático de mera retribuição de um mal com um mal, mas o de expiação ou de reparação das tendências do delinqüente para o crime, através da sua recuperação ou regeneração,⁹⁸ desta forma, se realizando aquela proteção de bens ou interesses jurídicos.⁹⁹

Mas se bem virmos, por esta via se cumprem e, até, em larga medida, se superam as propostas de política criminal de V. LISZT. Simplesmente, agora no quadro de uma concepção do direito penal

⁹⁶ A idéia de que só pode falar-se de uma culpa pelo fato e não pela personalidade, é correntemente afirmada — cf., por todos, ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, cit. — mas parece-nos insuficientemente justificada. Que a culpa pela personalidade não possa medir-se é, na verdade, argumento que vale igualmente para a culpa pelo fato — cf. ROXIN, *Sinn...*, cit., p. 385. Cf. também já V. LISZT (*A.u.V.*, I, p. 151 e segs.). Aliás, a dificuldade (cf. JESCHECK, *Principes*, cit. p. 32) desaparece largamente considerada a possibilidade de vir a ser aplicada uma pena indeterminada — cf. *infra*. Quanto às dificuldades derivadas do estado de direito, elas valem igualmente para as medidas de segurança — cf. nosso Relatório, cit., p. 31; *Grundgedanken*, cit., e Lições, cit. I, p. 326, nota 2 — e, de qualquer maneira, na nossa tradição jurídica a influência de THOMASIUS, KANT e HEGEL não se fez sentir (cf. a nossa Comunicação, in *Pena de Morte*, cit., p. 32) para impedir a consideração da personalidade do delinqüente.

⁹⁷ "Quem age sem culpa não é punível. A medida da pena não pode exceder essencialmente a da culpa do agente pelo seu fato ou pela sua personalidade criminalmente perigosa."

⁹⁸ Daí a construção de um sistema punitivo reagindo largamente contra as penas de prisão através de medidas penais não institucionais, a que deve, em princípio, dar-se preferência; condenação condicional, regime de prova, liberdade condicional obrigatória e facultativa, substituição da prisão por multa e das multas por trabalho, diminuição da duração das penas de prisão, prisão por dias livres, desaparecimento da distinção entre penas maiores e correccionais e dos efeitos automáticos resultantes relativos a direitos políticos, profissionais e civis, das primeiras, etc. Cf., sobre tudo isto, EDUARDO CORREIA, *"La prison, les mesures non-institutionnelles et le projet du Code Penal Portugais de 1963"*; JESCHECK, ob. cit., p. 31 e segs., e PETER HÜNERFELD, ob. cit., p. 332 e segs., e *Literaturbericht*, cit., nota 87.

⁹⁹ Assim teremos, pois, *Schuld, Sühne, Resozialisierung* e *Rechtsgüter-schutz*. Cf., neste sentido, também ARTHUR KAUFMANN, *Die finale...*, p. 146.

penal. A esta luz, a culpa não será limite da finalidade da pena, no sentido de seu limite externo, como muitos parecem querer acentuar — v.g., ROXIN, *Sinn und Grenzen der Strafe*, in *Juristische Schulung*, 1966, p. 371 e segs.; ARTHUR KAUFMANN, *Die finale Handlungslehre u. die Fahrlässigkeit*, in *Juristische Schulung*, 1967, p. 146 e *Dogmatische*, cit., p. 56, que, todavia, já lhe atribui (p. 63) uma função constitutiva (embora, porventura, também pragmática) — mas elemento interno dessa forma de constituição da vida do espírito, da vida pessoal (*"Verfasstheit des Geisteslebens, des personalen Lebens"*) — cf. MAX MÜLLER.

que a visão cientista,¹⁰⁰ do fundador da Escola Moderna, porventura malgrado seu, impedia de tomar em conta.¹⁰¹

Também, àquela luz, se pode na verdade chegar — como vimos — à semelhança do que propunha V. LISZT, a um sistema monista baseado na pena. Só que tal sistema aparece então carregado de um sentido regenerado e ancorado numa culpa que, para além da que se refere ao fato — embora partindo dela — se pode estender à não formação conveniente de personalidade, indo assim ao encontro das exigências de ressocialização do delinquente.

5 — A tudo isto poderá, porém, dizer-se que, afora outras dificuldades, a culpa pela não-formação da personalidade, no sentido em que a estruturamos¹⁰² e na medida em que pressupõe a corrigibilidade dos delinquentes, esquece os ensinamentos da própria experiência e representa assim uma pura ficção que as realidades contrariam.

Não terá, aliás, o próprio V. LISZT chamado a atenção para este aspecto das coisas, até na medida em que admite um grupo de delinquentes incorrigíveis?

É verdade que sim. Mas também é verdade que foi ele próprio a ensinar que a *política criminal* (*Kriminalpolitik*), tal como a entendeu, é condicionada por uma crença na capacidade de correção dos indivíduos, como na da melhoria da sociedade;¹⁰³ que foi ele próprio a apontar como seus mais perigosos inimigos, não os partidários da escola clássica, mas os naturalistas radicais que não crêem na possibilidade da reeducação do homem.¹⁰⁴

Aliás, a autonomização que fez de um tipo de criminosos incorrigíveis, só aparentemente contradiz essa sua crença.

Efetivamente, todos sabem que V. LISZT distinguia entre imputáveis e inimputáveis e o seu monismo de penas só funcionava para os primeiros: os inimputáveis haveriam que sujeitar-se a "*Verwahrungsmassregeln*".¹⁰⁵ E todos sabem também como, flutuante e inseguro, o seu critério de delimitação da zona dos imputáveis se identifica não só com a capacidade para uma determinação normal pelos motivos,¹⁰⁶ mas ainda com "a capacidade para ser influenciado pelas penas".¹⁰⁷

Só que esta última fórmula conduzia logicamente a considerar inimputáveis os delinquentes incorrigíveis. E, de resto, ele mesmo

¹⁰⁰ A.u.V., II, p. 38 e 44. Vide, sobre isto, WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, p. 22 e segs.; e GEORGAKIS, cit., passim.

¹⁰¹ Sobre a moderna superação desta concepção, vide LANDGREBE, *Philosophie der Gegenwart*, p. 21 e segs., e 55.

¹⁰² Cf. *supra*.

¹⁰³ Cf. A.u.V., II, p. 22.

¹⁰⁴ Cf. A.u.V., II, p. 11-12.

¹⁰⁵ Cf. A.u.V., II, p. 213 e segs.

¹⁰⁶ Cf. A.u.V., II, p. 219.

¹⁰⁷ Cf. A.u.V., II, p. 220. Sobre estes dois critérios, cf. WELZEL, *Naturalismus*, cit., p. 27 e 28.

que expressamente o acentua no seu tão discutido¹⁰⁸ estudo: *Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit*,¹⁰⁹ ao afirmar que "o delinquente incorrigível não é imputável" ("*der unverbesserliche Verbrecher ist nicht zurechnungsfähig*").

Mas, com particular interesse para nós, V. LISZT repete essa idéia em Lisboa na 7.ª Sessão da UIDP.¹¹⁰ Afirmada, aí, na verdade, por Mendes Martins a impossibilidade de, num plano científico, se distinguir entre imputáveis e inimputáveis,¹¹¹ V. LISZT responde-lhe confessando as dificuldades que implica o seu critério, como de resto o da identidade social de TARDE, observando, por outro lado, que as reações contra os delinquentes *incorrigíveis* não deveriam considerar-se, em seu entender, como *penas*, mas como verdadeiras *medidas* (*Massregeln*). Rigorosamente, aquele tipo de delinquente deveria remeter-se para o domínio da inimputabilidade.

E se V. LISZT não propõe essa solução, isso explicar-se-ia, como acentua, tão-só por não querer contrariar "as concepções ético-sociais tradicionais"¹¹² dominantes na época, não deixando, porém, de admitir¹¹³ que, futuramente, os legisladores viessem a dar esse passo, concorrendo para promover o ajustamento daquelas concepções com as realidades criminológicas.

E tal ponto de vista — reafirmado veementemente por EBERHARD SCHMIDT¹¹⁴ — veio a encontrar eco ou paralelismo em vários autores¹¹⁵ como não deixou de se refletir no nosso Projeto de Código Penal.

No respectivo *Relatório*,¹¹⁶ ponderamos, na verdade, que quando um delinquente mostre ter tendências que, embora não excluindo completamente a capacidade para avaliar a ilicitude do fato e para se determinar de harmonia com essa avaliação, todavia a diminuem sensivelmente, e se pretende que ele as não pode dominar ou corrigir, haverá que pôr o problema da sua inimputabilidade. Daí o art. 18 do Projeto de 1963.

Disposição — acrescente-se — que abrange quer o caso da chamada inimputabilidade diminuída criminalmente perigosa,¹¹⁷ quer a hipótese, de alguma forma paralela, dos delinquentes habituais que se considerem incorrigíveis.¹¹⁸

Certo que estão à vista as dificuldades a que pode dar lugar a determinação desta inimputabilidade. Mas a idéia da incorrigibilidade no sentido de não se ser influenciável pela censura e pela pena, será

¹⁰⁸ Cf. RADBRUCH, *Franz V. Liszt, in Elegantie Juris Criminalis*, p. 232.

¹⁰⁹ A.u.V., II, p. 226.

¹¹⁰ Cf. *Bol.*, cit., 1897, p. 471.

¹¹¹ Cf. *Bol.*, cit., 1897.

¹¹² Cf. A.u.V., II, p. 227-228.

¹¹³ *Loc. cit.*

¹¹⁴ Cf. *Lehrbuch*, 25.ª ed., cit., p. 225, nota 3.

¹¹⁵ Cf., v.g., JESCHECK, *in Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, vol. I, p. 61 e BETTIOL, *Delitto e Personalità*, p. 289.

¹¹⁶ P. 28.

¹¹⁷ Cf. A.u.V., II, p. 222.

¹¹⁸ Cf. *Atas das Sessões*, cits. I, p. 156.

seguramente um dos possíveis elementos que a podem indiciar, com a enorme vantagem de permitir ao juiz que pondere nas suas decisões o regime mais apropriado a um delinqüente: o das penas ou o das medidas de segurança.¹¹⁹

Com o que se facilitará a realização de um pensamento de alter-natividade, ou seja, de uma aplicação de sanções em função da *inim* ou *imputabilidade*, em que não deixará de intervir a idéia do efeito que elas podem ter sobre o agente de um fato criminoso.¹²⁰

De qualquer forma, a purificação,¹²¹ por este caminho conse-guida, da idéia ético-jurídica da culpa conduz também a uma solução paralela à de V. LISZT: a da inimputabilidade dos incorrigíveis, com a virtualidade ainda de encarar a punição dos imputáveis com os olhos postos na sua recuperação ou educação.

O que, por sua vez, abre caminho às mais importantes conse-quências. Sem nos podermos aqui referir a todas,¹²² anotaremos tão-só o problema da sentença indeterminada tão grata a V. LISZT.¹²³

É evidente que, quando se fundamenta a punição numa culpa pela não-formação adequada da personalidade — no sentido da omis-são do dever de a corrigir de modo a estar preparado para não pra-

¹¹⁹ O que coincide, em parte, com ENGISCH, *Um die Charakterschuld*, cit., p. 118, quando limita a culpa pela suscetibilidade do caráter ser moldado e influenciado ("*Bildsam-und Beeinflussbarkeit*" des Charakters). Com a diferença, tão-só, que da suscetibilidade de ser influenciado (*Beeinflussbar-keit*) haverá que partir para uma culpa da vontade do delinqüente por não ter modelado o caráter de forma a respeitar os comandos jurídico-criminais. Cf. a este propósito HILDE KAUFMANN, *Was lässt die Kriminologie vom Strafrecht übrig?*, JZ 1962, p. 193 e segs. Que esta omissão, ao contrário do que quer A. KAUFMANN (*Das Schuldprinzip*, cit., p. 156 e segs.), possa ser objeto de censura ético-jurídica, uma vez revelada a não-formação con-veniente do modo de ser pela prática de fatos criminosos, não nos parece suscetível de ser contestado (cf., sobre isto, ENGISCH, ob. cit., p. 115).

¹²⁰ Respeitando-se, por outro lado, o monismo de sanções correspondente à moderna tendência legislativa (cf., neste sentido, o *Criminal Justice Act* de 1948 e de 1967; o art. 42.º do Código suíço; o recente Código sueco; o Código brasileiro, etc.). A idéia de um dualismo embora atenuado por um "vicariato", em que as medidas de segurança sejam cumpridas de forma obrigatória — *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, § 77 — ou faculta-tiva — *Entwurf eines Strafgesetzbuches*, 1966 — para imputáveis, antes da execução das penas, embora podendo nestas serem tomadas em conta (*ange-rechte*) — para além das dificuldades de uma medida naturalística poder ser "Ersatz" de uma pena ética e da possibilidade desta ser aplicada depois de uma eventual recuperação do delinqüente conseguida pela medida de segurança(!) — parece conduzir à instrumentalização do homem — que, como imputável, se reconhece livre — e esquecer a importância que o senti-mento de responsabilidade e a aceitação da culpa que a pena expia podem ter na recuperação do delinqüente. Isto mesmo não considera também BARATTA. Cf. ob. cit., p. 101.

¹²¹ Note-se que, na medida em que a inimputabilidade resultante da aplicação do art. 18.º do Projeto possa funcionar para além do que resultaria do art. 17.º (inimputabilidade pelo fato), as medidas que venham a ser aplicadas ao agente realizam de alguma maneira um "vicariato". Daí a duração mínima do internamento prevista no § 3.º do art. 123.º do Projeto.

¹²² Cf. sobre isto o nosso *Relatório* do Projeto de Código Penal portu-guês e *supra*, p. 29, nota 3.

¹²³ A.U.V., p. 126 e segs. e II, p. 133 e segs.

ticar fatos criminosos — a medida da pena que, com base nela, deva ser aplicada ao delinqüente, não pode ser fixada, rigorosamente, de antemão.¹²⁴ Se a pena tem, nessa perspectiva, eminentemente um sentido de expiação, ou melhor, de reparação, há-de forçosa-mente dirigir-se a restabelecer o que se omitiu e, portanto, a prepa-rar o delinqüente para obedecer aos comandos jurídicos-criminais. Logo, pois, que o criminoso se mostre corrigido, poder-se-á dizer, àquela luz, que a sua falta se encontra expiada, que ele está liberto da culpa e, portanto, punido.¹²⁵

Mas também, por isso, a individualização da pena não poderá fazer-se na sentença, mas na fase da sua execução. Com o que se é levado ao reconhecimento da pena indeterminada. Não, certamente, para todos os casos. Pois tratando-se de fixar a pena relativamente a um agente que não levanta especiais problemas de perigosidade, tudo pode resolver-se no momento da sentença, no quadro da mol-dura penal correspondente aos fatos praticados.¹²⁶ Basta que a me-dida da pena, assim fixada, possa vir a ser corrigida pelo possível funcionamento do instituto da liberdade condicional.

A esta luz, a pena indeterminada fica, portanto, limitada aos casos de uma especial perigosidade, imputável à culpa na formação da personalidade, que importa reparar no sentido apontado. Por outro lado, como esta culpa só pode tomar-se em conta pela porta que a prática de fatos criminosos¹²⁷ abriu, é evidente que a moldura penal que lhe corresponde, reduzida até aos limites em que poderá funcionar a liberdade condicional, há-de exigir um mínimo à pena indeterminada. Paralelamente, a idéia de um limite superior que a retribuição ou a expiação sempre apontam, ligada à necessidade prá-tica de garantir os indivíduos contra arbítrios e de estimular a pró-pria administração penal na execução da sentença indeterminada,¹²⁸ impõe que a esta seja fixado um máximo de duração.

Com o que somos conduzidos a uma pena relativamente indeter-minada¹²⁹ — sempre tem um máximo e um mínimo — para certo tipo ou tipos de delinqüentes (arts. 94 e segs.), que relega para a respectiva execução a fixação do seu *quantum* exato. E assim se

¹²⁴ Cf. *supra*.

¹²⁵ Cf. o nosso *Relatório*, cit., p. 36 e segs.

¹²⁶ O fato de a culpa não poder também aqui medir-se com perfeita exatidão, abre um chamado *Spielraum*, o que permite tomar em conta consi-derações de prevenção geral (cf. art. 85.º do *Projeto*, as nossas *Lições*, cit., II, p. 318, e o relatório do novo Código Penal brasileiro).

¹²⁷ Sobre isto, vide as nossas *Lições*, cit., I, p. 327 e II, p. 318 e segs., e *Relatório* cit., p. 32.

¹²⁸ Cf. cit. *Relatório*, p. 58; daí também a obrigatoriedade de um plano de recuperação social, organizado com a possível concordância do delinqüente (art. 101.º do *Projeto*).

¹²⁹ Sobre a pena indeterminada vide WÜRTENBERGER, in *Materialien zur Strafrechtsreform*, I, p. 89 e segs. Vide também, no que toca ao direito comparado, MARC ANCEL, *La sentence indéterminée*, Nações Unidas, 1953 e a larga investigação de MEREIA BELEZA, *Pena indeterminada*, realizada no Instituto de Direito Comparado da Faculdade de Direito de Coimbra (Secção Criminal), 1968.

chegou nesta matéria a uma solução¹³⁰ paralela à defendida por V. Liszt¹³¹ e também por ele considerada como forçoso corolário do conceito da pena de correção (*Besserungsstrafe*).¹³²

Surpreendentemente, pois, muitos dos caminhos da política criminal enunciados por V. Liszt — e que ele, com a humildade dos grandes espíritos, convidava todos, “todos os homens de coração quente e espírito puro” (“*alle Männer, die warmen Herzens und klaren Geistes sind*”)¹³³ a completar — encontraram, em larga medida, consagração no *Projeto de Código Penal de 1963*, se bem que orientados por uma concepção do homem e do direito penal liberta do cientismo¹³⁴ em que se moveu.

Tal cientismo, aliás, não impediu, como era de se esperar de um espírito da alta estirpe de V. Liszt, que o seu finalismo deixasse janelas abertas para outras perspectivas das coisas, que muitos lugares da sua obra¹³⁵ bem ilustram.

De qualquer forma, se V. Liszt, como filho do seu tempo, se deixou prender por um finalismo naturalista que não lhe permitiu elevar-se ao sentido institucional do direito penal, capaz de realizar,

¹³⁰ O já referido Código Penal brasileiro, de 21 de outubro de 1969 (*supra*, p. 28, nota 1) adota também o caminho proposto no nosso projeto, justificando-o como nele, no respectivo relatório, da forma seguinte: “Os criminosos habituais ou por tendência constituem o grande problema da repressão penal... O projeto incorpora-se à legislação moderna, estabelecendo previsão especial quanto aos criminosos habituais ou por tendência, e um sistema repressivo eficaz, com a pena relativamente indeterminada. Com tal pena transfere-se a individualização para momento posterior à sentença, considerando a impossibilidade de determinar, rigorosamente, a medida da culpabilidade do agente e o momento em que estarão atingidas as exigências da retribuição e a da reparação, inclusive da recuperação social do delinqüente que se deve realizar sempre por via judicial (cf. EDUARDO CORREIA, *Código Penal, Projeto da Parte Geral*, 1963, p. 57). Não se trata de uma pena de segurança”.

¹³¹ Cf. A.u.V., I, p. 531 e II, p. 133.

¹³² Cf. A.u.V., II, p. 399.

¹³³ Cf. A.u.V., II, p. 2 e 21.

¹³⁴ Cf. A.u.V., II, p. 38 e 84.

¹³⁵ Cf. especialmente estas suas impressivas palavras: “*Es gibt Menschen, die nur Thesis und Antithesis kennen, Leib und Seele, Natur und Geist, Wirklichkeit und Wert, Können und Sollen, oder wie sie es sonst nennen mögen. Die dürfen ihrer reinlichen Methode, ihrer klaren Begriffe, ihrer sicheren Beweisführung sich rühmen. Wer über den Gegensätzen tastend die höhere Einheit sucht, den schützt kein Wegweiser vor Irrgängen. Aber er allein darf hoffen, dass eine glückliche Stunde ihm den Weg auf die Höhe erschliesst, von der aus er in der schöpferischen Synthese einer einheitlichen Weltanschauung alle die scheinbaren Gegensätze zusammenfassend überblickt*”. (“Há pessoas que só conhecem tese e antítese, corpo e alma, natureza e espírito, realidade e valor, poder e dever, ou como quer que lhe chamem. Elas podem gabar-se do seu método puro, dos seus conceitos claros, da sua argumentação segura. Pelo contrário, aquele que, para além das antinomias, procura, tateando, a unidade superior, não tem nenhum guia a protegê-lo contra passos errados. Mas só ele pode esperar que uma hora feliz lhe abra caminho para o ponto alto, do qual, na síntese criadora de uma concepção unitária do mundo, se superem todas as aparentes antinomias”). *Apud* RADBRUCH, *loc. cit.*, p. 220.

como se tentou no *Projeto* de 1963, uma síntese de aparentes contradições entre finalismo e idealismo ou — como diz MAX MÜLLER — entre pragmatismo e metafísica, certo é que as soluções ali propostas se paralelizam em larga medida com aquelas que o autor do programa de Marburg sugeriu.

Para o direito penal português moderno, nomeadamente para o nosso *Projeto de Código Penal*, a lição de V. Liszt foi, pois, a oposta àquela que EXNER¹³⁶ lhe atribuiu: Operando com um puro *pensamento utilitário* (*Zweckgedanke*), ele não teria atingido ou esgotado o verdadeiro princípio ou fundamento do direito penal, mas, de certo, que lhe abriu o caminho.

¹³⁶ Cf. *Theorie*, cit., p. 239.

PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA NO ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL *

René Ariel Dotti **

Título I

A DEGRADAÇÃO DO SISTEMA

1. *Ascensão e queda dos conceitos formais* — A crise aberta em muitos domínios do sistema penal revelou as faces da ascensão e queda dos conceitos formais, não apenas como fenômenos exclusivos das disciplinas jurídicas. Em todos os quadrantes do conhecimento se manifestam a crítica e a revisão das idéias que modelam os produtos culturais do Homem. No fundo de tal investigação aparece claramente o estado de dúvida como o resultado de um exercício constante e profundo a demonstrar a validade de um dos *princípios do conhecimento humano*, magistralmente exposto por René Descartes: “que para examinar a verdade é necessário, uma vez na vida, pôr todas as coisas em dúvida, tanto quanto se puder”.¹

No campo do pensamento jurídico-penal é possível afirmar que a crise dos conceitos formais resulta de dois fatores, entre si conjugados, embora não exclusivos: 1.º — a *oposição funesta* entre o Direito Penal, de um lado, e a Criminologia e outras ciências da conduta, de outro; 2.º — a *exaustão da dogmática* de modo a conduzir o estudioso por caminhos extremamente áridos até abandoná-lo em lugares desertos e sem lhe oferecer a bússola para o retorno.

Quanto ao primeiro aspecto, o empenho em “purificar” o sistema penal de todos os tipos de *contágio* resultantes dos processos de interação com outras ciências, foi responsável por uma espécie de *praxis*, conforme a acepção que os gregos antigos conferiam a este termo.² O esforço em modelar a figura de um direito penal pelo direito penal — um produto que confundisse a essência e a circuns-

tância, a matéria e a forma — abriu um vácuo entre a ciência e o Homem, entre o sistema positivo e a realidade sensível da vida e do mundo. Setenta e um anos após a famosa pregação de *Arturo Rocco* sobre o problema e o método da ciência do Direito Penal, quando denunciou como um “vício dos tempos” o estudo desta nobre disciplina à margem do direito positivo de modo a reduzi-la a um capítulo ou apêndice da sociologia,³ é necessário reconhecer a falência do método egocêntrico. O prestígio e a dignidade das ciências criminais foram comprometidos não somente pelo erro de perspectiva, como também pela superfluidade dos esquemas propostos e pelas injustiças materiais na arquitetura de ilicitudes e respectivas sanções. A esse processo de marginalização entre o teorema e a condição humana, correspondeu a crescente debilitação das instâncias formais de controle (polícia, tribunais, presídios, hospitais).

Relativamente ao segundo ângulo do problema, o esforço em atomizar conceitos no corrente de recitações da prosa dogmática, desnudou a carência de evolução dos métodos e meios do Direito Penal nos últimos decênios, como ficou demonstrado no XI Congresso Internacional de Direito Penal (Budapeste, 1974) ao se proclamar que o sistema tradicional de repressão e retribuição é cada vez mais criticado, sendo importante “na busca dos métodos e meios apropriados para a organização da reação anti-criminal, superar a abordagem puramente jurídico-formal dos problemas, recorrer à cooperação dos especialistas em todas as ciências humanas e não desconhecer as conseqüências, mesmo no campo da política anticriminal, da revolução tecnológica. Será necessário igualmente reconhecer e sem dúvida desenvolver, as relações que necessariamente existem entre a Política Criminal e a política social”.⁴

Em muitas oportunidades o tecnicismo jurídico exacerbado foi posto à mostra com todo o séquito de sabidos inconvenientes. De *Ferri*⁵ a *Roxin*,⁶ de *Novoa Monreal*⁷ a *Ordeig*,⁸ de *Nélson Hungria*⁹

³ *El problema y el metodo de la ciencia del Derecho Penal*, trad. de Rodrigo N. Vallejo, Bogotá, 1978, p. 5.

⁴ Resoluções da Seção I do Congresso da AIDP, de 9 a 14 de setembro de 1974, em Budapeste, em *Revista de Direito Penal*, n.ºs 15/16, p. 81 e segs. No mesmo sentido a Comunicação apresentada por ENRIQUE BACIGALUPO, *Evolución de los metodos y medios del Derecho Penal*, divulgada em *Nuevo Pensamiento Penal*, n.º 1, de 1973, p. 145 e segs.

⁵ *Princípios de Direito Criminal*, São Paulo, 1931, p. 62.

⁶ *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, trad. de F. Muñoz Conde, Barcelona, 1972, p. 18, 19.

⁷ “Alternatives et moments critiques du Droit Pénal d’aujourd’hui”, artigo publicado em *Revue Internationale de Droit Pénal*, n.º 4, de 1977, p. 767 e segs.

⁸ “Tine un futuro la dogmatica juridico penal?”, trabalho divulgado na coletânea *Estudios de Derecho Penal*, Madri, 1976, p. 56 e segs.

⁹ “Os pandectistas do Direito Penal”, em apêndice aos *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, 1958, v. I, t. II, p. 443.

CHEZ VAZQUES, *Filosofia da Praxis*, trad. de Luiz Fernando Cardoso, Rio de Janeiro, 1977, p. 4.

a Roberto Lyra Filho,¹⁰ não faltaram lamentações ao preciosismo de linguagem e ao hermetismo em que se entronizavam os fundamentos teóricos e positivos do sistema.

De maneira lapidar, Juan-Ramón Capella critica esse aspecto do problema ao referir que o sedimento do debate jurídico estéril depositado nos tratados acaba complicando a situação posta pela realidade. Referindo-se à inexistência dos estabelecimentos especiais previstos pela *ley de vagos e meleantes* — fato que determinou a conversão da medida acautelatória e protetiva em pena privativa de liberdade executada em estabelecimentos comuns — reconheceu *esfumar-se* “também aqui o princípio penal fundamental da época moderna. Mas não faz mal: o jurista continuará a ver o direito como o melhor dos mundos possíveis.”¹¹

Melancolicamente, Novoa Monreal admite que o isolamento da dogmática em torno de si mesma e a dedicação exclusiva somente às elaborações abstratas, com ignorância flagrante da realidade social e as imensas particularidades do caso concreto, geram como consequência o nascimento de um duplo critério de avaliação, pois é possível ser dogmaticamente certo aquilo que é errado sob o ângulo político-criminal, e vice-versa. E, reportando-se a Claus Roxin, afirma o mestre chileno que a história da teoria do delito “construída por esta dogmática nos últimos decênios, pode ser descrita exclusivamente como a peregrinação dos elementos do delito pelos diferentes estágios do sistema”.¹²

2. *Fastígio e decadência da prisão* — A crônica do chamado *Direito Penitenciário* revela que o cárcere, como instrumento espiritual de castigo, foi introduzido pelo Direito Canônico, posto que, pelo sofrimento e na solidão, “a alma do homem se depura e purga o pecado”.¹³ A Igreja via no delito a manifestação do pecado e para redimir a culpa o infrator deveria sujeitar-se à penitência para se aproximar de Deus: *quoties inter homines fui, minor homo redii*. Daí então cumprir-se o internamento em prisão de conventos: *detrusio in monasterium*.

A privação da liberdade como sanção autônoma veio a ganhar reconhecimento e a desfrutar de importância social em função das novas estruturas econômicas de potências européias e do progresso das operações comerciais, determinados pelos descobrimentos marítimos durante o século XVI. A expansão colonial, o aprimoramento do sistema bancário, o lucro e o acúmulo de riqueza material passaram a constituir programas importantes de uma nova sociedade. O preço e o escambo eram caminhos necessários na rota do desenvolvimento. Assim, muito mais lucrativa que a imposição da pena capi-

¹⁰ Para um direito sem dogmas, Porto Alegre, 1980.

¹¹ A extinção do direito e a supressão dos juristas, Coimbra, 1977, p. 30.

¹² La evolución del Derecho Penal en el presente siglo, Caracas, 1977, p. 42 e seg. e 46.

¹³ MARIANO RUIZ FUNES, A crise nas prisões, São Paulo, 1953, p. 63.

tal seria a exploração do braço presidiário para a execução de muitos trabalhos. Tomás Morus foi o portador, em sua imortal *Utopia*, da concepção que mais tarde seria francamente dominante e estranhava por que em lugar de se aplicar a morte contra os ladrões não se os obrigava a trabalhar nas minas.¹⁴

O trabalho nas galeras (as chamadas *prisões flutuantes*), os trabalhos forçados como nova versão da prática da Antigüidade romana, a prisão como penitência segundo a doutrina da Igreja ao final do século XVI, a privação da liberdade como um novo e grande invento social na segunda metade do século XVIII — pois reduzia as tensões geradas pela inflicção das penas corporais e seria capaz de intimidar e corrigir freqüentemente e, se não pudesse derrotar o crime, pelo menos manteria o fenômeno encerrado entre muros.¹⁵ Todas essas hipóteses de punição e os objetivos a que se propunham iriam fecundar as bases de uma *ciência penitenciária* que alcançou pontos de grande expressão nas obras e nos feitos de Mabilhon,¹⁶ do Papa Clemente XI,¹⁷ de Howard,¹⁸ de Beccaria,¹⁹ de Benthon,²⁰ de la Rochefoucauld,²¹ de Franklin,²² de Charles Lucas.²³

Construída sobre os pilares da desgraça e da infamação, da vingança e da marginalidade — quatro pontos cardeais a inflar a bandeira da grande expedição punitiva — a pena de prisão se converteu num mundo que envolve os passageiros dos corredores, das celas e de lugares abertos mas fortemente policiados e talhado num mural onde as formas, os traços e as cores são reais e imaginárias. Um surrealismo fantástico assim como foi visto e sentido por Dostoiévski: “Para lá do portão ficava o mundo luminoso da liberdade, que do lado de cá se imaginava como uma fantasmagoria, uma miragem. Para nós, o nosso mundo não tinha nenhuma analogia com aquele; compunha-se de leis, de usos, de hábitos especiais, de uma casa morta-viva, de uma vida a parte e de homens a parte”.²⁴

¹⁴ Cit. por RUY DA COSTA ANTUNES, *Problemática da pena*, Recife, 1958, p. 152.

¹⁵ Cf. VON HENTIG, *La pena*, Madri, 1968, v. II, p. 186.

¹⁶ *Reflexions sur les prisons des ordres religieux*.

¹⁷ Foi o Papa Clemente XI quem, no ano de 1703 fundou em Saint Michel uma casa de correção destinada aos jovens.

¹⁸ *Prisons and lazarettos*; v. 1. *The state of the prisons in England and Wales*; vol. 2. *An account of the principal lazarettos in Europe*, New Jersey, 1973.

¹⁹ *Dei delitti e delle pene*.

²⁰ O *panopticum* se constituía num engenhoso projeto. Sua dedicação evoluiu ao ponto de se oferecer para a direção do estabelecimento que permitia vigilância absoluta e completa disciplina. Os estudos e a iniciativa lhe valeram a outorga do honroso título de cidadania francesa.

²¹ Em 1755 foi editada uma obra do Duque de la Rochefoucauld sobre as *Prisões em Filadélfia vistas por um europeu*.

²² Em 1787, Franklin fundou uma sociedade beneficente com a finalidade de minorar as misérias dos presídios.

²³ No ano de 1828 surgiu a obra de CHARLES LUCAS (*La Réforme Pénitentiaire en France*) que tanto contribuiu para a revisão e a arquitetura dos estabelecimentos penais.

²⁴ *Recordações da casa dos mortos*, p. 13.

O declínio da pena privativa de liberdade, em face de sua execução em caráter contínuo e das marcantes agressões dos direitos da personalidade do condenado, constitui a entonação dramática repetida com grave frequência em todos os encontros de penalistas cuja pauta contenha o tema de revisão do sistema de sanções. Se é certo que o progresso dos conceitos formais e a correspondente anomia da dogmática são acontecimentos mais visíveis nos domínios por onde porfiam as grandes teorias sobre a aplicação da lei e as linhas fundamentais da concepção do delito, também é verdade que no terreno das penas e das medidas de segurança o problema ganha feições alienantes e pessimistas. Já tivemos oportunidade de salientar que a esperança (honestas ou simuladas) de alcançar a "recuperação", a "ressocialização", a "readaptação", a "reinserção" ou a "reeducação social", enfim, novos estágios d'alma sob as mais variadas designações otimistas, penetrou fortemente em sistemas positivos com proclamações retóricas em modernas constituições,²⁵ códigos penais²⁶ e leis penitenciárias,²⁷ sem que a execução prática das reações criminais corresponda aos anseios de "recuperação" que não raro se exaurem na literalidade dos textos.²⁸ No fundo, toda uma *ideologia de salvação* do condenado tem sido incensada às alturas, mas também denunciada como um dos grandes mitos de *projetos demiurgos*, na expressiva linguagem de Bettiol.²⁹ Muito apropriadamente, Elias Neuman reconhece que a suposta "readaptação social do delinqüente" é uma das expressões que conquistou fácil trânsito nas lições de Direito e se apóia num consenso mas que, em verdade, é "*una de las muletilas legales más vacías de contenido en lo que va del siglo*".³⁰

Nos dias presentes, questiona-se com muita propriedade se a teoria da pena-emenda poderá triunfar diante das objeções feitas à intervenção do Estado no delicado território da dignidade humana do condenado. Muitas tentativas feitas no sentido de "retificar" a personalidade do presidiário podem assumir as características de uma *lavagem cerebral*³¹ em holocausto à garantia individual con-

²⁵ Constituições da Itália (1947, art. 27, 3.ª parte); da Espanha (1978, art. 25, n.º 2).

²⁶ CP suíço, art. 37, I; russo, art. 20; brasileiro de 1969, art. 37.

²⁷ Lei Penitenciária Nacional da Argentina, art. 1.º; Lei Geral Penitenciária da Espanha (1979, art. 1.º).

²⁸ Estas e outras indicações sobre o tema constam de nosso trabalho *Bases e alternativas para o sistema de penas*, Curitiba, 1980, p. 50.

²⁹ Na autorizada opinião de BETTIOL, "a idéia pedagógica — como idéia taumatúrgica — entrou à força no campo penal, procurando derrubar posições tradicionais, ligadas ao critério retributivo-repressivo, e penetrou nele à força, como que impelida por uma mola eufórica quanto à possibilidade de um sucesso prático completo. Ela tornou-se uma idéia com raio de ação e força sistemática, porque não houve momento ou instituto penalístico que não tenha sido tocado e transformado por ela" ("O mito da reeducação", em *O problema penal*, Coimbra, 1967, p. 267).

³⁰ *Las penas de un penalista*, Buenos Aires, 1976, p. 33.

³¹ Assim como se pode ver no filme *A laranja mecânica* (*Clockwork Orange*), direção de STANLEY KUBRICK e baseado no livro de ANTHONY BURGESS.

sagrada pelo artigo 153, § 14, de nossa Constituição, no sentido de que se impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário. Com muita propriedade, *Beristain* observa que o Poder Público pretende, com acentuada frequência e sob a capa da reeducação, invadir esferas totalmente alheias à sua competência e usar as pessoas como meros objetos.³²

3. *A crise das reações penais* — Uma das maiores evidências de que o sistema tradicional das reações criminais está imerso em fantástica crise resulta da diretriz fundante da Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, que introduziu sensíveis reformas no quadro da execução. E o fenômeno da crise se expressa em relação a todas as penas e medidas de segurança como é possível demonstrar:

A — A privação da liberdade

A *exposição de motivos* que introduziu a Mensagem n.º 2/77 mostrou a preocupação de "resolver" o dramático problema da superpopulação carcerária. Mas o fez de maneira ainda censurável posto que, não obstante as oportunas alterações que proporcionou, adotou e cumpriu o famoso *slogan* de Schlyter de *esvaziar as cadeias* como providência "adequada" à solução do problema.

É verdadeira e oportuna a denúncia da sobrecarga dos estabelecimentos penais em prejuízo dos ideais de classificação dos condenados e individualização das reações criminais. Os números são expostos com alarme na doutrina,³³ nas comissões de inquérito parlamentar³⁴ e nos relatórios oficiais.³⁵

Os chamados *elementos de tratamento*³⁶ são espécies de miragem colocadas em letra de forma por legislações da atualidade mas que, a rigor, não constituem reais garantias para os presidiários pois o sistema não institui sanções específicas e adequadas para o descumprimento por parte das autoridades e seus agentes encarregados de provê-los. Na melancólica denúncia de prestigiados escritores, a administração prisional tem como objetivo prioritário o evitamento de fugas.³⁷

³² *Medidas penales en Derecho contemporaneo*, Madri, 1974, p. 30.

³³ Entre outros, AUGUSTO THOMPSON, *A questão penitenciária*, Petrópolis, 1976, p. 19 e segs.

³⁴ A exemplo da CPI do sistema penitenciário (DCN, supl. ao n.º 61 de 4.6.1976, p. 002 e segs.).

³⁵ Assim o Relatório do Grupo de Trabalho instituído pelo Ministro da Justiça, através da Portaria n.º 689, de 11.7.1979, em *Criminalidade e violência*, Ed. do Ministério da Justiça, Brasília, 1980, v. I, p. 135 e segs.

³⁶ Segundo o artigo 15 da Lei italiana n.º 354 (normas sobre o ordenamento penitenciário) os elementos de tratamento são, principalmente, os seguintes: instrução, trabalho, religião, atividades culturais, recreativas e esportivas, além da facilitação de contato com o mundo exterior e as relações familiares.

³⁷ AUGUSTO THOMPSON, ob. cit., p. 65 e segs.; MANOEL PEDRO PIMENTEL, "Visão do sistema penitenciário paulista à luz da penologia moderna", em *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, n.º 10 de 1977, p. 171.

Novamente Dostoiévski em sua *Recordações da casa dos mortos*, lembrou o cárcere na intensidade dos maiores sacrifícios. Disse ele que "o famoso sistema celular só atinge, estou disto convencido, um fim enganador, aparente. Suga a seiva vital do indivíduo, enfraquece-lhe a alma, amesquinha-o, e, no fim, apresenta-no-lo como modelo de correção, de arrependimento, uma múmia moralmente dissecada e semilouca".³⁸

O fracasso das penas institucionais e entre elas, por excelência, a prisão, não reside em sua natureza mesma — posto que devem ser mantidas para combater as expressões mais graves de criminalidade e a determinadas categorias de autor — porém na modalidade como são executadas e nos lugares em que são cumpridas (as chamadas *instituições completas e austeras*, por Michel Foucault)³⁹ e que tanto envilecem o conceito da Justiça, autorizando a sentença que lhe tem sido ditada: "A prisão, essa região mais sombria do aparelho da justiça, é o local onde o poder de punir, que não ousa mais se exercer com o rosto descoberto, organiza silenciosamente um campo de objetividade em que o castigo poderá funcionar em plena luz como terapêutica e a sentença se inscrever entre os discursos do saber. Compreende-se que a justiça tenha adotado tão facilmente uma prisão que não fora entretanto filha de seus pensamentos. Ela lhe era agradecida por isso".⁴⁰

Mas todos esses males não são exclusivos do processo massificador e alienante da prisionalização. Eles também se manifestam, sob proporções diversas, porém igualmente frustrantes, em outras modalidades de reação, quando se verifica que as penas e as medidas não institucionais mostram-se ineficazes para alcançar os objetivos primários de retribuição e prevenção ao crime.

A privação da liberdade, no entanto, é o *monocórdio* para interpretar a sinfonia entre o bem e o mal posto que se coloca como a defesa avançada da comunidade e funciona como o *centro de gravidade* de todos os pensamentos dedicados ao sistema de medidas antidelituais.

Pode-se chegar a esta simples conclusão verificando-se os diplomas penais em geral. Ao longo de 40 anos mantém o nosso Código a pena privativa de liberdade como *remédio para todos os males*. Cerca de 260 infrações (sem contar as formas qualificadas e de especial diminuição penal) recebem, todas elas, a cominação da perda da liberdade, com maior número para a detenção. Em muitos casos a multa é aplicável cumulativamente e, de maneira alternada, num número menor de vezes. A conversão da pena de prisão pela pecuniária é admitida em raras oportunidades (arts. 129, § 5.º; 155, § 2.º; 170, 171, § 1.º; 175, § 2.º, e 180, § 3.º, por exemplo).

³⁸ Ob. cit., p. 20.

³⁹ *Vigiar e punir*, trad. de LIGIA PONDÉ VASSALLO, Petrópolis, 1977, p. 207.

⁴⁰ *Idem*, p. 227.

Na Lei das Contravenções Penais existem 69 espécies de ilegitimidade. A *prisão simples* é cominada 50 vezes enquanto a multa é prevista autonomamente em 19 situações. Em 24 vezes ela é alternada e em 13 é cumulada com a prisão.

Na legislação especial o panorama não é menos desolador como se poderá ver pelo Código Eleitoral (Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965) quando para um repertório de ilícitos indicados pelos arts. 289 até 354 a privação da liberdade é ameaçada por 56 vezes (a reclusão é cominada para 23 situações e a detenção para 33). Em alguns casos a multa é aplicada alternadamente, mas na maioria é cumulada.

Também nas leis extravagantes se encontra o mesmo quadro, onde o legislador somente recita a prisão e a multa como únicas medidas capazes de reagir às infrações penais.⁴¹

B — A multa

A multa, como a segunda espécie de pena principal, está em regime de manifesta *insolvência* para poder cumprir o mínimo exigível de repressão ou intimidação. Quando o Governo, através do Decreto n.º 24.797, de 14 de julho de 1934, instituiu o *selo penitenciário* — "com o qual deverão ser pagas as multas de todas as infrações criminais, a taxa penitenciária e demais contribuições estatuídas no presente decreto..." — previu que o seu produto deveria ser aplicado no campo das reformas penais em todo o País.

A inflação e a incapacidade financeira da grande legião de condenados têm se constituído no descrédito da multa como instituição penal. Há muitos anos tal fato é reconhecido.⁴² A Lei n.º 6.416/77 pretendeu fazer com que a multa acompanhasse a inflação. E adotou um critério extremamente improvisado, ou seja, mandou multiplicar o atual padrão cruzeiro por dois mil em todos os valores monetários previstos nos códigos Penal e de Processo Penal e na Lei de Contravenções Penais (art. 4.º). Mas a atualização não foi promovida quanto à legislação extravagante.⁴³

É muito grave a contradição ocorrente entre a cominação da multa no Código Penal frente ao Código Eleitoral e à Lei n.º 6.368 de 21 de outubro de 1976. Enquanto no primeiro diploma os valores monetários são reajustados na proporção de 1:2.000, nos demais é cominada a pena de multa em dias. Porém, o maior descompasso entre o ordenamento positivo e a realidade consiste na "conservação", pelo art. 35 do Código Penal, da instituição do *selo peniten-*

⁴¹ Entre as leis extravagantes que também adotam a prisão como o instrumento central e quase exclusivo de punição, podem ser referidas: Lei n.º 4.117, de 27.8.1962; n.º 4.591, de 16.12.1964; n.º 4.330, de 1.7.1964; n.º 4.888, de 9.12.1965; n.º 4.728, de 14.7.1965; n.º 4.729, de 14.7.1965, etc.

⁴² A propósito, JOSÉ FREDERICO MARQUES quando em 1966 publicou o seu *Tratado* já lamentava a inocuidade da multa como sanção penal (*Tratado de Direito Penal*, São Paulo, v. 3.º, p. 142).

⁴³ Ver DAMÁSIO DE JESUS, *O novo sistema penal*, São Paulo, 1977, p. 71.

ciário que já foi revogado. Com efeito, o art. 14, IV, do Decreto-lei n.º 34, de 18 de novembro de 1966, revogou o Decreto n.º 1.726, de 1.º de novembro de 1939, o qual regulava o Decreto n.º 24.797.

A propósito da conversão da pena de multa em prisão, a doutrina entende que diante dos termos do inciso II do art. 689 do Código de Processo Penal (face à redação dada pela Lei n.º 6.416) estão revogados os arts. 38, *caput* primeira parte, e o parágrafo único do art. 39, posto que a conversão somente é possível em relação ao condenado que, solvente, frustra a cobrança. Não se converte a pena pecuniária em detentiva ao reincidente que deixa de promover o pagamento.⁴⁴

C — As penas acessórias

Em trabalho a que já nos referimos⁴⁵ foi sustentada a necessidade em se extinguir a categoria das penas acessórias. Conservada ao longo dos anos sob o carisma da prevenção, notadamente da prevenção especial, as chamadas *penas acessórias* perderam substância na medida em que a experiência tem demonstrado que a famosa *doutrina da intimidação* foi construída sem provas científicas.⁴⁶

A maior demonstração no sentido de que tais sanções não guardam as reais características da pena criminal, foram as tentativas de entronizá-las no repertório das medidas de segurança, assim como se verificou através do Código de 1969 com a Reforma da Lei número 6.016, de 31 de dezembro de 1973, fazendo com que a interdição para o exercício de profissão passasse do quadro das penas acessórias (CP de 1940, arts. 67, II, e 69, IV) para o setor das medidas de segurança (CP de 1969 alterado, arts. 91, § 1.º, III, e 95). O mesmo se poderia dizer quanto à cassação de licença para direção de veículos motorizados (CP de 1969, alterado, arts. 91, IV, e 96).

Abstraindo-se, por um momento, a natureza jurídica das penas acessórias que para muitos autores se confundem com as medidas de segurança e proteção,⁴⁷ é preciso salientar que se as interdições de direitos (CP, art. 67, II) podem admitir a individualização — como um procedimento judicial ligado à personalidade que é um dos caracteres da pena — já o mesmo não se poderá dizer quanto às hipóteses de perda da função pública e da publicação de sentença. A propósito, carecem tais medidas das flutuações de quantidade e qualidade. Na oportuna lição de *Vicente Cernicchiaro*, as sanções complementares não permitem a individualização porque ou decorrem pura e simplesmente da natureza do crime cometido ou resultam da simples fixação da pena principal (CP, arts. 68 e 69). “Além

⁴⁴ DAMÁSIO DE JESUS, ob. cit., p. 69; ADA PELLEGRINI GRINOVER e PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR, *A nova lei penal — A nova lei processual penal*, São Paulo, 1977, p. 134.

⁴⁵ *Bases e alternativas para o sistema de penas*, p. 362 e segs.

⁴⁶ JOSÉ M. RICO, *Sanções penais*, Rio de Janeiro, 1978, p. 7, 8.

⁴⁷ COSTA E SILVA, *Código Penal*, São Paulo, 1943, v. I, p. 341.

disso, devem ser declaradas na sentença (art. 70, I e II) ou são efeitos da condenação (art. 70, parág. único)”.⁴⁸ A publicação da sentença “sempre que o exija o *interesse público*” é a maior evidência de que esta “pena” não é individualizada. Afirme-se, por outro lado, que a perda de função pública, a incapacidade permanente para o exercício de certos direitos e a própria publicação da sentença condenatória são medidas de natureza perpétua. Se algumas interdições podem ser canceladas pela reabilitação, é certo que tal providência não poderá ser deferida em favor dos presumidamente perigosos (CP, art. 78, I, II, III e IV), salvo quando se fizer prova cabal em contrário. Trata-se, aí, de “perpetuidade” temporária, reversível. O mesmo, porém, não ocorre com os autores referidos na letra b do § 2.º do art. 119 do Código Penal (condenados como incapazes para o exercício do pátrio poder, tutela, curatela ou autoridade marital, na forma do mesmo preceito). Esses sofrem uma sanção eterna, uma *pena* infamante por excelência. Sobre a inconstitucionalidade do referido texto, merecem leitura os ensinamentos de *Basileu Garcia*⁴⁹ e *Jair Leonardo Lopes*.⁵⁰

O desaparecimento das *penas acessórias*, como categoria jurídica, é consequência natural de sua incapacidade em se manterem com a dignidade de verdadeiras penas criminais. A definição das chamadas *penas acessórias* tem sido um exercício de tautologia⁵¹ e sobre o futuro do instituto, o Mestre *Aníbal Bruno* admitiu que o destino de tais reações “é o de atenuar-se em medida de segurança ou mesmo desaparecer da legislação penal”.⁵²

D — As medidas de segurança

Os notórios inconvenientes determinados pelo sistema do duplo binário que desde os primeiros tempos de sua introdução no *Codice Rocco* (1930) já suscitava abertas e contundentes críticas, revelam a contradição com o finalismo da pena, especialmente sob o cariz

⁴⁸ LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, “Penas acessórias”, trabalho divulgado em *Ciência Penal*, n.º 2, de 1979, p. 49; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte geral, Milão, 1975, p. 582.

⁴⁹ *Instituições de Direito Penal*, São Paulo, 4.ª ed., s/d, v. I, t. I, p. 684.

⁵⁰ *Da Reabilitação no Direito Penal*, Belo Horizonte, 1956, p. 78; OSWALDO HERBSTER DE GUSMÃO, *Das penas acessórias e sua imposição*, Belo Horizonte, 1952, p. 153.

⁵¹ A falta de um conteúdo de natureza tipicamente penal para definir as chamadas *penas acessórias*, a doutrina procura “definí-las” dizendo que elas “figuram ao lado das principais”. (...) “Além das penas principais, que têm finalidade fundamental, prevê o Código as *acessorias*, que, como o próprio nome está dizendo, derivam daquelas” (ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, parte geral, Rio de Janeiro, 1967, t. 3.º, p. 77; MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, São Paulo, 1978, v. 1, p. 255). O mesmo vício de “definir” através do objeto definido se verifica na doutrina estrangeira: “Penas *acesorias* son las que, automaticamente, por ministerio de la ley acompañan siempre a otras principales” (RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, parte geral, Madrid, 1971, p. 740).

⁵² *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, 1969, v. II, p. 216 e 217.

da prevenção especial. O Código Penal de 1969 eliminou o *doppio binario* acolhendo o sistema vicariante (art. 93). Tal orientação vem ao encontro da tese segundo a qual as *medidas de segurança*, por se distinguirem conceitualmente da *pena* e por revelarem natureza e objetivos diversos — não obstante o caráter aflictivo na execução das medidas de segurança detentivas — não podem ser dirigidas contra os imputáveis. Os tipos de autores classificados como ébrios habituais ou toxicômanos configuram uma exceção à regra, justamente porque em relação a eles não é possível deixar de aplicar uma reação penal que tenha natureza de proteção e tratamento curativo.

A classificação das medidas de segurança adotada pelo Código Penal de 1940 jamais foi comprovadamente apropriada. Divididas em patrimoniais e pessoais, e estas subdivididas em detentivas e não detentivas (CP, art. 88), não revelaram, ao longo de quarenta anos de vigor do Código, bons resultados práticos não obstante a minuciosa especificação legal. Quer pela confusão entre algumas de suas modalidades com as condições para o *sursis* e o livramento condicional — a exemplo da liberdade vigiada e da proibição de frequentar determinados lugares (CP, arts. 88, § 2.º, I e II) — quer pela inexistência, em todo o território nacional, de estabelecimentos como a casa de custódia e tratamento⁵³ e o instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional. Ao primeiro seriam destinados os semi-imputáveis e os imputáveis ébrios habituais ou toxicômanos que reunissem as condições previstas no art. 92. Ao segundo, se remeteriam os imputáveis condenados por crime doloso. Se reincidentes, os condenados a reclusão por mais de cinco anos e os condenados à pena privativa de liberdade se o delito se relacionasse com a ociosidade, a vadiagem e a prostituição (art. 93).

A interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou associação e o confisco, relacionados como medidas de segurança patrimoniais (CP, arts. 88, 99 e 100) na verdade se confundem com as penas propriamente ditas ou com os efeitos penais da condenação. Quanto ao confisco, ele é tratado na categoria das penas acessórias no regime dos códigos penais da URSS e da Polônia (arts. 35 e 38, n.º 5; 46 e 47) e em sistemas do ocidente como o espanhol (CP, art. 48). Relativamente à interdição de estabelecimento, sociedade ou associação, existem tendências atuais e muito vivas em reconhecer nesta providência uma autêntica pena a ser dirigida contra a pessoa jurídica. Assim se pronunciou o XII Congresso Internacional

⁵³ Segundo o Relatório do Grupo de Trabalho do Ministério da Justiça (constituído pela Portaria n.º 689, de 11.7.1979), diversos Estados brasileiros não têm manicômio judiciário. Quanto à casa de custódia e tratamento, no Brasil só existe uma (São Paulo) com capacidade para 180 pessoas. E, relativamente ao instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, somente em três unidades federativas eles existem (São Paulo, Minas Gerais e Paraíba) (cf. *Criminalidade e violência*, Ed. do Ministério da Justiça, 1980, p. 152).

de Direito Penal realizado em Hamburgo (1979) admitindo a necessidade de se responsabilizar penalmente as pessoas coletivas, impondo-lhes sanções como a proibição temporária de produção, o encerramento das atividades, etc., como reações às ofensas ao meio ambiente.⁵⁴

Título II

OS CAMINHOS DA REFORMA

4. *O Anteprojeto Hungria* — Divulgado em 1963 para receber sugestões, o Anteprojeto elaborado por *Nelson Hungria* proporcionou amplos debates pela comunidade jurídico-penal da Nação.

Relativamente à cominação das penas, o documento manteve a dicotomia em principais e acessórias (art. 34), e proclamou que a execução deveria cumprir a missão finalística, definida como a “ação educativa no sentido de sua gradativa recuperação social” (art. 35).

Reconhecendo a necessidade de se individualizar a execução e alcançar formas intermediárias entre o cárcere e a liberdade, o Anteprojeto previu o cumprimento das penas de reclusão ou detenção em estabelecimento penal aberto sob o regime de semiliberdade e confiança quando o condenado fosse primário e de nenhuma ou escassa periculosidade e a duração da pena não excedesse cinco anos (art. 37). A internação em estabelecimento penal aberto também poderia ser etapa do regime progressivo de modo a preceder o livramento condicional (art. 37, § 1.º).

A multa trazia profunda alteração em confronto com o Código de 1940. O sistema do *dias-multa*, que encontra antecedente em nosso Código imperial (art. 55)⁵⁵ e nos diplomas portugueses de 1852 (art. 41) e de 1884 (art. 67), foi acolhido no Anteprojeto (art. 42).

As penas acessórias tinham a mesma natureza das previstas pelo Código de 1940 embora a classificação fosse melhor distribuída. Foi declarado que elas consistiam em: I — perda da função pública, ainda que eletiva; II — inabilitação para o exercício de função pública; III — inabilitação para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela; IV — suspensão dos direitos políticos; e V — publicação da sentença (art. 78).

As medidas de segurança pessoais eram as já previstas no regime do Código Penal de 1940 com variantes relativas ao tratamento do semi-imputável (a ser internado em estabelecimento psiquiátrico anexo ao manicômio judiciário ou ao estabelecimento penal ou em seção especial de um ou de outro). Acrescentou-se à categoria das

⁵⁴ As recomendações do XII Congresso da AIDP estão divulgadas em *Doctrina Penal*, ns. 5 a 8, de 1979, Buenos Aires, p. 1.069 e segs.

⁵⁵ Equivocadamente, a *Exposição de motivos* do Código Penal de 1969 atribuiu a paternidade da multa em dias às leis escandinavas (n.º 21). A propósito, ver LUIZ REGIS PRADO, *Pena de multa*, São Paulo, 1980, p. 57 e segs.

medidas não detentivas a interdição do exercício de profissão e a cassação de licença para direção de veículos motorizados (art. 87).

A eliminação do sistema do *duplo binário* foi uma das maiores inovações no Anteprojeto Hungria (art. 89). Assim e pelo sistema *vicariante*, o sujeito não poderia ser destinatário de duas reações penais, aplicadas sucessivamente. A substituição da pena privativa de liberdade pela internação em estabelecimento médico, objetivando o tratamento curativo se colocava, assim, no alto de uma grande luta doutrinária com acento na consciência dos juizes e dos demais profissionais do Direito.

As medidas de segurança patrimoniais mantinham-se as mesmas em relação ao Código de 1940: interdição de estabelecimento ou sede de sociedade ou associação e o confisco (art. 87).

5. *O Código Penal de 1969* — Editado em regime de ačodamento após sofrer as mais variadas dificuldades ao tempo de revisão do Anteprojeto,⁵⁶ o Código Penal de 1969 (DL n.º 1.004, de 21.10) manteve as *penas principais* (reclusão, detenção e multa — art. 36) e também as *penas acessórias* na forma preconizada pelo Anteprojeto (arts. 83 e 78, respectivamente). O mesmo sucedeu quanto às medidas de segurança (arts. 92 e 87, respectivamente).

A detenção substitutiva da reclusão, a descrição dos tipos de estabelecimentos penais e o estabelecimento penal aberto (arts. 38, 39 e 40) foram alguns importantes destaques do novo diploma.

A multa foi prevista em dias. Consistiria no pagamento, ao Tesouro Nacional, de uma soma em dinheiro fixada em dias-multa. O montante mínimo era de um dia-multa e o máximo de trezentos. O valor do dia-multa não poderia ser inferior ao trigésimo do salário mínimo e nem superior a um terço dele (art. 44 e parág. único).

Muito significativo foi a introdução da *multa substitutiva* (artigo 46). A pena de detenção não superior a seis meses poderia ser substituída pela multa no caso de réu primário, de escassa ou nenhuma periculosidade e que tivesse ressarcido o dano antes da sentença condenatória. A providência seria adotada se bastasse para servir de advertência ao condenado. Na conversão, a cada dia de detenção corresponderia um dia-multa.

Reparando uma iniquidade do sistema, o art. 50 admitia a conversão da multa em prisão somente na hipótese de o condenado solmente frustrar o pagamento. Não mais se permitiria impor a detenção ao reincidente insolvente.

6. *A Lei n.º 6.016/73* — Surgindo para reformar alguns setores tanto da parte geral como da especial,⁵⁷ a Lei n.º 6.016, de 31 de

⁵⁶ A este respeito, ler o depoimento de HELENO CLAUDIO FRAGOSO, "Subsídios para a história do novo Código Penal", em *Revista de Direito Penal* n.º 3, São Paulo, 1971, p. 7 e segs.

⁵⁷ Cf. o Projeto de Lei n.º 1.457, de 1973, em *Código Penal — Histórico da Lei n.º 6.016*, de 1973, Ed. do Senado Federal, Brasília, 1974.

dezembro de 1973, não alterou o panorama da cominação das penas e das medidas de segurança. Mas introduziu importantes modificações: 1.ª — institucionalizou a experiência da prisão-albergue com a menção dos pressupostos de concessão, a natureza do regime e a hipótese de revogação (art. 40); 2.ª — elevou o máximo da multa para 360 dias a fim de ajustar a cominação à norma do art. 50 e § 1.º que previa a conversão da pena pecuniária em detentiva até o limite de um ano; 3.ª — os estabelecimentos penais foram expressamente classificados em *fechado* e *aberto*, sendo o primeiro de segurança máxima e o segundo de segurança mínima. Aquele, destinado aos condenados por tempo igual ou superior a seis anos de reclusão ou oito anos de detenção bem como os condenados por tempo inferior a tais limites desde que reveladores de escassa periculosidade; este era reservado aos condenados por tempo inferior a seis anos de reclusão ou oito anos de detenção que fossem de "escassa ou nenhuma periculosidade".⁵⁸ O estabelecimento penal aberto pretendia consagrar o regime de semiliberdade e constituía, também, fase da progressividade na execução, podendo receber o internamento do condenado cuja periculosidade tivesse cessado ou diminuído (art. 38, §§ 3.º e 4.º). A fuga determinaria a reversão para o estabelecimento fechado (art. 38, § 5.º).

Os poderes discricionários do juiz quanto à escolha da medida penal adequada ao caso concreto e ao seu autor continuavam limitadas às reações convencionais: prisão ou multa.⁵⁹

7. *A Lei n.º 6.416/77* — A reforma introduzida através da Lei número 6.416 de 24 de maio de 1977 não alterou o quadro de cominação das penas e medidas de segurança.

No entanto, o movimento reformador se projetaria, vigorosamente, nos territórios da execução. A instituição dos regimes (fechado, semi-aberto e aberto) para flexionar o cumprimento das penas privativas de liberdade; a periculosidade como um dado para o ingresso, transferência ou retorno nos regimes; a consagração formal da prisão-albergue, das permissões de saída e das saídas temporárias;⁶⁰ a indicação legal do processo de observação e classificação

⁵⁸ Muito apropriadamente, EVERARDO CUNHA LUNA indaga: "Que significa *escassa periculosidade*? E como pode ser espécie de um gênero, algo que, do gênero nada tem em comum, como é o caso da chamada periculosidade nenhuma?" em sua tese apresentada ao V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins (São Paulo, 1975), publicada em *Ciência Penal* n.º 2, de 1975, p. 36.

⁵⁹ Sobre a relação das penas de prisão no Código Penal de 1969 com as alterações introduzidas pela Lei n.º 6.016/73, ver HELENO FRAGOSO e LIDIA SEQUEIRA, "A cominação das penas no novo Código Penal", em *Revista de Direito Penal*, n.ºs 17/18 de 1975, p. 23 e segs.

⁶⁰ Lamentavelmente, porém, tais matérias passariam a ser objeto de regulação através das leis locais ou provimentos dos Conselhos da Magistratura (CP, art. 30, § 6.º) gerando grandes transtornos e profundas disparidades de tratamento dos condenados segundo a comarca e a unidade federativa da condenação.

do condenado; o trabalho externo da mulher; a disciplina e a remuneração do trabalho com específica indicação de seus frutos, além de outras alterações, demonstram que um grande passo foi dado. Não com o propósito simplista e anárquico do *esvaziamento das cadeias* assim como se fosse possível uma *declaração de guerra civil* à instituição da pena privativa de liberdade, segundo a imagem e o grito de adoráveis anarquistas.⁶¹

Quanto à estrutura e a classificação das medidas de segurança, a nova lei em nada modificou. Porém, dispôs que a presunção de periculosidade não prevaleceria se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e o crime posterior, houvesse decorrido um período de tempo superior a dez ou a cinco anos conforme os casos (art. 78, § 1.º).

Título III

O ANTEPROJETO DE 1981

8. *As linhas fundamentais* — O Anteprojeto de revisão da parte geral do Código Penal Brasileiro adotou algumas idéias básicas em torno das quais se desenvolveria todo o esquema proposto das reações criminais. Pode-se concluir que as *linhas fundantes* da reforma no campo das penas e medidas de segurança foram as seguintes:

A — O repúdio à pena de morte

A *una voce*, todos os integrantes da Comissão Elaboradora⁶² entenderam que a pena de morte é inadmissível num Estado social e democrático de Direito cujo sistema de reações penais deve ser elaborado em remissão constante à sociedade civil.

O repúdio à figura do *crime legal* se deve fazer com a mesma ênfase manifestada pelos gritos de desespero de uma parcela da comunidade, sensivelmente abalada com os alarmantes índices da criminalidade patrimonial violenta.

Apesar de tendências atualíssimas em restaurar o prestígio da pena capital, valendo como exemplos a Lei argentina n.º 21.338, de 1976, que comina a morte para o homicídio por motivos políticos, e as discussões travadas no VI Congresso da ONU sobre prevenção do delito e tratamento do delinquente (Caracas, 25.8 a 5.9.1980) — quando os representantes do bloco comunista e especialmente os países árabes se colocaram francamente favoráveis à sanção extre-

⁶¹ Assim como GRAMATICA: "Abolite le prigionieri come fu demolita la Bastiglia" (*Principi di difesa sociale*, Pádua, 1961, p. 259).

⁶² Francisco de Assis Toledo, Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Junior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti. A Comissão foi instituída pela Portaria n.º 1.043, de 27 de novembro de 1980.

ma — o pensamento jurídico penal brasileiro não se filiou à corrente radical.

O assunto foi, aliás, amplamente discutido no colóquio internacional comemorativo da abolição da pena de morte em Portugal (1967), colhendo-se vasto material sobre os mais diversos ângulos do problema. A posição uniforme dos mais prestigiados penalistas foi contrária à medida.⁶³

B — A manutenção da prisão

A pena privativa de liberdade nas formas de *reclusão*, para os ilícitos graves, e *detenção*, para os ilícitos menos graves, se mantém como a *coluna vertebral* do sistema.

A necessidade da prisão a fim de responder a determinadas expressões de ofensa e a certos tipos de autores dispensa maiores considerações, posto ser a privação da liberdade uma reação dotada dos caracteres fundamentais à sanção e capaz de retribuir juridicamente o mal do delito e também prevenir (atenuando) a sua incidência.

A dicotomia *reclusão* e *detenção* assenta numa base ontológica. As diferenças entre tais espécies de sanção residem na natureza do crime, nos meios e no modo de execução, nos motivos, nas consequências, enfim, nas situações de fato e estados de espírito que reclamam tratamento diversificado não só em atenção ao *dogma do fato* como também ao *dogma do autor*, considerados no momento da cominação.

A conservação do dualismo (*reclusão* e *detenção*) não se fez, porém, com a tônica pragmática da Reforma de 1969 quando a *exposição de motivos* daquele Código Penal aludia, simplisticamente, que "as múltiplas consequências dessa distinção, inclusive em matéria processual desaconselhavam a unificação das penas privativas de liberdade" (n.º 19).

O Anteprojeto de 1981 manteve a distinção porque ela é, afinal, um produto da *natureza das coisas*. E a execução através dos regimes (fechado, semi-aberto e aberto) na expressão mais dinâmica do sistema penal e penitenciário, traduz um critério prático e oportuno em obediência aos princípios de individualização e classificação da pena e ao caráter progressivo da execução.

Sob o regime do Código Penal vigente, a execução das penas privativas é massificadora não tendo o magistrado oportunidades para, desde o início da execução ou no curso dela, dispor a esse respeito.

⁶³ As comunicações, os relatórios das sessões e as conclusões estão divulgados na coletânea em três volumes *Pena de morte*, edição da Faculdade de Direito de Coimbra, 1967.

Na busca de uma individualização concreta e que não se limite aos parâmetros mínimo e máximo da prisão e da multa, o Anteprojeto estabelece que na aplicação da pena o juiz não somente elege entre as cominadas e impõe a quantidade mas, também, determinará "o regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade" (art. 59, III). Contudo, estabelecido o regime inicial, nem por isso a execução perderá o seu caráter tipicamente dinâmico. As hipóteses legais de passagem para regime mais rigoroso ou mais brando são etapas do vencimento da sanção que mostram o progresso da atuação jurisdicional em zona *juridicamente neutra* como é tradicionalmente reconhecido o campo da execução. O Anteprojeto da Lei de Execução Penal contém apropriadas normas para regular o desenvolvimento dos regimes com a passagem e o retorno de um para outro mediante determinação judicial (arts. 32 e segs.).

Como é possível verificar, em todos os momentos do dinamismo penal (na cominação, na aplicação e na execução) o juiz tem condições para dar a cada delinqüente a pena que merece. Na prática, portanto, existiriam profundas e sensíveis diferenças entre reclusão e detenção.

O limite máximo de trinta anos para a perda da liberdade foi mantido, embora projetos e leis atuais em muitos países estejam operando reduções.⁶⁴

A flexibilidade da pena de prisão, em todo o itinerário da execução, constitui uma providencial *alternativa*. Como já tivemos ensejo de expor, "*alternar* não é somente a *escolha*, como também um *processo racional* de escolha (...). Assim sendo, é possível falar-se em alternativas *para* a pena de prisão (ou *da* pena de prisão) bem como de alternativas *na* pena de prisão. Na primeira hipótese, substitui-se a perda da liberdade por outra espécie de sanção; na segunda, escolhem-se novos meios e métodos para aplicação e a execução da pena de prisão".⁶⁵

C — As novas penas patrimoniais

Cominando duas espécies de sanção patrimonial — uma imposta no interesse social e a outra no interesse da vítima, arts. 49 e 53 — o Anteprojeto as concebeu como multa-penitenciária e multa-reparatória.

As designações abrem a oportunidade para extensos debates mas tiveram a justificá-las os objetivos assinalados a cada uma das san-

⁶⁴ O Projeto Eduardo Correia (1963), reduziu para dez anos; a Proposta de Lei n.º 221/I, de Portugal (1977), cominou vinte anos; o Código Penal da Polónia (1969), previu quinze anos; a mesma quantidade foi cominada pelo diploma da República Federal da Alemanha (1969) e em vinte anos fixou o projeto espanhol de 1980.

⁶⁵ René Ariel Dotti, ob. cit., p. 407, 408.

ções. Com efeito, *penitenciária* se diz a multa porque o valor de sua cobrança deve reverter para o *fundo penitenciário*, como instituição de grande alcance no quadro das infra-estruturas humanas e materiais imprescindíveis a um procedimento executivo cientificamente idôneo e humanamente exigível. Trata-se, assim, de restaurar a dignidade inicialmente prometida para o selo penitenciário. E *reparatório* se afirma a multa posto que, no espírito da Reforma, a vítima não pode permanecer como objeto estático sobre o qual se analisam as causas e condições para a classificação típica e a medição concreta da pena. As tendências de criminalização, neocriminalização e descriminalização levam necessariamente em exame o papel desempenhado pela vítima em todos os ilícitos em que ela é abstrata ou concretamente percebida. Aludindo ao fenômeno que chama de *vitimidade* em correlação com o oposto, ou seja, a *criminalidade*, Costa Andrade refere que a primeira impressão que fica de um contato sumário com a literatura e as propostas legislativas sobre a matéria é a de "um certo retorno aos períodos em que as idéias de *reparação* e *punição* tinham uma raiz comum (Schafer) a ponto de se consumirem reciprocamente. Durante muito tempo não era, com efeito, fácil distinguir uma e outra das idéias, uma vez que a reparação financeira funciona como *one of the fertilizers of state criminal law* (Schafer). Foi, assim, até o momento em que se consumou o monopólio do Estado sobre o direito de *punir* e se abandonou a vítima às contingências, insuficiência e ônus do processo civil".⁶⁶

No pensamento da Comissão Elaboradora do Anteprojeto, a reparação do dano é também matéria de ordem pública como se verifica pela redação do art. 91. Tratando dos *efeitos da condenação* o mencionado texto reza que um deles é "tornar certa a obrigação de reparar integralmente o dano causado pelo crime" pois a reparação parcial já se opera nos campos da aplicação e da execução da multa reparatória.

Na expressiva linguagem de *Del Vecchio*, "o dano criminal, que fere o indivíduo e a sociedade, demanda, pela duplicidade de resultados, um duplo ressarcimento. Observa que, para esta finalidade, são inúteis as penas de multa estimadas de modo inteiramente arbitrário, sem correlação com o prejuízo, representando, principalmente, um capricho do julgador. Do mesmo modo, são inúteis os atuais dispositivos atinentes à reparação do dano, considerada como consequência do crime, pela inaplicabilidade objetiva dos mesmos".⁶⁷

No pressuposto de que a reparação do dano é uma verdadeira questão criminal — movimentada nos quadros da retribuição e da

⁶⁶ *A vítima e o problema criminal*, Coimbra, 1980, p. 244.

⁶⁷ Cit. por RICARDO ANTUNES ANDREUCCI, "A propósito do conceito de pena e de ressarcimento do dano em *Del Vecchio*", trabalho editado em *Ciência Penal*, n.º 1, de 1976, p. 53.

prevenção de forma intensa e expressiva — entende-se que o sistema não pode conferir à vítima uma simples e mera *certidão* do trânsito em julgado da condenação e remetê-la aos problemas e aos mistérios da execução civil. Este assunto volta à pauta de discussão, renovando a polêmica entre clássicos e positivistas, quando estes tiveram à frente a pregação de *Garofalo*.⁶⁸

Nos últimos tempos e muito enfaticamente se tem admitido o caráter publicístico da indenização à vítima como nos indica *Günter Kaiser*⁶⁹ e em tal sentido se orientou uma das resoluções do XI Congresso Internacional de Direito Penal, em Budapeste (1974) através da seção tratando do tema *indenização às vítimas da infração criminal*. A reparação do dano — admitiram os juristas ali presentes — é um meio para restabelecer o equilíbrio jurídico e social perturbado pela infração e também como expressão moderna da Política Criminal.

Sob um outro ângulo, em muitos países já existem textos legislativos de amparo às vítimas do delito.⁷⁰

A indenização à vítima pela via penal implica num *renascimento do instituto*, como refere muito adequadamente *Costa Andrade* e se situa “na confluência de duas linhas de força, uma de sentido *penal* outra de *raiz vitimológica*. Responde simultaneamente a um novo entendimento da punição do delinqüente e às reivindicações que a vítima logrou fazer ouvir nas instâncias penais”.⁷¹

Segundo o mesmo escritor, a reparação do dano adquire modalidade penal através das seguintes hipóteses: 1.^a — com a *diversão*, isto é, como a reação informal a determinadas formas da criminalidade; 2.^a — com a *probation*, na medida em que a indenização é uma das suas condições. A propósito, o *Minnesota Restitution Center* (criado em 1972) constitui um sistema próprio de sancionamento fundado na reparação como fenômeno punitivo. O MRC é uma instituição que mantém e orienta um programa comunitário de liberdade condicional garantindo aos egressos emprego compatível e assistência social.⁷²

Finalmente, pode-se aludir às experiências nos EUA com a *restitution* (principalmente a partir de 1973) e que tem recebido franco apoio. Vários estados têm legislado especificamente para formalizar esse tipo de reação penal que obteve prestígio na *National*

⁶⁸ A proposta de substituição das penas curtas de prisão pelo pagamento coercitivo de uma indenização ao ofendido foi levada por GAROFALO aos congressos penitenciários de Roma (1885), da União Internacional de Direito Penal em Bruxelas (1889) e de São Petersburgo (1890). Ver *A reparação às vítimas do delito*, Lisboa, 1899, p. 138 e segs.

⁶⁹ *Criminologia*, Madri, 1978, p. 92, 93.

⁷⁰ Por exemplo: *Austria* (Lei n.º 288/72); *Alemanha Ocidental*, *Inglaterra*, *Holanda*, *EUA*, etc. Sobre estas indicações, ver E. AMODIO e outros, *Vittime del delitto e solidarietà sociale*, Varese, 1975.

⁷¹ Ob. cit., p. 246.

⁷² Manuel da Costa Andrade, ob. cit., p. 248, 249.

Advisory Commission on Criminal Justice Standards. E até mesmo a alternativa da chamada reparação simbólica⁷³ tem contribuído para se reconhecer que essa nova perspectiva da *compositio* atende com maior eficácia uma parte — nobre e sensível — do drama criminal, atenuando as consequências da lesão e repercutindo favoravelmente nas instâncias da repressão e da prevenção.

Não obstante essas idéias, a Comissão Revisora do Anteprojeto⁷⁴ entendeu de suprimir a multa-reparatória. As razões de tal decisão não vieram a público. Em consequência, a única sanção patrimonial — a prevalecer a diretriz da Comissão Revisora — será a pena de multa, consistente no pagamento, ao fundo penitenciário, da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de dez e, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa (art. 49).

D — A extinção das penas acessórias

Considerando, entre outras, as razões já mencionadas nesta exposição,⁷⁵ a categoria das penas acessórias foi extinta. A perda de função pública, de cargo ou de mandato eletivo passa a ser um dos efeitos da condenação na hipótese referida pelo art. 92, I, do Anteprojeto, o mesmo sucedendo com algumas espécies de interdição ou inabilitação (art. 92, II e III). A grande diferença, porém, é negar-lhes o caráter de perpetuidade na medida em que se admite a reabilitação, embora vedada a reintegração ao *statu quo ante* (art. 93 e parág. único).

A publicação de sentença condenatória não tem mais razão de permanecer num sistema penal fundado na dignidade do Homem e nos valores da comunidade. O seu caráter infamante não desaparece nem mesmo com a providência de somente admitir tal sanção com o trânsito em julgado da sentença, conforme dispôs o art. 89 do Código Penal de 1969 modificado pela Lei n.º 6.016/73.

Quanto a algumas interdições de direitos já são elas consideradas como autênticas penas e assim se poderá ver no Código Penal Tipo para a América Latina, ao cominar as espécies de inabilitação absoluta ou especial tanto no rol das penas acessórias como das principais (art. 42). Assim também se verifica no Projeto Espanhol de 1980 (art. 44) ao relacionar como *privativas de direitos* a inabilitação absoluta; a inabilitação especial para cargo público, direito de sufrágio ativo e passivo, profissão ou ofício; a suspensão de cargos públicos; a suspensão do direito de sufrágio ativo e passivo, profissão ou ofício e a privação do direito a conduzir veículos de motor. Tais

⁷³ A experiência, procedida pelo magistrado alemão Holzschuck, é analisada por José M. Rico, *Sanções Penais*, Rio de Janeiro, 1978, p. 131, 132.

⁷⁴ Integrada por Francisco de Assis Toledo, Dinio Sanctis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Junior, cf. a Portaria n.º 0371 do Ministro da Justiça, em DOU de 25.6.1981, p. 11.880.

⁷⁵ Tit. I, item 3, letra C.

penas são principais ao lado das *privativas de liberdade* e da *multa* (art. 37). Como *acessórias*, estão a interdição civil e a perda ou o confisco dos instrumentos e efeitos do crime ou de contravenção (art. 59).

Entre nós, um Anteprojeto para o sistema de penas, como emenda ao Código de 1969 e apresentado em 1972 ao Ministro *Alfredo Buzaid*, já previa as interdições de direitos como sanções principais ao lado da prisão e da multa (arts. 36, II; 46 e 47).⁷⁶

Ao suprimir a *pena acessória*, o Anteprojeto de 1981 refletiu, portanto, as tendências mais adequadas ao aprimoramento da ciência penal, conforme já nos manifestamos com insistência.⁷⁷

Emprestando às formas clássicas de interdição de direitos uma atualizada conformação científica, o Anteprojeto as desenvolve como *penas restritivas de direitos* (art. 32, II) e distribuídas em: a) prestação de serviços à comunidade; b) interdição temporária de direitos; e c) aprendizado compulsório (art. 43). Esta última modalidade foi substituída pela Comissão Revisora pela sanção denominada *limitação de fim de semana*.

E — A revisão das medidas de segurança

A supressão do *duplo binário* e a adoção do sistema vicariante implicavam na orientação do princípio de que as medidas de segurança não mais poderiam ser dirigidas contra os autores imputáveis, salvo as exceções dos ébrios habituais ou toxicômanos.

A internação em manicômio judiciário e a internação em estabelecimento psiquiátrico, anexo ao manicômio judiciário ou a estabelecimento penal ou em seções especiais de um ou outro, são as únicas modalidades de medida de segurança (art. 96). A presunção normativa de periculosidade foi abolida. A duração mínima do internamento (fixada entre um e três anos) não depende da natureza do delito praticado (art. 97, § 1.º) e maiores cuidados no exame do estado pessoal do interno (repetido anualmente ou a qualquer tempo por ordem do juiz de execução) constituem providências de grande alcance científico, principalmente porque as medidas de segurança têm caráter aflictivo e, segundo autorizada doutrina, caminha o Direito Penal da atualidade para exigir em relação às medidas de segurança as mesmas garantias que o princípio da legalidade estabelece para a pena.⁷⁸

A internação em casa de custódia e tratamento ou em colônia agrícola, instituto de trabalho, de reeducação ou ensino profissional

⁷⁶ A sugestão é analisada por Manoel Pedro Pimentel, um dos autores do Anteprojeto, em *Estudos e pareceres de Direito Penal*, São Paulo, 1973, p. 25. Os demais redatores do documento foram Azevedo Franceschini, Prestes Barra, Papaterra Limongi Neto e Antonio Penteado de Moraes.

⁷⁷ RENÉ ARIEL DOTTI, ob. cit., p. 362 e segs.

⁷⁸ HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, 1977, v. I, t. I.

perde a sua razão de ser em face da nova orientação adotada pelo Anteprojeto.

As medidas pessoais não detentivas (liberdade vigiada, proibição de frequentar determinados lugares e o exílio local) também não mais se justificam sob o quadro de medidas de segurança e proteção. A verdadeira natureza das duas primeiras providências, mais se aproxima do caráter de *condição* para o *sursis* ou o livramento antecipado ou de verdadeira pena não institucional. O exílio é uma sanção que revive as heranças das punições infamantes, a exemplo do *banimento* e, por isso, não merece figurar no repertório de um Código Penal moderno e fruto de um regime político verdadeiramente democrático.

A interdição de estabelecimento de sede de sociedade ou de associação deve constituir medida de caráter *processual* posto que o nosso sistema penal não admite a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

E o confisco deve ser tratado como um efeito da condenação ou, não sendo identificado o autor do delito, como providência de conteúdo administrativo, determinado pelo juiz criminal. Em textos modernos, a apreensão e a perda de coisas relacionadas com o delito são reguladas em setores completamente diversos daquele reservado às medidas de segurança.⁷⁹

9. *As alternativas* — Todo o sistema das penas e das medidas de segurança, segundo o Anteprojeto de 1981, procura abrir *novos horizontes* no panorama das reações criminais. Não se mantém a prisão como objeto mirífico, um instrumento mágico ou um turíbulo a incensar as boas virtudes em busca da salvação das almas. Ela é uma instituição tragicamente real e humana e que, por isso mesmo, não deve ser marginalizada nos momentos da aplicação e da execução.

A multa adquire dignidade na medida em que se procura proporcioná-la à gravidade do delito e à condição econômica de seu autor. E contra a arguição pessimista de que ela é inócua posto ser o delito um dos filhos prediletos da miséria, responde-se que uma revisão no quadro das ilicitudes irá também alcançar a criminalidade do *white collar* e outras categorias de infratores para os quais a sanção pecuniária terá eficácia. E a reversão de sua cobrança ao *fundo penitenciário* irá conferir o sentido social que deve ser imanente a todas as penas.

A prestação de trabalho em favor da comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres ou em programas comunitários (art. 46).

⁷⁹ Assim, por exemplo, na Proposta de Lei n.º 221/I de reforma de Portugal (1977), art. 110.º e segs.

Modernos projetos de lei estão aplaudindo essa medida não institucional⁸⁰ que guarda caráter essencialmente preventivo apesar de não se despir de sua qualidade aflitiva, posto restringir a liberdade do condenado em favor de notórios objetivos sociais.

As penas de *interdição temporária de direitos* (art. 47 do Anteprojeto) constituem reações criminais que podem ser amplamente utilizadas no combate a certos tipos de infrações e de autores. A diversificação de tais sanções (proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública bem como de mandato eletivo; proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do Poder Público; e, finalmente, a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo)⁸¹ procura atender as exigências da personalidade e da proporcionalidade tendo em vista as condições do sujeito e do fato. Afinal, não seria possível "combater" uma vasta gama de ilícitos, somente com duas frentes principais de reação consistentes na prisão e na multa. Como ilustração, deve-se referir que o *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches* (AR-1969) introduziu a proibição de dirigir entre as penas principais e não mais como sanção acessória como fazia o projeto de 1962.

Finalmente, a *limitação de fins de semana* (art. 48 revisto) consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa do albergado, ou outro estabelecimento adequado. Durante a permanência, deverão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

10. *Projeções de uma experiência* — A divulgação dos textos do projeto geral de reforma do sistema criminal brasileiro completa mais uma etapa do longo processo de revisão e de crítica de um grande e fundamental sistema. Como todos os projetos e demais invenções do Homem, a proposta que ora se debate amplamente em nosso País é também a projeção de uma experiência. Experiência da qual e para a qual devem participar todos os estudiosos e profissionais do Direito.

Independentemente dos resultados dessa imensa e nobre discussão e dos projetos legislativos, é muito importante destacar a liberdade cultural em que todos nos devemos movimentar para que, ao lado da liberdade política e do prestigiamento das instituições, possamos construir um Direito Penal liberto de tantas superstições

⁸⁰ Ver, a respeito da Proposta de Lei n.º 221/I de reforma do Código Penal português e a justificação da medida de prestação de serviços gratuitos à comunidade (arts. 40.º, 2, e 61.º) na *Exposição de motivos*, n.º 12. As experiências na Polónia (CP de 1969), na Hungria ou na Roménia (1973), na Inglaterra (a partir de 1972) e a viva Recordação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa aprovam a iniciativa que nada tem de infamante.

⁸¹ A redação já é a apresentada pela Comissão Revisora do Anteprojeto do CP.

e quantas opressões; um Direito Penal que permita aos magistrados o exercício mais livre da sensibilidade nos domínios da lei, do Direito e da Justiça. E que todas as alternativas para alcançar esse *nirvana* em sua missão profissional sejam, para a nobilitante categoria, outras *portas abertas* que permitam fugir da clausura imposta por leis que atrofiaram a liberdade de criação; que sejam, ainda, *janelas*, também abertas para o mundo, a vida e o Homem, deixando o juiz de ser, em muitas circunstâncias, o *personagem da casa dos mortos* a que aludiu Dostoiévski em suas *Recordações*.

JUSTIÇA CRIMINAL E JUSTIÇA CRIMINOSA

Nilo Batista *

1. Em 1946, Gustavo Radbruch deu a lume um pequeno e luminoso escrito, chamado *Ilícito Legal e Direito Supralegal (Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht)*, que estaria destinado a ser, desde então, o ponto de partida de qualquer reflexão sobre conteúdo e limites do positivismo jurídico, da perspectiva prática da justiça criminal. Há três anos de sua morte, o notável professor alemão, examinando um grupo de casos nos quais se questionou o valor justificativo ou escusante do cumprimento de ordens ou leis iníquas, e em certo sentido reformando suas opiniões anteriores, propunha um nível até hoje não suficientemente aprofundado de responsabilização para juízes e tribunais.

2. Seria conveniente que, antes da exposição dos argumentos de Radbruch, rememorássemos algumas das leis penais e processuais penais nazistas. A lei de 29 de março de 1933, que introduzia o enforcamento como forma de execução da pena de morte, determinava que a agravante do § 5.º do decreto de 28 de fevereiro de 1933, sobre o delito de traição, fosse aplicável a fatos ocorridos no período de 31 de janeiro a 28 de fevereiro (isto é, conferia retroatividade à agravante que podia conduzir à aplicação da pena de morte). A célebre lei de 28 de junho de 1935 modificava o § 2.º do código imperial, que proibia a analogia, afirmando ser “punido quem comete um fato que a lei declara punível ou que é merecedor de punição segundo o conceito que dá fundamento a uma lei penal e segundo o são sentimento do povo; se ao fato não se puder aplicar nenhuma norma penal determinada, deverá ele ser punido de acordo com a norma cujo conceito fundamental melhor lhe seja aplicável”. Essa mesma lei tornava *facultativa* a aplicação da *lex mitior* no caso de sucessão de leis no tempo, bem como a impunidade decorrente da *abolitio criminis*! Lei de 16 de dezembro de 1939 permitia que o procurador-geral junto ao *Reichsgericht* promovesse, no prazo de um ano, a revisão de sentenças transitadas em julgado, “quando, por causa de

grave objeção contra a correção da sentença, considerar necessária uma nova discussão e decisão da causa”. Lei de 20 de dezembro de 1934, entre outras providências, incriminava a divulgação de notícias falsas ou deformadas que pudessem comprometer gravemente a ordem do *Reich* ou o prestígio do governo ou do partido nazista, ou sua organização. Lei de 24 de abril de 1934 ampliava absurdamente os tipos de alta traição (*Hochverrat*) e traição à pátria (*Landesverrat*) e introduzia o “tribunal do povo”, com extraordinárias restrições aos direitos processuais de defesa. Decreto de 5 de setembro de 1939 previa, no § 4.º, sanções agravadas, que poderiam chegar à pena de morte, para quem praticasse um crime aproveitando-se das condições anormais derivadas do estado de guerra, desde que tais penas fossem requisitadas pelo são sentimento do povo, frente à especial reprovação da conduta. Decreto de 4 de dezembro de 1941 proibia, para poloneses e judeus dos territórios orientais incorporados, qualquer conduta prejudicial à grandeza do *Reich* e ao prestígio do povo alemão; qualquer ato de violência praticado contra um alemão por causa de sua nacionalidade era punido com a morte; a morte, ou pena privativa de liberdade, se aplicava também a manifestações de sentimentos antigermânicos através de atividades hostis ou denegridoras. Esses e inúmeros outros decretos e leis conduziram a funestos resultados: o princípio da legalidade dos delitos e das penas foi negado; desapareceu a intangibilidade da coisa julgada; pela cominação desproporcional e superabundante da pena de morte, o direito penal converteu-se num instrumento de terror político e de opressão racial; os procedimentos tornaram-se breves, despojando-se o acusado das garantias que marcam o exercício da defesa; em suma, a justiça criminal — com a imprescindível colaboração dos juízes e tribunais — transformou-se numa instância da execução do programa político nazista.

3. Lamentando que o nazismo tivesse assegurado a sujeição dos juristas com um princípio (“as leis devem ser cumpridas”) semelhante ao que utilizava para a sujeição dos soldados (“ordens são ordens”), como fruto do positivismo jurídico que se arraigara entre eles, Radbruch teve sua atenção despertada para alguns processos e decisões da nova Alemanha libertada. No âmbito do direito civil, um tribunal de Wiesbaden afirmou que “as leis que estabeleciam que as propriedades dos judeus passariam ao Estado se achavam em contradição com o direito natural e, portanto, eram nulas já no momento de sua promulgação”.¹ No âmbito do direito penal, alguns casos, especialmente na zona de ocupação soviética, mereceram o exame de Radbruch.

O serventuário de justiça Puttfarken foi condenado à prisão perpétua, em Turíngia, por ter provocado, através de *delatio*, a con-

¹ Citaremos da tradução *Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes*, de Rodrigues Paniagua, no volume *Derecho Injusto y Derecho Nulo*, Madri, 1971, Ed. Aguiar, p. 3 ss.

* Desejo dedicar esse estudo a todos e a cada um dos sessenta e seis novos magistrados do Estado do Rio de Janeiro de 1982, de cuja Comissão Examinadora tive a honra de participar.

denação e execução de um comerciante chamado Göttig, imputando-lhe ter escrito numa latrina "Hitler é assassino do povo e culpado pela guerra" — fato que, agregado a ouvir emissoras estrangeiras, efetivamente deu lugar à sentença condenatória. Radbruch transcreve as razões do Ministério Público, as quais, descrevendo o quadro deplorável da justiça criminal nazista, que era de geral conhecimento, e muito especialmente do conhecimento de Puttfarken, concluem assinalando que o fato de ter sido um tribunal do III *Reich* a condenar Göttig à morte não tem nenhuma importância, tratando-se de uma hipótese de autoria mediata. O júri condenou Puttfarken como partícipe de homicídio — não como autor mediato.

O procurador geral da Saxônia, Dr. J. U. Schroeder, manifestava sua intenção de responsabilizar criminalmente autores de "sentenças desumanas", mesmo quando baseadas em leis nazistas, que afirmou carecerem de toda validade jurídica, seja pela origem formal espúria, seja por contrariarem "direitos humanos que estão acima de todas as leis escritas, como direito inextirpável e eterno, que nega validade aos mandamentos ilegítimos dos tiranos inumanos".

Em Halle, os carrascos Kleine e Rose foram condenados à morte por sua ativa participação em numerosas execuções antijurídicas da pena capital.

Ainda na Saxônia, um soldado, encarregado do serviço de vigilância de prisioneiros de guerra, e enojado com o tratamento a eles deferido, desertara, e ao visitar a mulher fora surpreendido e aprisionado por um policial, a quem matou, conseguindo fugir. O Ministério Público reconheceu o estado de necessidade, afirmando que "desertar dos exércitos de Hitler e de Keitel não significa para nossa concepção do direito nenhum delito que desonre o prófugo e dê lugar a seu castigo".

4. A partir desses casos, Radbruch constata que fora declarada uma guerra ao positivismo, e que essa guerra parte da idéia de que há leis que não são direito, e de que há direito acima das leis. Uma síntese de seu pensamento será exposta a seguir.

O positivismo, sob o princípio de que a lei é lei, e deve ser incondicionalmente cumprida, deixou inermes os juristas alemães diante das leis arbitrárias e injustas. Sem dúvida, toda lei — independentemente de seu conteúdo — possui certo valor, que se traduz na segurança jurídica. "Mas a segurança jurídica não é o único, nem ao menos o valor decisivo que o Direito deve realizar." Ao lado da segurança jurídica estão a justiça e a utilidade (bem comum), e o último posto cabe à utilidade. "Não se pode admitir de nenhuma forma que é Direito tudo o que for útil ao povo, senão que, em última instância, só é útil ao povo aquilo que for Direito, aquilo que traga segurança e tenda à justiça." Contradições entre a lei positiva e a justiça podem dar lugar a um "direito defeituoso"; entretanto, "quando se deixa de lado conscientemente a igualdade, que constitui

o núcleo da justiça, então não estamos apenas diante de um direito defeituoso, e sim ante um caso de ausência de direito". Nessa linha, carecem de juridicidade todas essas leis que aplicavam tratamento subumano a certos homens ou lhes negavam direitos humanos; igualmente, não possuem a qualidade de direito leis que impunham castigos, inclusive a pena de morte, sem atender à gravidade dos delitos, tudo para atender às necessidades de intimidação do momento.²

5. É evidente que essas posições de Radbruch foram recebidas como alegações em favor do direito natural, inclusive no Brasil, e veja-se, por todos, Machado Paupério: "O direito supralegal, cujo conteúdo aparece algo translúcido no pensamento de Radbruch, não é outro senão o próprio *direito natural*."³

Foge completamente ao objeto deste escrito, aprofundar, ao nível da teoria geral ou da filosofia do direito, as graves questões propostas pelo debate positivismo-jusnaturalismo, cujo esclarecimento, a meu ver, passa pela confluência entre um critério de validade da lei à base do reconhecimento geral (consenso de legitimidade), e pela constatação de um nível terminológico na oposição fundamental (direito e não-direito); neste último sentido, Ross tem toda razão quando considera razoável incluir os cisnes negros na classe zoológica dos cisnes, mesmo quando alguns os considerem feios.⁴ Foi mais ou menos isso o que disse Kelsen do direito nazista,⁵ embora, quicá por incompreensão, não tenha sido perdoado jamais por certas correntes; e, com efeito, "é muito difícil para as vítimas da Inquisição espanhola reconhecer que as normas em virtude das quais foram julgadas eram normas de Direito".⁶

O fato é que o exame do direito nazista, inaugurado com o trabalho de Radbruch, paralelamente à ocorrência de casos concretos nos quais o cumprimento daquelas leis iníquas era apreciado judicialmente como ato *ilícito*, e comumente *criminal*, não suscitava apenas a conclusão jusfilosófica de que "uma lei que atenta contra os fundamentos do justo não é direito e carece de força para obrigar; não pode apresentar-se como um dever obrigatório, mas tão-só como necessidade condicional".⁷ Antes, conclamava para a questão prática do comportamento dos juízes e dos tribunais diante dessas leis iníquas, às quais falta a força vinculante. Por essa perspectiva, o jurista "positivista" era concebido como um lacaios fiel do legislador das leis iníquas, como um instrumento — responsável — da iniquidade.

² *Op. cit.*, p. 12 a 16.

³ *Introdução Axiológica ao Direito*, Rio, 1977, Ed. Forense, p. 153.

⁴ Alf Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. G. Carrió e O. Paschero, B. Aires, 1969, p. 21.

⁵ "Do ponto de vista da ciência jurídica, o Direito do regime nazista é um Direito. Podemos lamentá-lo mas não podemos negar que isso seja Direito" — *apud* Hans Welzel, *El problema de la validez del Derecho*, tradução R. Paniagua, no volume *Derecho Injusto y Derecho Nulo*, cit., p. 77.

⁶ Georg Jellinek, citado por Welzel, *op. cit.*, p. 94.

⁷ Eberhard Schmidt, *La ley y los jueces*, trad. R. Paniagua, no volume *Derecho Injusto y Derecho Nulo*, cit., p. 60.

6. Correspondeu a Alessandro Baratta, vinte anos depois do trabalho de Radbruch, empreender a mais lúcida denúncia da simplificação que consistiria em atribuir ao positivismo jurídico a responsabilidade pela catástrofe nazista, no que respeita ao funcionamento do aparelho judiciário.⁸

Para Baratta, ao distinguir o *fato* do direito de seu *valor* (estabelecendo a autonomia entre moral e direito, e diferenciando os princípios interiores e incoercíveis da ordem moral de critérios exteriores e coativos) “o positivismo jurídico subtrai à lei toda unção moral ou religiosa, e cria condições de enfrentar a questão da obediência à lei, da resistência ao direito injusto, não em termos meramente jurídicos, mas em seus autênticos termos de problema moral, que encontra, na independência da consciência moral do indivíduo e na ordem ética por ela expressa, seu critério fundamental de solução”.⁹ Dessa forma, espoliando a lei de sua pretensa obrigatoriedade ética, o positivismo jurídico, na verdade, não alimenta raciocínios do tipo “lei é lei”, e “impede a fatal mistificação de toda regra jurídica numa obrigação moral”.¹⁰ Ao método positivístico, lógico-formal, de interpretação legal, desde suas origens, é estranha a tese de uma incondicionada obediência à regra jurídica.¹¹

“A neutralidade ideológica e ao abstrato racionalismo do método lógico-formal, a metodologia jurídica oficial daquele período (nazista) contrapõe o empenho político do jurista, o decisionismo irracionalístico, com o qual os limites legais dos tipos de delito são superados por uma direta consideração dos valores que emergem da consciência popular, da qual o comando do *Führer* representa a infalível cristalização (*Führer-prinzip*); por uma mística intuição do elemento ôntico e vital do sangue e da raça, que atravessa como uma linfa os mortos esquemas legais, formando o conteúdo e o sentido do dever jurídico.” (...) “A técnica legislativa contribuía a esta decisiva superação do formalismo e da metodologia do positivismo jurídico, recorrendo aos tipos abertos, às cláusulas gerais, mesmo nas regiões mais sensíveis do ordenamento jurídico, como o direito penal, no qual o abandono do princípio da legalidade em favor do princípio da autoridade marca irremissivelmente o desenvolvimento posterior a 1933.”¹²

Fazendo notar que os trabalhos teóricos mais programáticos e decisivos para o curso autoritário do direito penal alemão estavam já publicados ou escritos em 1933, Baratta toma um deles, de Sauer (“Rumos do Direito Penal Nacional”), para de seu exame extrair uma síntese de suas fundações teóricas. Para Sauer, três aspectos

⁸ Alessandro Baratta, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milão, 1966, Ed. Giuffrè.

⁹ *Op. cit.*, p. 11.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 16. Sob o influxo dessa “fatal mistificação” o juiz nunca poderia cumprir aquilo que Eberhard Schmidt chamava de “sua obrigação de adotar uma atitude crítica ante a lei” (*op. cit.*, p. 62).

¹¹ Baratta, *op. cit.*, p. 29.

¹² *Op. cit.*, p. 31.

permitted distinguir o novo direito: o *aspecto histórico-cultural* (“caracterizado pelo abandono definitivo das premissas liberais e burguesas e da consideração do indivíduo como elemento da comunidade existente em função dela, com forte ênfase nos traços éticos da moral e dos costumes populares, cuja *sã moral* se contrapõe à decadente e relativista moral burguesa”); o *aspecto científico* (representado como a saída para a desoladora alternativa entre “a ingênua, crédula dogmática dos clássicos” — Binding, Birkmeyer — e “o ingênuo, crédulo humanismo dos modernos” — Von Listz, Radbruch —; nessa linha, Baratta demonstra como da vinculação polêmica entre relativismo moral e formalismo jurídico foi extraída uma metodologia antiformalística, “corolária de um direito inspirado na *sã moral do povo*”, bem como certas posições do neokantismo, especialmente da escola sudocidental, foram instrumentalizadas ideologicamente pela cultura nazista e seu direito penal); e o *aspecto da política criminal* (representado pela ruptura com as tendências do movimento de reforma em favor de uma política penal autoritária, que “eticizava” o direito penal pela vinculação das sanções às exigências da “salubridade e coesão” nacionais, com a superação de considerações do relativismo individualístico na apreciação da personalidade criminal, por exemplo na negativa de privilégio para os “criminosos por convicção”, ou no abandono ou modificação do conceito de exigibilidade como elemento da culpabilidade; à sujeição, ao nível de medida e finalidade, da pena ao *são sentimento do povo*, corresponde o “menosprezo de critérios objetivos e científicos, contribuindo relevantemente para a superação do princípio da legalidade”; essa política criminal é ainda definida como “de máximo rigor”, que logo se transformará no “terrorismo penal”, que atenderia aos escopos repressivos e autoritários do regime; vincula-se também a esse aproveitamento político da idéia de retribuição o desprestígio das concepções formais de crime, de vez que a realização de uma abstrata previsão legal aparecia como insignificante diante da violação do dever de obediência ao Estado.¹³

7. As considerações de Baratta reabrem toda a questão, instaurando autêntica revisão criminal em favor do positivismo jurídico condenado; e é curioso que essa revisão se funde precisamente na descoberta de provas contra a principal testemunha de acusação. Como dissera o próprio Baratta em outro trabalho, “a eticização do direito carrega consigo facilmente o fenômeno inverso: a legalização da moral”.¹⁴ Dessa perspectiva, as monstruosidades judiciais do nazismo não seriam fruto do positivismo jurídico, e sim do assalto e dominação do sistema legal por um discurso ideológico que impregnava o sistema de *sua moral* e *sua tábua axiológica*. Daí por diante,

¹³ *Op. cit.*, p. 49 ss.

¹⁴ *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milão, 1963, Ed. Giuffrè, página 169.

estavam as leis identificadas com essa moral e esses valores, e em seu nome é que a obediência às leis devia ser tão irrestrita.

8. No Brasil, poderíamos testar a demonstração das teses de Baratta na apreciação das razões de convencimento explícita ou implícita de decisões judiciais. Recentemente, num estudo sobre o Tribunal de Segurança Nacional, exibia-se uma sentença condenatória cujo fundamento essencial consistia em que “não é cabível que um major do Exército se tenha equivocado na sua denúncia”, nem que alunos de uma Escola Militar se enganem quanto ao conteúdo subversivo de alguns discursos.¹⁵ Ora, este juiz dispunha do seguinte texto legal: “Considera-se provado, desde que não ilidido por prova em contrário, o que ficou apurado no inquérito, mas o Juiz poderá *ex-officio* reinquirir as testemunhas que neste depuseram”.¹⁶ Essa presunção legal, por mais monstruosa que fosse, obrigaria o juiz a proceder a uma comparação entre as conclusões do inquérito, e a “prova contrária”, expressa em testemunhas que presenciaram as alocações e prestaram depoimento em Juízo. Dessas testemunhas diria o magistrado que “não conseguiram convencer este juízo, parecendo mesmo que rezam pela mesma cartilha dos acusados, desenvolvendo a mesma tática, a mesma técnica, e rezando pelo mesmo credo vermelho”. Vê-se que a condenação não deriva de um formalismo jurídico, porque na verdade a lei não foi observada, e sim deriva da postura moral do magistrado diante dos fatos; de sua identificação ideológica com o denunciante e com o princípio vigente de que comunistas deviam ser presos, que o leva a confundir réus e testemunhas que não favorecem a hipótese acusatória (hostilizadas por serem obstáculos à “realização da justiça”); diante dessa questão *moral*, é pouco importante se algum crime foi cometido, do ponto de vista formal, e menos ainda se as normas para avaliação da prova foram obedecidas. O importante é cumprir o dever (*moral*), e o dever (*moral*), no caso, é condenar. A análise desse caso é facilitada por tratar-se de um juiz militar (Coronel Teodoro Pacheco Ferreira), com limitadíssimos recursos de técnica legal que lhe permitissem dissimular sua tosca construção espiritual.

9. Outra linha de pesquisa se proporia na apreciação dos estudos jurídicos teórico-doutrinários sobre a Lei de Segurança Nacional.¹⁷ Como se sabe, as leis de segurança nacional, desde o Decreto-lei n.º 314, de 13.03.67, até a atual Lei n.º 6.620, de 17.12.78, trazem uma espécie de “parte geral”, constituída por disposições que pro-

¹⁵ Reynaldo Pompeu de Campos, *Repressão Judicial no Estado Novo*, Rio, 1982, Ed. Achiamé, p. 111.

¹⁶ Art. 9.º do Dec. 474, de 8.6.38, que “dispõe sobre o processo dos crimes de competência do Tribunal da Segurança Nacional”, alterando legislação anterior.

¹⁷ Para a chamada “doutrina” de segurança nacional, veja-se Pe. Joseph Comblin, *A Ideologia da Segurança Nacional*, trad. Veiga Fialho, Rio, 1978, Ed. Civ. Brasileira.

curam conferir o *status* de lei à doutrina da segurança nacional (na lei atual, arts. 1.º a 5.º, sob a designação de “da aplicação da Lei de Segurança Nacional”). Há juristas que não se submetem a essa ótica olhimanca que o legislador deseja impor-lhes; há juristas que a aceitam, desenvolvem e exaltam, pouco lhes importando a ruptura com as teorias tradicionais de ofensa à segurança do Estado, ou até o confronto com a natureza da coisa.

Tomemos como exemplo uma dessas categorias: a chamada “guerra psicológica adversa”, da qual o § 2.º do art. 3.º da vigente Lei n.º 6.620, de 17.12.78, empreende esotérica definição: “A guerra psicológica adversa é o emprego da propaganda, da contrapropaganda e de ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais”. Quando o jurista acriticamente incorpora à leitura legal esta categoria, que passa a *instrumento teórico de mediação no estudo dos tipos de delito*, não está se comprometendo com o formalismo jurídico, e sim com o espírito de um legislador que deseja identificar o Estado com o governo. Incorporada essa categoria, dá-se o fenômeno observado por Soler: “A oposição é uma forma de traição, e é antipátria tanto o que toma as armas contra a nação quanto o que as dirige contra o governo.”¹⁸ Em seus comentários à Lei de Segurança Nacional, Eurico Castelo Branco dá o seguinte exemplo de “antagonismos”, ou “fatores que deliberadamente se opõem à consecução ou manutenção dos objetivos nacionais”: “*opiniões públicas contrárias às diretrizes governamentais*”.¹⁹ Já Heleno Fragoso afirma que a “conceituação legal é inaplicável e perigosa, por ser tautológica e sem conteúdo”,²⁰ recusando-se, inclusive por motivos técnicos, a operar com ela.²¹ Aliomar Baleeiro, num voto que por si só valeria toda uma judicatura, afirmou: “Segurança Nacional, a meus olhos, não é o que o Presidente e o Congresso dizem que é, mas apenas o que se concilia com o que está expresso e implícito nos arts. 89 a 91 da Constituição, sob a epígrafe “Da Segurança Nacional”.²²

10. O exercício das funções comuns da magistratura criminal apresentará os mesmos problemas, dissimulados entretanto pelos tons menos acirrados do discurso ideológico que fundamenta aqui a intervenção penal. Mas na condução do processo criminal, na colheita e apreciação das provas, no dispor da liberdade do acusado, e neste

¹⁸ *Bases ideológicas de la reforma penal*, B. Aires, 1966, Ed. Eudeba, p. 63.

¹⁹ *Dos Crimes contra a Segurança Nacional*, Rio, 1971, Ed. J. Konfino, p. 16. Este capítulo é encerrado por nostálgica referência ao artigo 2.º do Código Penal Alemão alterado em 1935.

²⁰ *Lei de Segurança Nacional*, P. Alegre, 1980, Ed. Fabris, p. 24.

²¹ Num modestíssimo trabalho de 1972, *Considerações em torno dos Crimes de Insurreição e Conspiração no Direito Brasileiro*, explicitamente recusei valer-me da definição legal de segurança nacional (RDP 5/49).

²² TRJ 44/54.

momento de transe da sentença, em que é necessário, mais do que nunca, a fé no destino humano, não é o positivismo ou o jusnaturalismo que dividirá as pessoas.

Radbruch lamentava que se devesse recorrer ao estado de necessidade para exculpar juízes que haviam, pela aplicação de leis iníquas, praticado iniquidades formalmente delituosas, por temor de sofrerem represálias em caso de decisões que desagradassem o poder nazista, e o lamentava porque "o *ethos* do juiz deve estar orientado pela justiça a todo custo, mesmo ao da própria vida".²³ Aquela justiça criminosa, que, em pleno século XX, foi possível existir no país em que a ciência do direito penal alcançou provavelmente suas mais elevadas culminâncias, pode ensinar-nos lições preciosas, e a mais simples delas consiste em que também a justiça criminal pode ser um espaço de resistência, de consciente e firme resistência ao arbítrio e à força.

²³ *Op. cit.*, p. 19.

PANORAMA GERAL DA PENA DE MORTE COMO SANÇÃO LEGAL *

Manuel Lopez-Rey

O panorama da situação legal da pena de morte está mais obscuro do que há trinta anos atrás, apesar dos esforços das Nações Unidas e de algumas organizações não-governamentais, em particular da Anistia Internacional, para clareá-lo. As razões para a confusão são muitas, mas as seguintes devem bastar aqui: primeiramente, a compilação das provisões legais correspondentes é muitas vezes especialmente dificultada quando elas estão incorporadas em decretos e regulamentos de emergência, sendo estes frequentemente modificados por uma necessidade de reforço à continuidade de regimes ditatoriais; em segundo, pelo fato de que em muitos países as execuções judiciais são impostas por um Judiciário politicamente dominado, ou por uma variedade de tribunais militares que constituem instrumentos do regime existente; e, finalmente, porque a nível internacional muitos governos continuam a ignorar a determinação feita pelo Secretário-Geral das Nações Unidas para o fornecimento de informações legislativas e estatísticas adequadas, de acordo com diversas resoluções da Assembléia Geral e do Conselho Econômico e Social. Além disso, por sua Resolução n.º 32/61, de 8 de dezembro de 1977, a Assembléia Geral reafirmou a esperança na abolição da pena capital. No Congresso das Nações Unidas Para a Prevenção

do Crime e Tratamento dos Delinquentes de 1980 foi discutida a redução ou a abolição da pena capital. Para isto, um questionário foi fornecido a todos os Estados-Membros.

O panorama aqui exposto é o resultado de dois anos de pesquisa que cobriu mais aspectos do que estes aqui considerados. O espaço e o tempo disponíveis impediram o autor de apresentar um panorama mais completo da situação legal da pena de morte, mas a matéria seguinte fornece uma idéia razoável acerca da extensão e prática desta punição, em termos mundiais. Legal nem sempre significa legítimo. Em muitos países, a distinção é importante.

O panorama

A classificação tradicional de países em conservadores, semiconservadores, abolicionistas e semi-abolicionistas, é enganosa. Alguns países abolicionistas utilizam amplamente formas não-judiciais de punição capital. Em outros, a pena de morte existe para crimes militares ou crimes a estes assemelhados, sejam ou não cometidos em tempo de guerra. Talvez seja mais significativo o fato de que, em muitos países em desenvolvimento, situações crônicas de emergência nacional, usualmente de-

* Este artigo foi escrito em 1980. A tradução é de José Carlos Fragoso.

cretadas por governos militares, são assemelhadas às condições para o tempo de guerra, e então a pena capital é freqüentemente imposta como punição alternativa ou obrigatória. Alguns países são legalmente, mas não *de facto*, abolicionistas. Tal é o caso do Uruguai, onde a pena capital foi abolida, mas desde 1960 tem havido execuções não-judiciais. A Argentina, tradicionalmente abolicionista, reintroduziu-se em 1976, mas, de acordo com fontes seguras, 3.000 "pessoas desaparecidas" foram executadas pela polícia ou pelas forças armadas. No Peru, a Constituição adotada em julho de 1979 pela Assembleia Constituinte aboliu a pena capital, mas o general que ocupava o governo rejeitou a abolição; o motivo alegado foi "o crescimento alarmante do crime no país". O crescimento não pode ser negado, mas também não pode ser negado o fato de que ele é devido, em boa medida, a crimes cometidos sob a cobertura de uma posição oficial ou semi-oficial.

Na África, todos os países mantêm a pena capital, alguns a usam freqüentemente, e, aqui e ali, as execuções são públicas, com a presença de altas autoridades públicas. No Quênia, Nigéria e Zâmbia, ela é obrigatória em casos de roubo efetuado com o emprego de arma. No assim chamado Império Centro-Africano, a pena capital é automática para todos os casos de séria oposição política, homicídio e roubo efetuado com o emprego de arma. Na Guiné Equatorial não há propriamente um sistema penal, e a pena capital é sumariamente levada a efeito pela Guarda Nacional. Em Gana a pena de morte é freqüentemente imposta por tribunais militares em sentença irrecorrível, mas as execuções têm sido gradualmente substituídas pela

prisão perpétua. Em Madagascar a pena capital estava abolida *de facto*, mas desde 1962 foi ela implementada para os casos de crimes contra o Estado, provocação de guerra civil, sabotagem e outros delitos graves. Todos os países da África Setentrional mantêm a pena capital, dentre outros casos, para os crimes contra a segurança do Estado, subversão, e diferentes espécies de homicídio, sendo que, na Argélia, também para o tráfico de drogas. Em Moçambique a punição capital pode ser imposta tendo em vista diversos delitos, e, especialmente, aqueles cometidos contra o regime existente; as últimas execuções noticiadas tiveram lugar em abril de 1979. Em Zimbábue Rodésia o número de crimes capitais tem aumentado nos últimos anos, e, com isto, também o número de execuções. Na África do Sul as execuções judiciais são mais numerosas do que em muitos outros países; de acordo com as estatísticas oficiais, 132 pessoas foram enforcadas no ano de 1978. Estes números foram vistos como um recorde mundial vergonhoso pelo Partido Federal Progressista, e o governo prometeu introduzir legislação visando diminuir estas cifras.

Na América Latina e na região do Caribe a grande maioria dos países é, em diferentes graus, conservadora; entre eles estão a Argentina, Brasil, Cuba, Chile, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, Nicarágua, Paraguai, Suriname, Trinidad e Tobago. Em muitos destes países o Judiciário é submisso ou politicamente designado. No Paraguai todos os juízes devem ser membros ativos do Partido Colorado, ou partido do governo, antes de serem designados para o cargo. No Brasil, o último informe acerca de execuções não-judiciais refere-se à baixada, perto do Rio, em abril

de 1979; os corpos de 20 criminosos conhecidos, todos com marcas claras indicando que eles haviam sido previamente torturados, foram encontrados.

Nos países da Ásia a pena capital é ainda obrigatória para um determinado número de delitos, apesar de freqüentemente ser imposta de forma alternativa. Na Índia o número de execuções diminuiu nos últimos anos. No Irã, execuções judiciais e não-judiciais tiveram lugar, freqüentemente, sob o regime do Xá, mas, no presente, mais de 200 pessoas já foram executadas em um período de poucos meses, muitas delas sentenciadas por tribunais revolucionários, e de acordo com processos sumários; muitas execuções foram levadas a efeito no prazo de poucas horas após a sentença de morte. Na Indonésia nem sempre é possível distinguir as execuções judiciais das não-judiciais; em algumas ilhas a legislação penal nacional nem sempre é levada em conta pelos soberanos *de facto*, seja porque o mecanismo judicial inexistente, seja porque ele é reduzido a um mínimo. No Paquistão a pena capital foi largamente aplicada sob o regime do general Zia; de acordo com informes seguros, tornados públicos em março de 1979, nada menos de 400 pessoas foram executadas nos últimos dezoito meses. Em Burma é difícil determinar quais os delitos punidos com a morte; aparentemente, as previsões do código penal foram substituídas pelas constantes de inúmeros decretos freqüentemente mencionados, cujos textos não puderam ser obtidos; parece que a conspiração contra o regime e a traição são usadas para executar as pessoas julgadas por tribunais ordinários ou especiais. Em Sri Lanka a punição capital foi suspensa entre

1956 e 1959, quando foi reintroduzida, e muitas das sentenças de morte referem-se a leis e regulamentos levados a efeito em situações de emergência. No Vietnã não há propriamente um sistema penal, e o código penal foi substituído por decretos e decisões, muitos dos quais foram politicamente motivados; comitês e tribunais do povo administram a justiça criminal, e a pena capital é considerada necessária para prevenir qualquer atividade contra-revolucionária séria. Não há dados oficiais disponíveis acerca do número de execuções.

Nos países socialistas a pena capital é muitas vezes oficialmente declarada como medida extraordinária e temporária, que desaparecerá tão logo o comunismo, como último estágio do socialismo, se torne efetivo. Jugando através da experiência e de projeções para o futuro, tal assertiva possui apenas um limitado valor propagandístico. Em muitos deles há um largo espectro de crimes capitais, e dados oficiais sobre execuções são de obtenção quase impossível. Por outro lado, os crimes militares, freqüentemente incluídos nas últimas seções dos códigos penais, só raramente são punidos com a morte. Nestes países, com algumas exceções, a pena capital é uma sanção alternativa imposta em casos definidos em lei como de especial gravidade.

O código penal russo, que em graus diversos foi o modelo para muitos dos códigos penais de repúblicas da União Soviética, contém não menos do que 24 delitos capitais. Dentre eles estão a traição, atos terroristas, quadrilha, motins em instituições correcionais, crimes contra a propriedade ou a economia socialista, homicídio de policial ou membro da guarda popular e assassinato; quanto a este último, 10 modalidades diferen-

tes são enumeradas. A última sentença de morte noticiada pela imprensa internacional abateu-se sobre quatro pessoas acusadas do cometimento de um delito econômico — a sonegação para uso pessoal de tecidos produzidos em uma fábrica estatal; em julho de 1979 a Suprema Corte da Ucrânia confirmou a sentença.

Na Alemanha Oriental o código penal enumera 15 casos nos quais a pena capital ou a prisão por período superior a 15 anos podem ser impostas. O código penal da Tchecoslováquia descreve 10 delitos capitais, dentre eles o enfraquecimento do regime socialista, sabotagem, genocídio, entrega de equipamento militar e homicídio; todos podem ser punidos com longa privação da liberdade ou a morte. Na Polônia, prisão acima de 25 anos ou a morte são as penas para a traição, atentados contra a independência do país, delitos econômicos, formas agravadas de homicídio e o assassinato de oficial público ou qualquer pessoa que exerça oficialmente função ou atividade política. Na Romênia, a prisão por prazo superior a 25 anos, ou a morte, pode ser imposta por delitos praticados diretamente contra a economia nacional e a segurança do Estado, pelo “enfraquecimento da capacidade de defesa do país”, e diversos casos de homicídio, entre outros. Na Hungria aproximadamente 25 delitos podem ser punidos tanto com longos períodos de privação da liberdade quanto com a morte; muitos deles são semelhantes aos já enumerados. Parece que o código penal atual será logo substituído por um novo, no qual a pena capital será mantida como punição alternativa.

Na China, após 1951, sob o comando de Mao, as execuções foram reduzidas ao “mínimo necessário aos

designios revolucionários”. O sistema penal foi desintegrado, e a justiça criminal tornou-se função de corpos ou comitês políticos em nível nacional, regional ou local. Se a reeducação política da pessoa sentenciada fosse considerada exequível, a pena capital era suspensa por dois anos. Se o criminoso fosse declarado reeducado, ele era mandado para a prisão por determinado período de tempo. A soltura antes da conclusão deste período era concedida em alguns casos. Em 1979 foi revisado o esboço de código penal de 1963, no 5.º Congresso do Povo Nacional, como parte das *Sete Leis Fundamentais*; entre estas, três referiam-se ao código penal, código de processo penal e à organização dos tribunais e procuradores do povo.¹ O novo código penal entrará em vigor em 1.º de janeiro de 1980; sua proposta essencial é “combater todos os delitos contra-revolucionários e demais ilícitos criminais inflingindo penas”. A pena capital “deve ser imposta ou aprovada pelo Supremo Tribunal do Povo”. Os delitos capitais descritos são: graves atividades contra-revolucionárias contra o Estado e o povo, assassinato, rapto, roubo, incêndio culposo, rompimento de represas, disparo de explosivos, e envenenamento com sérias consequências. Em todas as sentenças capitais a suspensão da execução por dois anos é hoje concedida, quando a imediata realização desta “não é vista como necessária”. Por delitos contra-revolucionários são compreendidos os atos “enfraquece-

¹ As informações acerca da situação descrita foram fornecidas, em parte, pela Academia de Ciência Jurídica, em Pequim, e, de forma mais detalhada, pela Embaixada da China em Londres. Informações detalhadas sobre as três leis aqui mencionadas podem ser obtidas em *Beijing Review*, Pequim, ns. 26, 27 e 28, 1979.

dores da República Popular da China, visando à destruição do poder político da ditadura do proletariado e do sistema socialista”. Deve ser apontada a influência exercida pelo fato de que a reorganização do sistema penal é uma parte do plano de desenvolvimento nacional do país, que está embasado nas “Quatro Modernizações: agricultura, indústria, defesa nacional e ciência-tecnologia”.

Embora seja normalmente limitada aos crimes militares e de guerra, a pena de morte é ainda mantida em muitos países europeus. Na Grécia ela pode ser imposta para atentados contra a integridade do território nacional, traição, provocação de guerra e em alguns casos de homicídio. Na Holanda ela foi abolida em 1870 e reintroduzida em 1943, para os crimes de guerra e certos crimes militares. A Dinamarca a aboliu em 1972, exceto para os crimes praticados em tempo de guerra. A Noruega a mantém para a traição em tempo de guerra ou de emergência nacional. Na Irlanda ela foi abolida em 1964, mas mantida para certos casos de homicídio e crimes militares, e na Itália somente alguns crimes militares podem ser punidos com a morte. Na Espanha a Constituição adotou a abolição em 1972, à exceção das previsões contidas na legislação penal militar. Na França a redução dos crimes capitais está em consideração, mas o governo determinou claramente que “a abolição da pena capital precisa ser adiada por, pelo menos, 10 anos”. O anteprojeto de código penal, parte geral, 1978, mantém a punição capital, que pode, aparentemente, ser aplicada como sanção alternativa em certos casos de homicídio, roubo armado e seqüestro; a pena de morte pode ser substituída pela privação da liberdade por 25

anos. Na Grã-Bretanha a pena de morte foi abolida em 1969, e no Ulster em 1973. As tentativas para reintroduzi-la, em 1975 e 1979, para os casos de terrorismo, falharam. Como uma raridade ela é mantida em Jersey, onde, em julho de 1979, uma pessoa foi condenada à morte; a sentença foi comutada.

No Canadá a pena capital pode ser imposta para os crimes descritos na Lei de Defesa Nacional, muitos dos quais possuem um caráter militar, e quando cometidos em tempo de guerra. Nos Estados Unidos a pena capital é mantida para um determinado número de estados, alguns dos quais a aboliram. A pena de morte foi declarada inválida pela Corte Suprema, como punição cruel e inusitada, quando aplicada de forma incerta e não-uniforme — *Furman v. Georgia*, 1972. Em uma decisão de 1976, todavia, *Gregg v. Georgia*, a Corte esclareceu sua decisão anterior em votação majoritária por 7 votos a 2, determinando que a punição capital não era necessariamente cruel e inusitada, e que não era necessariamente imposta de maneira caprichosa e arbitrária, desde que o processo de decisão envolvido em sua imposição fosse cuidadosamente controlado por parâmetros claros e objetivos, que visassem um tratamento imparcial. Uma decisão semelhante, *Woodson v. North Carolina*, declarou que as sentenças de morte obrigatória são inconstitucionais.²

² Veja-se *U. S. Government, How and Why it Works*, 1978, preparado pelos editores da Enciclopédia Britânica, seção 10, e *The Death Penalty*, 1978, Anistia Internacional, p. 160-164, em que são relacionados os estados americanos abolicionistas e não-abolicionistas. De acordo com o relatório das Nações Unidas sobre a pena capital, em 1975 havia 12 Estados abolicionistas entre os 50 dos Estados Unidos.

Na Nova Zelândia só a traição pode ser punida com a morte. Na Austrália ela pode ser imposta, para traição e homicídio reincidente, na Austrália do Oeste, Austrália do Sul e Nova Gales do Sul.

Com os países socialistas do leste europeu, o centro-leste é uma das regiões com o maior número de crimes capitais descritos nos códigos penais, leis especiais e regulamentos dos governos, estes muitas vezes referidos em comunicados oficiais, mas cujos textos são às vezes de difícil obtenção. Em muitos casos, as definições são politicamente motivadas e escritas de uma maneira tal, que qualquer ato entendido como hostil ao governo pode ser incriminado; os exemplos seguintes serão suficientes. Na Síria ha pelo menos 25 crimes capitais, e em alguns casos a pena de morte é obrigatória, sendo imposta por tribunais de segurança especial ou militar; a execução é prontamente realizada, ocasionalmente em público, com o comparecimento de altas autoridades. Muitos destes executados são membros das forças armadas, nacionalistas curdos e opositores políticos. Entre outros, são crimes capitais: qualquer espécie de conspiração para o cometimento de atos contrários ao regime, incitamento à organização de distúrbios e demonstrações públicas, propaganda dirigida contra o sistema político e o país, tornar-se membro do partido do governo sem ter primeiramente se desligado de filiação política prévia a outros partidos, traição, e qualquer atividade contrária às políticas ou programas socialistas. No Iraque, a segurança política domina o aparato judicial existente, a maior parte de caráter militar. Há pelo menos 22 crimes capitais, a vasta maioria visando a proteção penal do regime existente. Em alguns casos

a pena de morte é obrigatória. Muitas execuções são efetuadas de forma secreta, particularmente quando dizem respeito a membros das forças armadas, patriotas curdos e opositores políticos. Na Jordânia há pelo menos 30 crimes capitais, e, entre eles, os cometidos contra o regime monarquista, a segurança do Estado, várias formas de traição, a venda de propriedades às autoridades de Israel, subversão de diversas espécies, ser membro de partido ou grupo ilegal, e formas agravadas de homicídio, são as mais usadas. Em Israel a pena capital só pode ser imposta para genocídio, crimes contra a humanidade, e aqueles cometidos contra o povo judeu durante a última guerra mundial.

Observações Finais

Apesar de propositadamente limitado, o panorama faz surgir muitas questões.

a) Quantas execuções judiciais ocorreram no mundo em determinado ano? Devido à escassez e pouca confiabilidade da maioria dos dados oficiais, não há resposta possível. O próprio levantamento do autor demonstra claramente que há um marcado paralelismo entre a frequência das execuções e a existência de regimes ditatoriais, sejam estes de direita ou de esquerda. Os dados fornecidos pelos governos devem, via de regra, sofrer um exame minucioso. No último relatório quinquenal do Secretariado-Geral das Nações Unidas sobre a pena capital, documento E/5.616 e adendos, 1975, que contém as respostas ao questionário endereçado a todos os estados-membros, somente 49, ou seja, 32%, responderam. Durante o período de cinco anos cobertos pelo relatório, os seguintes Estados forneceram informações sobre execuções: na Bélgica, Itália, Holanda e Argen-

tina ninguém foi sentenciado à morte; em Fiji, Madagascar, e Mauritânia, todas as pessoas condenadas à morte tiveram suas sentenças comutadas para prisão por longo período ou trabalho forçado; na Nigéria, sete homens foram condenados à morte, mas todos foram perdoados e libertados; em Botswana, dez, em um total de 18 pessoas, foram executadas, e as outras foram perdoadas; em Ruanda, de 120 pessoas declaradas culpadas de homicídio premeditado, só 13 foram executadas; na Tanzânia, de 232 pessoas sentenciadas à morte, só 4 foram executadas; em Trinidad-Tobago, 57 e 47 pessoas, respectivamente; nas Bahamas, entre 17 sentenciados à morte, quatro foram executados; no Japão 71 pessoas, sendo 69 homens e 2 mulheres, foram executadas; na França 15 pessoas foram sentenciadas à morte, mas só três homens foram executados por homicídio premeditado; na Hungria 24 pessoas foram sentenciadas à morte, e 22 executadas; na Malásia, 30 e 10, respectivamente; na Tailândia, 72 e 21; no Paquistão, 2.382 e 150 (registramos aqui um quadro ainda maior recebido através de fontes não menos confiáveis); e, na Polónia, 52 sentenças foram impostas, mas consignou-se que, dentre estes, o número de executados era menor.

De todos os Estados-Membros convidados pelo Secretário-Geral a fornecer dados acerca de execuções, apenas 13% atenderam; a maior parte foi enviada por países em desenvolvimento. Ainda que limitados, os dados mostram uma freqüente proporção entre o número de sentenças de morte e o de execuções. Significará isto que a injustiça da punição capital é tão patente que a comutação foi compreendida como uma forma de reduzi-la disfarçada-

mente? De qualquer modo, a correlação entre o número de crimes capitais, execuções, comutações, e o abuso do poder político, é inegável em muitos países. Quando deveria tal abuso ser compreendido como criminoso? ³

b) Quais são os países realmente abolicionistas? O já citado relatório das Nações Unidas refere 135 países, entre os quais — com as devidas correções, uma vez que o mesmo foi publicado em 1975 — os seguintes podem ser compreendidos, sob um ponto de vista legal, como abolicionistas: Áustria, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, República Federal da Alemanha, Equador, Finlândia, Islândia, Panamá, Suécia, Uruguai e Venezuela. Com a exceção da Costa Rica, a situação nos outros países da América Latina deve ser vista com tanto menos confiança quanto mais as execuções não-judiciais neles ocorreram. Será suficiente, neste aspecto, dizer que as execuções judiciais não podem sempre ser assim encaradas, se a expressão for compreendida com propriedade. No Uruguai, de acordo com fontes seguras, nada menos do que 40 execuções não-judiciais tiveram lugar entre 1973 e 1977, todas levadas a efeito pela polícia ou pelas forças armadas; a este quadro devem ser acrescidas as “pessoas desaparecidas”, cujo número não pode ser precisado, sendo, no entanto, considerável, tendo em vista os dados publicados por diversas organizações de direitos humanos. Na Venezuela, a Constituição não apenas aboliu a pena capital, mas também proibiu todas as autoridades de levarem a efeito qualquer execução. Nos últimos anos, ainda, de acordo com dados seguros, mais de 200 criminosos profissionais

³ A correlação entre crime e abuso de poder foi discutida pelo *Ad Hoc Group of Ex-*

foram executados pela Polícia Técnica Judiciária, a maioria na área metropolitana; este órgão está sofrendo agora uma reorganização completa.

c) De acordo com as observações do autor, há, em todo o mundo, não menos de 700 definições legais de crimes capitais, dentre as quais aproximadamente 300 referem-se, com variações, a crimes contra a segurança do Estado, que é usualmente identificada com a do regime que detém o poder. São exemplos: a derrubada do governo, o exercício de atividades subversivas, os ataques contra a segurança nacional, o enfraquecimento da defesa do país, o fato de opor-se a um membro das forças armadas ou equivalente, conduzir um plano para tomar o poder, conspirar com um país estrangeiro, agência, partido, organização antiestatal ou de resistência, unir-se a partidos políticos de oposição, espionagem, sabotagem, insurreição, atos contrários à liderança política existente e atos de terrorismo. Como dissemos, muitos destes crimes são definidos de uma forma tão elástica que, sob pressão política, tribunais ordinários ou especiais, os últimos possuindo muitas vezes um caráter militar, não encontram dificuldade em incriminar como crimes capitais o que constitui, em muitos casos, o legítimo exercício de direitos humanos individuais ou coletivos.

d) Contrariamente a assertivas ainda correntes, a prevenção e a readaptação ou correção — reeducação, para os países socialistas — não deveriam ser compreendidas como o propósito do direito penal. Seu obje-

perts, presidido pelo Autor, reunido pela ONU em Nova York, em julho de 1979. O relatório será usado pelo Secretariado na preparação do seu relatório sobre *Crime e Abuso de Poder: Crimes e Criminosos Fora do Alcance da Lei*, que é o terceiro item na agenda do Congresso de 1980.

tivo é a justiça criminal social, livre de qualquer ideologia particular. Sem a cooperação de fatores sociais, econômicos, políticos, culturais e religiosos, não pode o sistema punitivo, por si só, intimidar quem quer que seja, criminoso ou não. O mesmo se aplica à readaptação e metas similares. A prevenção constitui, por diversas formas, uma parte de todo o sistema social. A supressão do sistema punitivo, já que ele não consegue intimidar ou reformar ninguém, e uma vez que o crime ainda está crescendo, justifica-se tanto quanto a supressão das leis do trânsito ou dos serviços médicos, porque os acidentes de trânsito continuam crescendo e as doenças ainda não desapareceram.

e) Na formulação da política criminal a opinião pública não deveria ser ignorada, assim como não deveria constituir o elemento orientador. Se a opinião pública fosse o fator determinante na formulação e implementação das políticas criminais, nós estaríamos, em muitos aspectos, atrasados em séculos. Em alguns países em desenvolvimento, entre 50 e 70% da população é iletrada, possui uma renda *per capita* anual abaixo de US\$ 400, e está quase sempre sujeita a regimes ditatoriais. Nos países desenvolvidos os níveis econômico e cultural são muito superiores, mas via de regra a imagem do crime é distorcida, ou reduzida ao crime convencional, isto é, aos crimes sempre cometidos pelos "pobres diabos". Quanto mais desenvolvido seja um país, maior é a impunidade dos que cometem diversas espécies de crimes não-convencionais, particularmente crimes econômicos. Nos países socialistas os crimes políticos dos "de cima" são muito mais frequentes e sérios do que aqueles cometidos pelos "de baixo"; e

f) Por motivos que já examinei em outros trabalhos, o crime sempre foi um fenômeno sócio-político, e a pena capital o recrudesce, como resultado de círculos viciosos de repressão e contra-repressão, tão frequentes em muitos países. Quanto a este aspecto, deve ser lembrado que dos 152 Estados-Membros — ao momento em que escrevemos — unicamente 30% possuem regimes autenticamente democráticos. Isto explica parcial-

mente o número de execuções judiciais e não-judiciais, e sua distribuição no mundo. O círculo vicioso só pode ser quebrado, a nível nacional e internacional, se o planejamento dos sistemas de justiça criminal estiverem de acordo com os objetivos das Nações Unidas e Agências Especializadas, nos quais o respeito aos direitos humanos desempenha um papel primordial.

EFETOS DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE NO PROCESSO LEGAL

Antonio Acir Breda

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A doutrina brasileira sobre os efeitos da declaração de nulidade; 3. Os pressupostos de existência da relação processual penal; 4. As chamadas questões prévias; 5. A ilegitimidade de parte e a declaração de nulidade; 6. As condições de procedibilidade; 7. A acusação formalmente perfeita; 8. Citação inicial do acusado; 9. A incompetência de juízo e os diversos efeitos da declaração de nulidade; 10. A competência específica subjetiva do juiz; 11. A capacidade processual e a capacidade postulatória; 12. A originalidade da causa; 13. A declaração de nulidade em relação aos atos da fase postulatória do procedimento; 14. A nulidade por infração à norma constitucional da ampla defesa, especialmente na instrução criminal; 15. Nulidade por falta de participação do Ministério Público e de apresentação das alegações finais; 16. Nulidade da audiência de instrução e julgamento nos procedimentos sumários (em sentido estrito e contravenacional); 17. A declaração de nulidade por falta de condição de prosseguibilidade; 18. Os procedimentos especiais com contraditório prévio; 19. A declaração de nulidade no procedimento penal do Júri; 20. A declaração de nulidade e os seus efeitos sobre a sentença de mérito; 21. Conclusões.

1. A doutrina do processo penal brasileiro tem sustentado, com particular insistência, que o problema do efeito extensivo da nulidade diz respeito a uma matéria de impossível tratamento sistemático.¹ Em ou-

tras palavras, saber-se quais os atos processuais contaminados, em decorrência da declaração de nulidade, é tarefa que incumbe exclusivamente ao juiz, diante do caso concreto.

O Código de Processo Penal se ocupa com o tema no artigo 573, §§ 1.º e 2.º, *verbis*: “Os atos cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados. § 1.º — A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência. § 2.º — O juiz que pronunciar a nu-

lidade declarará os atos a que ela se estende.”

A doutrina do direito processual proclama a necessidade de ser preservado o processo todo ou com relação a alguns de seus atos, desde que declarada a nulidade, “se e enquanto possível” (cf. E. D. Moniz de Aragão, “Comentários ao Código de Processo Civil”, Forense, 2.ª edição, vol. II, página 364). Essa a tarefa fundamental do intérprete, isto é, a construção doutrinária capaz de orientar o juiz na aplicação da lei. Incumbe à doutrina pesquisar quando a declaração de nulidade atinge todo o processo ou parte dele, ou o ato processual isoladamente. A noção de processo como relação processual penal, mais um determinado tipo de procedimento é indispensável para a exata compreensão do fenômeno.

Para os fins do presente estudo não tem maior relevância a importante distinção entre nulidade absoluta e relativa. A nulidade (absoluta ou relativa), desde que declarada, pode contaminar os atos processuais antecedentes, concomitantes ou subsequentes, ou não contaminá-los. Esse o modesto propósito do presente trabalho.

2. A doutrina brasileira do processo penal, sem exceção, entende que “não seria possível a priori determinar em que casos, por via de regra, se verifica o nexo causal entre os atos processuais. A tarefa dessa verificação incumbe ao juiz, no exercício do seu poder discricionário, examinando-os em cada caso concreto” (cf. Florêncio de Abreu, “Comentários ao Código de Processo Penal”, Forense, 1945, página 157). Não é outro o magistério de Tourinho Filho (“Processo Penal”, Ed. Jalovi, 5.ª edição, vol. III, página 162): “Cumprir ao juiz, por outro lado, ao decretar a nulidade, tendo em vista

o princípio da causalidade, observar quais os atos que ficaram contaminados em face da nulidade e estender-lhes a ineficácia”.² No mesmo sentido é a lição de José Frederico Marques (“Elementos de Direito Processual Penal”, Forense, 1.ª edição, vol. II, página 441). Também os autores italianos mais antigos sempre sustentaram que essa tarefa para a doutrina “risulta molto difficile”³ (cf. Remo Pannain, “Le Sanzioni degli Atti Processuali Penali”, Napoli, 1933, página 424).

Não nos parece exato que a intenção da norma foi a de entregar exclusivamente ao juiz, diante do caso concreto, a tarefa de verificar quais os atos contaminados pela nulidade e quais aqueles que podem ser salvos, abstraindo-se nesse campo a contribuição da interpretação doutrinária. Como adverte Rocco “*adossare la responsabilità della risoluzione di problemi gravissimi alla giurisprudenza é, da parte del legislatore, una ve-*

2 ESPINOLA FILHO, com base em lição de MANZINI, que considera precisa, também entende que o efeito extensivo das nulidades não comporta solução doutrinária: “O que, ainda anota o ilustre jurista, deve ser, caso por caso, objeto de apreciação e decisão do juiz, como o seu poder discricionário, não se podendo estabelecer, de modo geral, a priori, quando se verifica, em concreto, essa conexão causal” (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, 5.ª edição, vol. V, página 451); cf. ainda BORGES DA ROSA, *Processo penal brasileiro*, vol. 3.º, 1947, página 407) e BENTO DE FARIA (Código de Processo Penal, vol. 2.º, 1942, página 170).

3 Mesmo entre os mais autorizados autores italianos essa suposta “dificuldade” é ressaltada. É o que sustenta GIAN DOMENICO PISAPIA, (Compendio di Procedura Penale, Padova, 1975, página 121): “Nem sempre é fácil estabelecer quando um ato processual depende daquele declarado nulo”.

Sobre o exato sentido do efeito extensivo das nulidades no direito processual italiano, cf. FRANCO CORDERO, *Ideologie del Processo Penale*, Giuffrè, 1966, página 36.

1 Sobre os efeitos das nulidades no processo civil, cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1974, páginas 121 e 122; E. D. MONIZ DE ARAGÃO, “Comentários ao Código de Processo Civil”, Forense, 3.ª edição, vol. II, páginas 369 a 377; HÉLIO TORNAGHI, “Comentários ao Código de Processo Civil”, Saraiva, vol. II, 1975, páginas 238 a 242.

glacchieria intellettuale" (Lav. Prep., IV, 2.º, 117, citado na Exposição de Motivos ao Código Penal de 1940).

3. O moderno processo penal é concebido tal qual uma relação jurídica, uma vez que "as relações entre o acusado, o acusador e o juiz são reguladas em lei, tornam-se relações jurídicas em que se prevêem os direitos, faculdades e encargos de cada um e as respectivas obrigações dos outros" (cf. Hélio Tornaghi, "A Relação Processual Penal", 1945, página 11).

A concepção do processo como relação processual penal torna indispensável o estudo sobre os pressupostos de existência. Desde que a relação processual exista é preciso indagar se estão presentes os pressupostos de validade (constituição e desenvolvimento) do processo. Torna-se claro que o estudo não irá enfrentar, de forma exaustiva, esse complexo problema. Para os fins do presente trabalho, entendem-se como pressupostos processuais (de existência e validade) certos requisitos que devem existir sempre, independentes do tipo de procedimento (comum ou especial), seja a ação penal pública ou privada.

O processo penal, estruturado com base no sistema acusatório, exige ao menos um autor, um réu e um juiz com jurisdição penal. Esses os pressupostos de existência do processo. A doutrina tradicional entende que os chamados pressupostos de existência compreendem: "a) um órgão jurisdicional penal legitimamente constituído, isto é, um juiz que possua a jurisdição penal in genere; b) uma relação concreta de direito penal deduzida como objeto principal do processo, isto é, uma causa penal; c) a presença de um órgão regular da acusação e a intervenção da defesa"

(José Frederico Marques, ob. cit., página 388).

Não é exato que a existência de causa penal seja um dos pressupostos do processo. Pelo contrário, o exercício da pretensão punitiva é problema pertinente ao estudo das condições da ação, especialmente em nosso direito constituído (artigo 43 do Código de Processo Penal). A intervenção da defesa é pressuposto de desenvolvimento da relação processual e não de sua existência. No processo penal brasileiro, quando há a intervenção da defesa o processo já existe, isto porque: a acusação foi deduzida, o juízo de admissibilidade também, o réu já foi citado e interrogado. Só no último segmento da fase postulatória do procedimento intervém a defesa. Mas nesse momento o processo já existe.

O grave equívoco de nossa doutrina é continuar aceitando o ensinamento de Florian ("Elementos de Derecho Procesal Penal", trad. espanhola, 1934, página 86).⁴ A antiga doutrina italiana, quase sempre, estudava os pressupostos processuais sem distingui-los das condições da ação. Em face de nosso direito positivo, os pressupostos processuais devem ser estudados sem confundi-los com os requisitos exigidos para o exercício da ação penal.

A falta dos chamados requisitos mínimos para que o processo exista (a demanda judicial, a jurisdição, e

4 A doutrina do processo penal italiano, deparando com a realidade do código ROCCO que suprimira as nulidades absolutas, habilitamente e por motivos hoje justificáveis, passou a incluir várias hipóteses de "nulidades relativas" como de inexistência, evitando com isso graves sacrifícios ao direito de defesa. A solução se justificava uma vez que a legislação autoritária havia "creato una specie di stato di necessità per la scienza del processo penale" (cf. GIROLAMO BELLAVISTA, *Lezioni di Diritto Processuale Penale*, Giuffrè, 1973, página 228).

as partes, segundo Hélio Tornaghi, ob. cit., página 55) caracteriza verdadeira inexistência da relação processual. Aqui o problema do efeito extensivo da nulidade não tem qualquer relevância. Onde inexistente relação processual não é possível pensar-se em sanção do vício processual, uma vez que inexistente processo.

Entendemos, talvez sem razão, que os pressupostos de existência se resumem ao estudo do processo, visto como um *actum trium personarum*. O nosso direito positivo não concebe um processo de conhecimento condenatório sem um autor, um réu e um juiz com jurisdição penal. A demanda judicial que o grande mestre Tornaghi inclui entre os pressupostos de existência se confunde com a acusação regularmente deduzida e é problema referente ao estudo do direito de ação. Diz a propósito o Professor citado: "Mas é claro que a demanda só se pode exercer em vista da notitia criminis" (ob. cit., página 60).

Quando se exerce o direito de ação, pedindo o julgamento sobre determinada notitia criminis (Tornaghi fala em exercício da demanda) não há aí qualquer pressuposto de existência do processo. Para que exista uma relação processual basta um autor, um réu e um juiz. A chamada demanda⁵ é problema das condições

5 ARTURO SANTORO (*Manuale di Diritto Processuale Penale*, Torinese, 1954, página 90) também colocava "domanda" como um dos pressupostos de existência da relação processual, entendido o termo como a proibição do juiz em proceder *ex officio*. Vale referir: "Tal defeito existe quando faltasse para um determinado crime a promoção da ação penal ou, quanto ao ressarcimento do dano, o exercício da ação civil". Quando se liga o exercício da demanda a uma determinada notitia criminis, ou, na expressão de SANTORO, ao exercício da ação penal ou da ação civil, ao menos no direito brasileiro, penetra-se no campo das condições da ação e não dos pressupostos processuais.

da ação, a sua regularidade é pressuposto de validade. O esquema traçado, por exceção, não funciona na impropriamente denominada ação penal *ex officio* (procedimento contravençional e dos crimes de automóvel culposos).⁶

O estudo dos pressupostos de existência da relação processual, para os fins do presente trabalho, vale para se salientar que não é possível sanar-se o vício decorrente dessa falta. Onde não há processo, não há remédio processual capaz de curar o defeito, que é irreparável.

4. Os chamados pressupostos de validade da relação processual ou são exigidos para a constituição do processo ou para o seu regular desenvolvimento. São requisitos mínimos para a validade da relação processual e

6 No procedimento contravençional, a lei impõe como requisitos mínimos de existência do processo, apenas, um órgão jurisdicional e a presença de um acusado. A presença do órgão do Ministério Público é, porém, pressuposto de validade para o desenvolvimento do processo. Não é possível, porém, a instauração do processo, sem a presença das condições da ação (tipicidade, punibilidade concreta, justa causa). A legitimidade, excepcionalmente, é da autoridade policial ou do juiz. A regularidade da portaria, a nosso ver, é pressuposto de validade do processo.

É facilmente explicável porque a doutrina italiana menciona o exercício e a promoção da ação penal ou civil como um dos requisitos mínimos a existência do processo. Os autores peninsulares não estudam, pelo menos a grande maioria, as chamadas condições da ação penal.

Como adverte FERNANDO FOWLER (*Anotações em torno da ação penal pública no Projeto de Reforma*, in Revista M.P., nº 7, página 87), "a razão desse entendimento tem mais assento na estrutura em que está montada a legislação processual italiana, do que em motivos de construção teórica". É que a lei processual penal italiana "não se detém em mencionar os atos que especificamente são destinados a formalizar a acusação".

exigidos para qualquer tipo de procedimento. Os tipos de procedimento, por motivos vários, podem exigir maior ou menor número de atos processuais. Assim, o procedimento ordinário difere do procedimento sumário em sentido estrito e este do procedimento contravencional. Os procedimentos especiais, por outro lado, diferem (quase sempre na fase postulatória) dos procedimentos comuns. Mas, seja qual for o tipo de procedimento, o processo, visto como relação processual, exige sempre certos requisitos mínimos, em cuja falta o processo torna-se nulo. Daí a importância prática da distinção entre os pressupostos de existência e de validade. Na falta dos primeiros não surge o processo e, em tal caso, qualquer decisão (condenatória ou absolutória) não tem eficácia. Na falta dos pressupostos de validade, a relação processual é nula. Aliás, a nulidade é absoluta.

Mas, para o julgamento de mérito da pretensão punitiva, o juiz não examina, apenas, os pressupostos processuais; indaga ainda se foi adotado o esquema de procedimento pertinente para a causa penal, se concorrem as condições exigidas para o exercício da ação penal. Algumas dessas questões são examinadas no despacho de admissibilidade da acusação, as outras surgem, às vezes, no curso do processo, como requisito do seu desenvolvimento. Mas, quase sempre, elas se refletem sobre a fase postulatória. Como todas as *questões prévias* (pressupostos processuais, condições da ação, condições de procedibilidade ou de prosseguibilidade) devem ser examinadas como antecedente lógico-jurídico do exame de mérito, torna-se claro que a nulidade pode surgir como sanção ao descumprimento dessas questões (nem sempre),

também denominadas de preliminares do exame de mérito.

A rigor a primeira questão prévia já surge no primeiro segmento da persecução penal. Com efeito, a chamada condição de procedibilidade⁷ (representação do ofendido, requisição do Ministro da Justiça e a sentença declaratória de falência) é típica autorização para proceder que impede, na sua falta, a instauração da investigação criminal (artigo 5.º, § 4.º, do Código de Processo Penal). Mas a sua importância ressalta quando do exercício do direito de ação. Por isso mesmo, por questões didáticas, as condições da ação são sempre estudadas em primeiro lugar. São elas condições *genéricas* para o exercício de qualquer ação penal (pública ou privada), enquanto que as condições de procedibilidade são *específicas* para determinados tipos penais. Logo, estas representam uma exceção e não têm a importância daquelas que são exigidas sempre. No presente trabalho, estudaremos, no que interessa quanto ao problema do efeito extensivo das nulidades, as condições da ação, as condições de procedibilidade e depois os pressupostos processuais de validade.

5. As condições da ação são requisitos exigidos pela lei para o exercício de qualquer ação penal condenatória e uma delas (a legitimidade) interessa sobremaneira ao estudo. As demais, como veremos, possuem efeitos diversos, desde que ausentes.

⁷ Sobre as condições de procedibilidade como categoria autônoma, no âmbito da persecução penal, cf. FERNANDO FOWLER, ob. cit., páginas 96 e seguintes.

HÉLIO TORNAGHI, em seu Anteprojeto de Código de Processo Penal, colocava a representação do ofendido, como pressuposto de existência do processo (artigo 83, letra "a").

O Código de Processo Penal trata das condições da ação de forma negativa, isto é, como causa de rejeição da denúncia ou queixa (artigo 43 do Código de Processo Penal¹). Mas, como o próprio nome indica, são requisitos positivos para que seja possível o exercício da pretensão punitiva. Um estudo sistemático do artigo 43, em confronto com a norma do artigo 18 do Código de Processo Penal, indica a presença das seguintes condições (genéricas) da ação: (a) um fato penalmente relevante, isto é, a ocorrência de um tipo penal objetivo (artigo 43, I); (b) a punibilidade concreta desse fato (artigo 43, II); (c) a legitimidade da parte (artigo 43, III).

A parte final do inciso III, do artigo 43, declara que a denúncia ou queixa será rejeitada quando: "...faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal". Para a maioria da doutrina trata-se de uma demasia indesculpável o texto final desse inciso (cf. Hélio Tornaghi, "Comentários ao Código de Processo Penal", Forense, 1956, vol. I, tomo II, página 87). Em princípio parece injustificável que a norma fale em ilegitimidade de parte, como coisa diversa das condições exigidas para o exercício da ação penal. Pensamos, porém, que a norma não contém qualquer demasia. É que, além da tipicidade objetiva, da punibilidade concreta e da legitimidade, o Código de Processo Penal exige outra condição para o exercício da ação penal. Em todos os casos em que oferecida a denúncia, ela será rejeitada (artigo 43 do Código de Processo Penal), a rigor o agente do Ministério Público deve pedir o arquivamento do inquérito policial, com exceção da falta de legitimidade, em que ele se abstém. Em outras palavras, o Ministério Pú-

blico deve pedir o arquivamento do inquérito policial (ou de outros elementos de convicção) quando faltarem as condições exigidas para o exercício da ação penal. Como há uma outra hipótese de arquivamento (artigo 18 do Código de Processo Penal), indubitavelmente, faltará condição para o exercício da ação penal, nos casos que o titular do *ius puniendi* pedir o arquivamento "*por falta de base para a denúncia*". Estaríamos diante da chamada falta de justa causa para a acusação, isto é, falta de prova do fato e de indícios de autoria, requisitos indispensáveis ao exercício da ação penal, uma vez que o processo penal não se compadece com a acusação fruto de mera elaboração mental.

Com efeito, é impossível o exercício de qualquer pretensão punitiva, mesmo havendo prova de um fato delituoso, na ausência de qualquer indício de quem tenha sido o seu autor. Em suma, a denúncia exercida com falta de base para acusação (idoneidade da pretensão) pode ser fruto de mera denunciação caluniosa, devendo, por isso mesmo, ser rejeitada.

Para fins de compatibilização com a doutrina do processo civil, didaticamente, a tipicidade objetiva e a punibilidade concreta podem ser confundidas com a possibilidade jurídica do pedido, e a idoneidade da pretensão com o interesse de agir. O presente trabalho não comporta crítica quanto à validade científica dessa postura. Por ora, basta dizer que as condições exigidas para o exercício da ação penal são aquelas catalogadas na lei processual penal.

Dessas condições exigidas para o exercício da ação penal (seja pública ou privada), somente a ilegitimidade de parte importa em nulidade absoluta do processo (artigo 564, II, do

Código de Processo Penal). As demais, desde que não rejeitada a denúncia ou queixa, podem levar: (a) a falta de tipicidade objetiva (às vezes também a tipicidade subjetiva), à absolvição do acusado; (b) a falta de punibilidade concreta, à decisão declaratória de extinção da punibilidade; (c) a ausência de prova do fato e de indícios de autoria, à decisão absolutória (incisos I, II e IV do artigo 386 do Código de Processo Penal, conforme o caso).

A ilegitimidade de parte é, assim, a única condição da ação que pode levar à declaração de nulidade. Neste caso, a nulidade atinge todo o processo, desde a petição inicial. Em outras palavras, todos os atos do processo são atingidos pela nulidade. A norma do artigo 568 do Código de Processo Penal, segundo a qual "*a nulidade por ilegitimidade do representante da parte poderá ser a todo o tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais*", não incide para os casos de ilegitimidade de parte. A eventual convalidação dos atos processuais praticados pelo representante da parte pressupõe a existência de uma parte legítima. Se há problema de ilegitimidade da parte, o vício daí decorrente é insanável.

A declaração de nulidade, como veremos adiante, desde que atinja um ato da fase postulatória do procedimento, exige a regressão deste ao estado da causa em que deveria o ato ser praticado. Como a legitimidade de parte é condição exigida para o exercício da ação penal, requisito que deve estar presente antes da formação do processo, a eventual declaração de nulidade induz nulidade *ab initio* do processo.

6. Ao lado das chamadas condições da ação, que são requisitos ge-

néricos para qualquer tipo de ação penal (pública ou privada), a lei estabelece condições específicas para determinadas infrações penais. Trata-se das denominadas condições de procedibilidade (a representação do ofendido, a requisição do Ministro da Justiça, etc.) que não excluem o exame das condições da ação. A falta de uma condição de procedibilidade, quando a lei o exigir, também impede o exercício do direito de ação. O que foi dito em relação a ilegitimidade de parte vale para os casos de falta de representação ou requisição. A declaração de nulidade (artigo 564, III, letra "a") causará a dos atos que dependam: ou sejam consequência (§ 1.º do artigo 564), logo, todo o processo deve ser anulado.

Assim, quanto às condições da ação e de procedibilidade, a falta das primeiras nem sempre obriga a nulidade do processo. A falta de condição de procedibilidade importa sempre em nulidade que atinge todos os atos do processo, desde a denúncia inclusive. Como se sabe, no processo civil o problema é tratado diferentemente. A falta das condições da ação, pelo Código de Processo Civil, é causa de encerramento do processo, sem decisão de mérito (artigo 267, VI).

7. Os pressupostos de validade da relação processual⁸ têm grande

8 O nosso esquema para os pressupostos de validade da relação processual penal é, em linhas gerais, o mesmo do Projeto de Código de Processo Penal (Projeto de Lei nº 633/75): O assunto vinha regulado no artigo 226 do malogrado projeto: "São pressupostos da constituição regular e válida do processo: I — denúncia ou queixa regular; II — juiz competente e em condições de praticar atos processuais, por não ser impedido nem suspeito; III — capacidade das partes; IV — citação regular; V — ausência de litispendência ou de coisa julgada."

Incluimos a defesa do réu, não como pressuposto de constituição, mas como re-

importância para o estudo dos efeitos da declaração de nulidade. Entendidos tais pressupostos como requisitos indispensáveis à validade do processo, seja para a sua constituição ou desenvolvimento, a sua falta em princípio se comunica a todos os demais atos do processo. Nem sempre, porém. Se o pressuposto diz respeito à constituição do processo e, portanto, exigível na fase postulatória, a declaração de nulidade obriga a regressão do procedimento ao estado em que tal requisito deveria estar presente. Se o pressuposto diz respeito ao válido desenvolvimento do processo é possível que os atos anteriormente praticados permaneçam íntegros.

A doutrina do processo penal tem vacilado no estudo dos pressupostos processuais de validade. Podem ser enumerados, desde que se imagine os requisitos mínimos que devem estar presentes em qualquer processo, independente do tipo de procedimento. Seja o procedimento sumário ou especial, não se concebe um processo penal sem acusação formalmente perfeita. Aqui surge, intuitivamente, o primeiro pressuposto de validade do processo. Mesmo que presentes as condições da ação (genéricas e específicas), é preciso que a acusação seja regularmente deduzida (artigo 41 do Código de Processo Penal). Se o juiz rejeita a denúncia por inepta, basta que outra seja oferecida regularmente. Mas, já instaurado o processo, a declaração de nulidade se estende a todos os demais atos do processo.

quisito indispensável ao válido desenvolvimento do processo.

A citação inicial, para alguns autores, é colocada como pressuposto de existência da relação processual (cf. E. D. MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit., 3ª edição, página 208). O Anteprojeto HÉLIO TORNAGHI perfilhava o mesmo entendimento (artigo 83, letra "c").

Diga-se o mesmo nos casos de ação penal privada, ou de nulidade da portaria no procedimento contravenucional.

8. A citação inicial do acusado é outro requisito indispensável à validade do processo. A falta de citação regular (nem se argumente com o comparecimento espontâneo do réu, o qual torna irrelevante o vício), de consequência, torna o processo nulo. Declarada a nulidade, por falta de citação ou por vício desse ato processual, daí por diante todos os demais atos são nulos, inclusive até a sentença, se for o caso. Em tal hipótese, a declaração de nulidade só não atinge a denúncia (ou queixa) e o despacho liminar.

9. A competência do juiz é outro pressuposto de validade do processo. Mera interpretação literal do art. 567 pode induzir que, para os fins do presente estudo, a matéria não comporta qualquer perplexidade. Diz a citada norma: "*A incompetência do juiz anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.*"

Andou bem o legislador em procurar preservar os atos não decisórios praticados por juiz incompetente. Ora, se a competência é mera distribuição racional de trabalho entre juizes com idêntica jurisdição, nada justifica fulminar com a sanção de nulidade todos os atos processuais praticados perante a autoridade incompetente.

Mas, o problema não é tão fácil quanto aparenta. Pelo contrário, é extremamente complexo. A matéria de competência é fruto de paulatina concretização que se inicia com a Constituição Federal, passa pelo Código de Processo Penal e, por último,

é regulada pelas normas de organização judiciária. Com a recente edição da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n.º 35), a distribuição do poder de julgar passou a obedecer o seguinte critério: a) Constituição Federal; b) Lei Complementar; c) Código de Processo Penal e d) Lei Estadual de Organização Judiciária. Tirante, é claro, a legislação federal que regula, por exemplo, o funcionamento da Justiça Federal.

O primeiro critério para se determinar a competência é o da natureza da causa penal (competência material, demarcada constitucionalmente): a) os crimes eleitorais e os que lhe são conexos são julgados pela *justiça eleitoral* (art. 137, II, da Constituição Federal); b) os crimes militares e aqueles contra a segurança nacional ou as instituições militares são julgados pela *justiça militar* (art. 129, § 1.º, da Constituição Federal); c) por exclusão, as demais infrações penais são julgadas pela *justiça comum*. Dentro da justiça comum, os crimes dolosos contra a vida e conexos são da competência do *Júri* (art. 153, § 18, da Constituição Federal). Os crimes políticos e os praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas; os crimes previstos em tratado ou convenção internacional em que, iniciada a execução no País, seu resultado ocorreu ou deveria ter ocorrido no estrangeiro, ou, reciprocamente, iniciada no estrangeiro, seu resultado ocorreu ou deveria ter ocorrido no Brasil e, finalmente, os crimes contra a organização do trabalho ou decorrentes de greve (estes, infelizmente, a atual Lei de Segurança Nacional os coloca na competência da Justiça Militar) (artigo 125, IV; V e VI, da Constituição Federal) são da competência da *jus-*

tiça federal, órgão especial da justiça comum. Ainda por exclusão, as demais infrações penais são julgadas pela *justiça ordinária estadual*. Isso no plano da competência material, demarcada constitucionalmente.

A Constituição Federal ainda se ocupa em enumerar as hipóteses de competência funcional originária do Supremo Tribunal Federal (art. 119, I), do Tribunal Federal de Recursos (art. 122, I, a, b e d), do Superior Tribunal Militar (129, § 2.º), do Tribunal de Justiça (art. 144, § 3.º), assunto também tratado pela Lei Orgânica da Magistratura.

O Código de Processo Penal regula a chamada competência territorial, pouco se ocupando com a competência material em sentido estrito. Tirante a competência do Júri, a competência pela natureza da infração (art. 74 do Código de Processo Penal) é, em verdade, a chamada competência de juízo, assunto que a lei ordinária transfere para as normas de organização judiciária. A denominada *competência funcional* não mereceu do legislador ordinário qualquer tratamento sistemático. Parece que o assunto lhe era desconhecido. A lei processual penal menciona, apenas, a prerrogativa de função, como causa determinante da competência (artigos 84 a 87), matéria, aliás, tratada na Constituição Federal.

Diante desse panorama, a aplicação da norma do art. 567 deve ser objeto de cuidadoso estudo. Se é certo que tem ela aplicação para os casos de incompetência territorial e material em sentido estrito (competência de juízo) e também para a hipótese de competência funcional, pelas fases do procedimento, fora disso o princípio da conservação do ato processual não decisório praticado por juiz incompetente parece não ter aplicação, com exceção de causas pe-

nais da competência da justiça federal, conhecidas inicialmente pela justiça ordinária estadual.

Seguramente, não tem aplicação a norma do art. 567, desde que o vício penetre na divisão constitucional entre as diversas justiças especializadas que exercem jurisdição penal. Assim, numa causa penal da competência da justiça militar, o processo seria radicalmente nulo desde que a ação penal fosse proposta perante a justiça federal ou a justiça ordinária estadual. José Frederico Marques ("Manual de Direito Processual Civil", Saraiva, vol. II, 1974, pág. 135) sustenta que tal nulidade ocorre mesmo no campo do processo civil: "*Registrando-se infringência de norma constitucional a separar a jurisdição ordinária da especial, a nulidade é total. Nem mesmo proposta se considera a ação e nem mesmo os atos não decisórios terão validade.*" Tourinho Filho, ao examinar a incompetência decorrente de infração às normas que regulam a competência funcional originária dos tribunais, vai mais longe, entendendo que a hipótese é de falta de pressuposto de existência da relação processual (ob. cit., vol. IV, 5ª edição, pág. 31). O vício da inexistência também ocorreria em caso de processo instaurado na justiça comum, desde que a causa fosse da competência das justiças especializadas (militar ou eleitoral). Nesse sentido, aliás, o entendimento de Tourinho Filho (ob. cit., pág. 32) se funda num julgado do Supremo Tribunal Federal. Vale referir: "*Se, por ventura, um militar cometer um crime militar e vier a ser absolvido pela Justiça Comum, a sentença sequer poderá ser acobertada pela coisa julgada.*"

Em outras palavras, a competência funcional originária (*ratione personae*) e a competência material en-

tre a justiça comum e as justiças especializadas (eleitoral ou militar), desde que descumpridas, levariam à inexistência do processo. De outro modo, como desconhecer a sentença absolutória trântita em julgado?

Adverta-se que há opiniões respeitáveis no sentido de que a incompetência absoluta, mesmo em decorrência de infração às normas constitucionais, é causa de nulidade dos atos processuais praticados "*e, assim mesmo, só dos decisórios*" (cf. Ada Pellegrini Grinover, "O Processo em sua Unidade", Saraiva, 1978, pág. 171). A professora paulista, discorrendo sobre os pressupostos processuais no processo penal, depois de lembrar a discussão sobre a regra de aproveitamento dos atos não decisórios praticados por justiça incompetente, conclui: "*a opinião dominante, fundada em opiniões de processualistas alemães e italianos, é de que os atos praticados pelo juiz da Justiça comum são válidos ainda que o processo venha a ser enviado à especial, não sendo verdadeira a recíproca.*"

Em face do direito positivo brasileiro, especialmente quando a declaração de incompetência na justiça comum reconhecer a competência da justiça militar, torna-se difícil, senão impossível, o aproveitamento dos atos não-decisórios. Na Justiça Militar, tirante o despacho de recebimento da denúncia (que é da competência funcional do Juiz Auditor), o processo se desenvolve perante um Conselho de Justiça (Permanente ou Especial), inclusive com relação aos atos de aquisição de prova. A presença de um órgão colegiado envolve sérios problemas de *competência funcional*, com a discriminação dos atos processuais que cada juiz pode praticar. Tudo aconselha que se perfilhe a solução da nulidade absoluta, mesmo dos atos não decisórios.

Diga-se o mesmo nos casos de incompetência absoluta decorrente de infração às normas constitucionais que regulam a competência funcional originária. Em tais hipóteses o tipo de procedimento é absolutamente incompatível, por exemplo, com os procedimentos adotados na jurisdição inferior. Tome-se o exemplo do procedimento contravencional, instaurado mediante portaria da autoridade policial (ou pelo juiz) contra pessoa que tenha direito a foro privilegiado. A incompetência exigiria a declaração de nulidade de todos os atos processuais.

Em síntese, a norma do art. 567 do Código de Processo Penal só tem aplicação para os casos de incompetência territorial, material em sentido estrito (competência de juízo) e funcional (pelas fases do procedimento).

Não se aplica o art. 567 nos casos de incompetência demarcada constitucionalmente, seja material ou funcional originária. Em tais casos, a declaração de nulidade atinge todos os atos do processo.

10. Se a competência determina a denominada capacidade específica objetiva do juiz, outro pressuposto de validade do processo é a sua imparcialidade, ou a chamada capacidade específica subjetiva (ausência de impedimentos ou suspeição).

A suspeição (art. 254 do Código de Processo Penal), desde que não reconhecida pelo juiz, mas declarada pelo tribunal, anula todos os atos do processo (art. 101 do Código de Processo Penal).

O impedimento do juiz (art. 252 do Código de Processo Penal) priva-o, inclusive, do exercício da jurisdição para o caso concreto, tornando os atos por ele praticados como inexistentes. A distinção é relevante. A sentença absoluta proferida por juiz

impedido é ineficaz, não produzindo a coisa julgada. Por isso mesmo, ao tratar da capacidade específica subjetiva do juiz, a lei processual comina de nulidade os atos praticados por magistrado suspeito ou peitado, omitindo-se quanto aos casos de impedimento. Se o código não considera nulos os atos praticados por juiz impedido é porque lhes reservou sanção mais grave: a inexistência.

11. Outro pressuposto de validade da relação processual é a chamada capacidade das partes. No processo penal, a doutrina fala em capacidade de ser parte e em capacidade postulatória (cf. Hélio Tornaghi, "Instituições de Processo Penal", Saraiva, 1977, vol. II, págs. 407 e seguintes). Só a capacidade processual tem interesse para o nosso estudo. Assim, no processo penal instaurado pelo menor de dezoito anos, vítima de crime contra os costumes, a lei processual não lhe reconhece capacidade processual para estar em juízo. A nulidade decorrente da falta de capacidade processual viciaria todos os atos do processo, inclusive o exercício do direito de ação.

Diversa da capacidade processual é a capacidade postulatória. Nos crimes de ação penal pública, o Ministério Público possui sempre essa capacidade, em decorrência do concurso, nomeação e posse. Nas ações penais privadas, o exercício do direito de queixa exige a presença de um advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. A ausência dessa capacidade postulatória, a nosso ver, vicia todo o processo, desde a petição inicial inclusive.

12. A originalidade da causa (ausência de litispendência ou coisa julgada) é considerada como pressuposto de validade do processo. Os

chamados pressupostos processuais negativos (cf. Arruda Alvim, "Manual de Direito Processual Civil", Ed. Revista dos Tribunais, vol. I, 1971, pág. 476) obrigam ao encerramento do processo sem decisão de mérito. Logo, a matéria não tem incidência sobre o efeito extensivo das nulidades.

13. Cabe agora tirar-se a primeira conclusão. Todos os atos processuais exigidos na fase postulatória do procedimento (denúncia, despacho liminar, citação inicial, interrogatório, defesa preliminar) contaminam os atos processuais posteriores, desde que declarada a nulidade, com exceção do interrogatório do réu, como veremos no número seguinte.

Os requisitos exigidos pela lei processual em relação ao exercício do direito de ação (isto é, a legitimidade da parte), especialmente as condições específicas (representação do ofendido, por exemplo), seja em relação à capacidade das partes (processual e postulatória), ou em relação ao juiz (cf. n.ºs 9 e 10) ou outro pressuposto de constituição do processo (acusação hábil) contaminam todos os atos processuais praticados, desde o instante em que a lei exige a presença de tais requisitos. É que a declaração de nulidade exige a regressão do procedimento ao momento processual em que foi o ato nulo praticado. Daí por diante, todos os demais atos processuais são atingidos pela nulidade. Os anteriormente praticados, via de regra, permanecem válidos.

Como se referiu, das chamadas condições da ação, apenas a ilegitimidade de parte leva à declaração de nulidade, obrigando a anulação *ab initio* do processo, desde a petição inicial inclusive.

A norma do art. 567 do Código de Processo Penal, ao contrário do que faz parecer mera interpretação literal,

só tem aplicação aos casos de incompetência entre os órgãos da justiça comum, mas não se aplica, mesmo no âmbito dessa justiça, nos casos de competência funcional originária.

14. A ampla defesa (art. 153, § 15, da Constituição Federal) é no processo penal um pressuposto de validade da relação processual, mas quanto ao seu desenvolvimento. Esse relevante princípio contém duplo significado: a autodefesa e a defesa técnica.⁹ A autodefesa representa o direito subjetivo disponível que tem o acusado de se *autodefender*, inclusive comparecendo a todos os atos do processo. Mas esse direito é disponível, uma vez que o réu se autodefende se quiser. Trata-se de um verdadeiro ônus, cujo descumprimento lhe acarreta a revelia, o que indica que a sua presença no curso do procedimento não é requisito indispensável ao válido desenvolvimento da relação processual.

Já a defesa técnica é injunção legal indeclinável, um pressuposto inarredável ao válido desenvolvimento da relação processual, daí a regra do art. 261 do Código de Processo Penal: "*Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.*"

No direito brasileiro, a presença do advogado do réu, constituído ou nomeado pelo juiz, só ocorre após a constituição da relação processual, no término da fase postulatória, depois de proferido juízo de admissibilidade da acusação e citado o acusado.

O interrogatório do réu, que é ato processual importantíssimo de aquisição de prova (pelas consequências inclusive da eventual confissão), deveria ser o primeiro momento indis-

⁹ Cf. GIAN DOMENICO PISAPIA, ob. cit., páginas 30 e seguintes.

pensável à presença do defensor técnico, mas a nossa doutrina entende, todavia que a defesa preliminar (artigo 395 do Código de Processo Penal) seria facultativa para o defensor constituído. A sua falta importaria, portanto, em mera nulidade relativa (considera-se obrigatória essa defesa para o defensor nomeado). Não é este o momento propício para se procurar demonstrar que a defesa (seja constituída ou não), por ser injunção legal indeclinável, deve ser obrigatória em todas as fases do procedimento, especialmente nos atos de aquisição de prova (como é o interrogatório) e que a norma constitucional não distingue o defensor nomeado daquele constituído.¹⁰

Em todo o caso, declarada a nulidade por falta de defesa preliminar, todos os demais atos processuais são atingidos pela declaração, com exceção dos atos anteriormente praticados.

Em verdade, o princípio constitucional da ampla defesa se projeta de forma mais aguda para a instrução criminal, isto é, para os atos processuais tendentes à reconstrução do fato delituoso. A falta de um defensor para os atos de aquisição de prova importa em nulidade insanável (absoluta) da instrução criminal.

Se é certo que a infração às normas que protegem o princípio constitucional da ampla defesa acarreta a nulidade absoluta (defesa técnica) ou relativa (autodefesa), também é certo que a contaminação dos demais atos processuais, apenas, pode ocorrer quando relativa a nulidade. É o que ocorre quando o acusado não revelou de ser intimado para todos os atos da instrução. Se a nulidade abso-

luta, decorrente de infração às normas que protegem a defesa técnica, ocorreu num único ato da instrução, basta a renovação do ato nulo, não se comunicando o vício para os demais atos (de aquisição de prova) praticados validamente.

Nesse sentido, é a lapidar lição de Franco Cordero (*"Ideologie del Processo Penale"*, Giuffrè, 1966, pág. 36): *"O remédio para a nulidade é, ora mais, ora menos, radical: às vezes se renova o processo a partir do ato invalidado, outras vezes é suficiente repetir-se este último. A diversidade de tratamento não coincide, malgrado as aparências, com a distinção entre nulidade absoluta e relativa."*

Ao contrário do que ocorre com os atos propulsivos da relação processual (fase postulatória), os atos da instrução criminal são independentes e não contaminam os demais realizados regularmente.

É claro que, durante toda a instrução criminal, a prova deve ser adquirida de forma processualmente válida,¹¹ mas realizado um único ato de aquisição probatória, com infração às normas constitucionais da ampla defesa, a declaração de nulidade importa em simples renovação do ato processual inválido. Se, porém, a nulidade atingiu toda a instrução criminal, deve esta ser integralmente renovada.

Vê-se, por conseguinte, que a propagação da nulidade é completamente diversa da fase postulatória. Essa relevante distinção sobre o efeito extensivo das nulidades foi bem sentida por Franco Cordero (ob. cit., pág. 36). *Ora, convém formular uma importante distinção entre os atos propulsivos, que constituem um elemento necessário na trama processual, e os outros*

que entram como componentes eventuais, tais como as operações decorrentes de evento físico ou psíquico em que consiste a instrução probatória. Quanto aos primeiros, a imperfeição de um implica a invalidade dos sucessivos, dada a correlação necessária em que se encontram."

Para os atos propulsivos, como adverte Franco Cordero, *"o remédio, seja a nulidade absoluta ou relativa (não sanada), consiste em reconduzir o processo à fase em que se situou a nulidade"*. Já para os atos de aquisição de prova *"falta um nexo de verdadeira e própria dependência e isso exclui a propagação automática da nulidade"* (ob. cit., pág. 39).¹²

Essa distinção tem excepcional importância prática. A mera renovação do ato processual, a que alude o art. 573 do Código de Processo Penal, é possível quando a declaração de nulidade atingiu um determinado ato (ou segmento) da instrução criminal. A renovação do ato nulo resolve o problema. Aplica-se essa mesma norma em caso de nulidade do interrogatório do réu, que é ato de aquisição de prova inserido na fase postulatória do procedimento. A ratificação, de que trata esse mesmo artigo (há equívoco de redação, pois se fala em *retificação*) se dirige aos atos não decisórios, quando praticados por juiz incompetente, desde que o vício da incompetência não contamine todo o processo (cf. n.º 9).

A norma do § 1.º do art. 573 se dirige à nulidade dos atos da fase postulatória que, via de regra, contamina todos os demais atos do processo. Essa

mesma norma tem aplicação para certos tipos de procedimentos especiais e para determinados atos processuais complexos, como veremos adiante.

15. A participação do Ministério Público nos atos da instrução criminal, é também requisito indispensável à validade dessa fase procedimental (art. 564, III, letra d, do Código de Processo Penal). A eventual nulidade de um ato processual não se comunica aos demais, bastando a simples renovação do ato inválido.

A apresentação das alegações finais, no procedimento ordinário, que entendemos obrigatória, não só para o Ministério Público, como para a defesa (constituída ou não) também se insere na fase da instrução criminal. Logo, a eventual declaração de nulidade é resolvida pela renovação do ato processual. Mas a renovação de um ato processual de aquisição de prova, em obediência ao princípio constitucional do contraditório, obriga a nova vista às partes para complementarem essas alegações escritas.

16. No procedimento sumário em sentido estrito (art. 539 do Código de Processo Penal), a fase postulatória é idêntica à do procedimento ordinário. A novidade marcante desse procedimento é a audiência de instrução e julgamento (depois de ouvidas as testemunhas de acusação), onde são ouvidas as testemunhas de defesa, seguindo-se os debates orais e o julgamento. A eventual declaração de nulidade de algum dos atos que compõem a audiência pode viciá-la no todo, ou em parte, consoante o inensurável magistério de Pontes de Miranda (*"Comentários ao Código de Processo Civil"*, Forense, tomo IV, 1959, 2ª edição, pág. 32): *"Nula a audiência, nulos são os atos que depen-*

10 É o que demonstra NILO BATISTA (*Decisões Criminais Comentadas*, 1976, páginas 106 a 112), em estudo sobre a "defesa deficiente" no processo penal.

11 Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra, 1974, vol. 1º, páginas 193 e seguintes.

12 A doutrina de FRANCO CORDERO foi integralmente acolhida pelo Projeto Preliminar do Novo Código de Processo Penal Italiano (artigo 176). O projeto, em sua íntegra, está publicado em recente livro de FISAPIA (*Lineamenti del Nuovo Processo Penale*, Padova, 1979, páginas 98 e seguintes).

anam dela. Nula a audiência, nula a instrução, nulo o debate, nula a sentença. A sentença é nula se o debate foi nulo". Conseqüentemente, se a nulidade ocorreu na fase dos debates orais, a declaração de nulidade não atinge os atos de aquisição da prova, validamente praticados. Anula-se a sentença (se já foi proferida) e renovam-se, apenas, os debates orais. Esse esquema também é válido para o procedimento sumário contravençional e, inclusive, para os julgamentos de segunda instância, no procedimento das ações penais originárias.

17. Alguns procedimentos especiais, além das condições da ação, depois de regularmente exercida a pretensão punitiva, exigem certas condições de prosseguibilidade. São condições que não influem no exercício da ação penal, mas no prosseguimento do feito. É o que ocorre com a prévia licença da Câmara Federal e das Assembléias Legislativas, ou com a tentativa de conciliação nos crimes contra a honra (art. 520 do Código de Processo Penal).

A condição de prosseguibilidade integra, portanto, a fase postulatória do procedimento. Instaurado o processo irregularmente (descumprindo-se as normas que regulam tais condições), a declaração de nulidade se propaga a todos os demais atos do processo.

18. Outros procedimentos especiais possuem a característica de inserir na fase postulatória um contraditório prévio (procedimento dos crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais e dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos). Declarada a nulidade, por desobediência a esse contraditório prévio, o processo é integralmente nulo.

Algumas considerações devem ser feitas, sobre o tema, em relação ao procedimento penal do Júri. O procedimento para os crimes dolosos contra a vida é escalonado, comportando duas fases distintas: o juízo de acusação e o juízo da causa.

Na fase do juízo da acusação, até o encerramento de sua instrução, se a nulidade ocorreu na fase postulatória, todos os atos do processo são atingidos, com exceção, é claro, daqueles anteriores. Se a declaração de nulidade atingiu um ato da instrução criminal, basta a sua renovação.

Encerrada nessa fase a instrução criminal, passa-se à fase de julgamento conforme o estado do processo (pronúncia, impronúncia, absolvição sumária, desclassificação do crime ou nulidade). Interessam-nos os chamados atos preparatórios do julgamento em plenário, desde que preclusa a sentença de pronúncia. Qualquer nulidade que ocorra nessa fase se projeta sobre os demais atos do processo, inclusive o julgamento em plenário, pois estamos diante de típica fase postulatória do juízo da causa.

O julgamento pelo júri popular é ato processual complexo que se inicia com o pregão das partes, sorteio do Conselho de Sentença (com os incidentes que lhe são peculiares), interrogatório do réu, ouvida de testemunhas (se for o caso), relatório do Juiz, debates orais, formulação de quesitos, votação e sentença. Trata-se, portanto, de verdadeiro ato procedimental, composto de vários segmentos ou fases. A nulidade de qualquer dos atos, desde que declarada, atinge todo o julgamento. Nulos os quesitos, nulo o interrogatório, os debates orais e a sentença. A declaração, excepcionalmente, atinge os atos antecedentes e os conseqüentes, *ex vi* da norma do § 1.º do art. 573 do Código de Proces-

so Penal. Aqui o esquema é diverso daquele do procedimento sumário em sentido estrito (cf. n.º 16).

19. Por último, deve-se examinar o problema da propagação da nulidade sobre a sentença penal. Como adverte Moniz de Aragão (ob. cit., página 362) "*tratando-se de uma seqüência de atos preordenados a um fim comum, é natural que a nulidade cause, no processo, um impacto maior do que em relação ao ato jurídico em geral*".

A existência de qualquer nulidade (absoluta ou relativa), seja na fase postulatória ou instrutória, causa sempre um impacto irreparável na sentença de mérito. Poder-se-ia dizer que é requisito de validade da sentença, como ato processual culminante do processo, a inexistência de nulidade em qualquer fase do procedimento. Declarada a nulidade, por exemplo, de qualquer ato da instru-

ção pelo tribunal, em caso de recurso, o vício se propaga automaticamente para a sentença de mérito. Mas essa declaração de nulidade não atinge os demais atos da instrução criminal, realizados regularmente, com exceção das alegações finais, que devem ser complementadas (cf. n.º 15).

Se o procedimento foi formalmente perfeito, mas a nulidade é da própria sentença, por falta dos requisitos exigidos pela lei, a declaração de nulidade se resolve pela renovação do ato processual.

20. A conclusão do presente trabalho é bastante simples: *a nulidade da fase postulatória se propaga automaticamente para os demais atos do processo, enquanto que a nulidade da instrução criminal, via de regra, não contamina os demais atos de aquisição de prova, validamente realizados. Em qualquer caso, a nulidade se projeta sobre a sentença.*

SERRANO NEVES,

O HOMEM, O ADVOGADO E O JURISTA

José Mauro Couto de Assis

I

Na tarde de 3 de julho de 1982, a morte golpeou rudemente a advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, o Conselho Nacional de Política Penitenciária, o magistério superior e as letras jurídico-penais, fulminando Serrano Neves.

Advogado criminal notável, extremamente preparado para o exercício da nobre atividade que honrou sobremaneira por longos quarenta e quatro anos de labor ininterrupto, aliando experiência ao saber. Conhecedor de todos os meandros da profissão, foi dela campeão, inovador na arte de contornar aparentes obstáculos intransponíveis no desenrolar do patrocínio da causa, fazendo-o sob estilo próprio e inconfundível, quase sempre com desprezo à sisudez e à frugalidade, soltando a inteligência fulgurante e a palavra veemente para vãos maiores e triunfos profissionais edificantes, sem prejuízo de emprestar aos seus arrazoados discursos a marca que o identificava por meio de seu refinado senso de humor.

Sempre alegre, em paz com a vida, lírico e boêmio, crítico mordaz, irreverente contador de estórias, altruísta e bonacheirão, semeador de amizades,

ignorando ressentimentos, foi homem de muitos amores: a família, seus numerosos amigos, a Ordem dos Advogados e, nos seus últimos anos, o estabelecimento de política criminal e penitenciária mais igualitária e justa, a qual, pensava ele, tornar-se-ia viável pela reforma e implementação dos novos textos penais. Político, todavia sem militância partidária, ideologicamente era um espécime em extinção, democrata clássico, intransigente na defesa dos postulados liberais.

Fazendo o panegírico de Aníbal Bruno, Nilo Batista (Coleção Biografias n.º 1, Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, págs. 15 ss.) apontou a verve dos advogados criminais que pontificaram na época áurea do Tribunal Popular — dos anos trinta até o final da década dos cinquenta — como a primeira e principal manifestação, no Brasil, de repúdio aos exageros da dogmática. Serrano Neves foi um dos florões da segunda geração deste grupo.

Tornou-se famoso nacionalmente por sua interferência em processos de repercussão julgados naquela sede: a defesa do Tenente Omar Panain — produzida em conjunto com Evandro Lins e Silva — que na cidade mineira de Maria da Fé, matou, na igreja, o

sacerdote que teria desonrado sua irmã, ressaltando-se que um dos disparos atingiu imagem sacra, isso em Estado de população predominantemente católica, obtendo a absolvição do acusado no Tribunal de Varginha, comarca para a qual o processo foi desaforado, face à revolta popular no distrito do homicídio. Fez-se lendário o comovente requisito em favor de um dos heróis da batalha de Monte Castelo, processado por delito emocional em Itajubá. Este caso foi julgado várias vezes pelo Júri, valorizada a atuação de Serrano Neves pelo tirocínio e nomeada de seus adversários: Pedro Aleixo, Ataliba Nogueira e o Prof. Pimenta da Veiga. Em segundo julgamento, acompanhado por José Bonifácio Diniz de Andrada, assumiu a defesa de D. Zulmira Galvão Bueno, arrancando do Conselho de Sentença a confirmação do humano veredito anterior — naquela oportunidade atuara na defesa Evandro Lins e Silva — excesso culposo da legítima defesa putativa. Irretocável, na elocução e na substância, o exórdio acusatório contra Paulo Roberto Peixoto, o "Coice de Mula", policial que agrediu e matou o jornalista Nestor Moreira no interior de uma Delegacia na cidade do Rio de Janeiro, à época, Distrito Federal.

A margem do Júri, leu os tribunais a decisões sem precedentes. A Súmula 145 foi estabelecida pelo Pretório Exce'so, a partir de suas alegações em processo que pleiteava por acusado de extorsão preso em situação flagrancial, preparada adrede por agentes policiais; dos primeiros a sustentar a culpabilidade eminentemente normativa, oficiando no episódio do inexperiente advogado que, a pretexto de provar a facilidade na obtenção de maconha na cidade, exibiu em plena audiência, invólucro com pequena quantidade do

tóxico, logo em seguida, fugindo em desabalada correria para escafeder-se à prisão em flagrante. Designado pela Seccional da Ordem do antigo Estado da Guanabara para prestar-lhe assistência, convenceu que, o desejo de desempenhar proficientemente o *munus*, impediu, *in concreto*, fosse possível ter ele consciência da ilicitude de seu ato.

No *affair* da aeromoça condenada por tráfico internacional de drogas, apresentou razões finais que esgotaram a tese da coação irresistível. Mais tarde, no curso da execução, em vista do casamento da apenada com estrangeiro, pugnou e conquistou no Tribunal de Justiça a confirmação da decisão do Juiz da Vara de Execuções Criminais, Dr. Francisco Luiz Cavalcanti da Cunha Horta, pela qual se permitia que o livramento condicional fosse cumprido no exterior — na França, domicílio do marido — aliado em sólido parecer elaborado pelo Prof. Hélio Tornaghi.

Impossível relatar em artigo toda a bagagem de Serrano Neves, como advogado, professor e jurista. Impossível e desnecessário. Seu nome dispensa apresentação. Ocupar-nos-emos, portanto e apenas, em vincar para a lembrança os dados mais significativos, os aspectos mais importantes, de sua obra e de sua fecunda passagem pela vida.

II

Francisco de Assis Serrano Neves nasceu em Rio Pomba, Minas Gerais, aos 27 de outubro de 1913, filho de José Gonçalves Neves e Maria José Serrano Neves. Seu pai tinha sido grande advogado, eclético, muito requestado no Estado para atuar nas diversas especialidades da advocacia. Serrano Neves disso se orgulhava, contando com júbilo, que seu nome

...principal avenida da cidade onde nascera.

Aprendeu as primeiras letras na Academia de Comércio de Juiz de Fora; o ginásial, iniciado no Ginásio Evangélico de Manhauçu foi concluído no Ginásio Carangolense, municípios onde residiu com a família.

Após os preparatórios, mereceu aprovação no vestibular para a Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, na cidade do Rio de Janeiro. No decorrer do curso, em 28 de outubro de 1935, por influência do Dr. Leopoldo Maciel, seu grande amigo e mais tarde seu padrinho de formatura, que o sabia paupérrimo estudante, foi nomeado escrevente juramentado da 3.^a Pretoria Cível do Distrito Federal.

Colou grau aos 3 de dezembro de 1937, na famosa primeira turma da Faculdade, a qual, tantos nomes ilustres lançou no cenário jurídico e na política nacional.

Bacharel, querendo ser — por vocação — somente advogado, pediu demissão, não sem antes passar, como Pretor, pela 1.^a Pretoria Cível, isso no início do ano de 1939, indicado que fora ao Ministro da Justiça, Prof. Francisco Campos, por seu ilustre contemporâneo e orientador, o insigne Nelson Hungria.

Inscriveu-se na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Distrito Federal, em 18 de maio de 1938. Por vários mandatos, viu-se seu Conselheiro e até Vice-Presidente. Ao ser colhido pela morte, era dos mais operosos no Conselho Federal, representando seu Estado natal.

Casou-se em 18 de dezembro de 1948, com D. Thereza Gonzalez Neves. Do feliz e duradouro matrimônio não sobreveio prole. Amava os irmãos, venerando o mais velho, Geraldo, que foi Promotor de Justiça em Paracatu,

minas Gerais, a falecido e sepultado. Aos sobrinhos, referia-se com carinho paternal.

Serrano Neves era membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e Conselheiro do Conselho Nacional de Política Penitenciária do gabinete do Ministro de Estado da Justiça, do seio do qual foi formada a Comissão Revisora do Código Penal de 1940, dela fazendo parte, como também, do grupo de trabalho, criado pelo Ministro Petrônio Portela, que estudou, para o Governo Federal, as causas da violência e da criminalidade nos centros urbanos.

Relator Oficial de três Conferências Nacionais da Ordem dos Advogados do Brasil. Professor convidado — notório saber — do curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e professor convidado — sem assumir a cadeira de Direito Penal — da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

Festejado como autoridade em Direito Desportivo, presidiu o Tribunal de Justiça Desportiva da Federação Carioca de *Basketball*; integrava, como juiz, o Superior Tribunal de Justiça e Disciplina da Confederação Brasileira de Futebol. Consagrou-se, nesse campo, justamente nomeado para a Comissão Redatora do vigente Código Brasileiro Disciplinar do Futebol e para a Comissão, recém designada pelo Conselho Nacional de Desportes, elaboradora do anteprojeto de Código de Justiça e Disciplina do Desporto (esporte amador).

Foi membro honorário, benemérito e relator de inúmeros congressos regionais e nacionais, de conferências, de entidades e destacado participante da Delegação Brasileira ao XIII Congresso da *Union Internationale des Avocats*. Incansável a sua atuação

nos órgãos de classe, eis que ativo redator na Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Condecorado com a medalha do esforço de guerra, recebeu a Ordem do Mérito Judiciário Militar, no grau de alta distinção. Foi jornalista profissional, do corpo redatorial do extinto Diário da Noite.

Ultimamente, em decorrência de suas atribuições no Conselho Nacional de Política Penitenciária, trabalhou na elaboração dos dois últimos decretos de indulto natalino. Proferiu centenas de conferências, sobre Direito Penal, Direito Penal Executivo e Direito Penitenciário, nas mais importantes Faculdades de Direito do país.

Por várias vezes, colaborou em bancas examinadoras para o exame de Ordem; foi suplente do Prof. Heleno Cláudio Fragozo em banca de concurso para a magistratura; examinou, em companhia dos Profs. Benjamim de Moraes, Hélio Tornaghi, Esther de Figueiredo Ferraz, Eremildo Viana e outros do Corpo Docente dos Cursos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, dezenas de candidatos aos títulos de Mestre e Doutor em Direito Penal.

Em rápidos registros, aí está o roteiro da impressionante trajetória profissional de Serrano Neves, averbada pelo sacrifício e sucesso invulgar em seu percurso.

III

O doutrinador deixou-nos obra extensa e sempre consultada. Neste momento, preocupamo-nos em recolher alguns fragmentos, depositados em peças judiciais e artigos publicados em revistas jurídicas. Ocupou-se, nas monografias, com temas pou-

co esgotados. HorrORIZAVA-se com o plágio.

O DIREITO DE CALAR (Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1960), de muito esgotado, é a tela de sua postura como cidadão e advogado. Profliga acrememente a truculência policial, a invasão dos direitos do inculcado pelos “instrumentos de polícia científica”, i.e., o detetor de mentiras; o perigo dos julgamentos apressados apontando históricos erros judiciais. Reporta-se à hediondez da obtenção da confissão através da tortura física e psicológica, bem como, os truques e fraudes que, às mais das vezes, a informa. Denuncia os agentes provocadores e a espionagem acústica. Ridiculariza o que chama de “drogas policiais”, como o soro da verdade, e também, a narco-análise e a hipno-análise. Preleciona sobre a confissão proibida, censura moral e justa causa relativamente aos segredos de profissão, ilustrando a diferença entre arbítrio e arbitrariedade. A dedicatória é dirigida “aos que ainda insistem na violação de uma das mais belas conquistas do homem: — o direito de não se incriminar”.

Patente que o atual estágio de civilização e desenvolvimento técnico-científico do Direito Judiciário Penal garante aos acusados e, por decorrência aos indiciados, o direito de não se incriminarem — acrescentamos, e o de não colaborarem, atendidos os ditames legais, com a concretização probatória da acusação que lhes é movida — ressentem-se na exposição maior desenvolvimento no que concerne à exegese do artigo 200 do Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade de retratação da confissão e sua divisibilidade, e também, a definição pessoal do autor quanto à natureza jurídica do interrogatório, defeitos — se assim podemos qualificar — compreensíveis, na medida em

que na ocasião do lançamento do livro, que mirava em outro alvo, várias publicações — tratados, monografias e artigos — se tinham ocupado, especificamente, deste exame mais aprofundado.

Definiu o seu CRIME DE PERIGO ABSTRATO (J. Ozom Editor, Rio de Janeiro, 1961) como “um brado; mais um toque de alerta; mais um silvo de convocação dos estudiosos do Direito Penal para a grande obra de sua humanização”, dissecando a toxicomania e comentando ab-rogadas legislações sobre entorpecentes.

Interessante notar que, desde 1961, ele já se opunha à criminalização do vício, e até mesmo do simples uso ilegal de substâncias entorpecentes (experimentação), censurando “velha e superada” doutrina francesa que via, no século passado, o embriagado por álcool, morfina e ópio, como indivíduo perigoso para a saúde pública, justificando o chamamento da medicina social como disciplina para a qual deveria ser endereçada a cobrança do desate da *vexata quaestio*, exonerando-se o direito criminal das tentativas — preconizava o fracasso — de fazê-lo. “O toxicômano (em estado de *enfermidade crônica*) que incide na lei penal não pode e não deve ser punido criminalmente. Deve, isso sim, prontamente, ser enviado a um serviço médico especializado, a uma casa de desintoxicação. Se não existem tais estabelecimentos, que se lancem mão, de outra providência científica. Impor pena a tipos que tais é o que se afigura desmarcado e desabrigo absurdo, pois o *tratamento* previsto, pela medicina especializada, para tais *enfermidades*, é complexo e prolongado, delicado e perigoso”.

Trata-se, obviamente, de crítica intuitiva e antecipada à Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976, que no seu artigo 16, hoje muito atacada pela

doutrina, punibiliza o uso. Serrano Neves enxergava o usuário de drogas sob a ótica do indivíduo que só oferece perigo à própria saúde, entendendo que na Inglaterra, *v.g.*, havia coerência na punibilização em razão da incriminação do *suicídio*.

Na abordagem do chamado crime de “contágio de tóxico”, sobre o qual é lembrado o repellido projeto de emenda do Código Penal Argentino, nos idos de 1926, de autoria de Gregorio Bermann, a crítica é candente, resplandecente a diferença conceitual de induzimento e instigação, reprimidos no artigo primeiro, e o que era admitido para o contágio de tóxico, preceituado no artigo segundo do referido projeto.

A nosso ver sem razão — pressionado por sua transbordante sensibilidade — procura equiparar as ações cometidas em estado de embriaguez (refiro-me à ação em sua concepção clássica, que remonta ao início do século nas idéias de Beling e Von Liszt, que compreendia o comportamento ativo, ação em sentido estrito, e a omissão, traduzível no *allius facere* da escola italiana, com reflexo na causalidade) traçando um paralelo com aquelas identificadas com a toxicomania, advogando que ambas as condutas derivavam de impulso nitidamente patológico, devendo ser tidas como enfermidades, apoiado em De Fleury, Cunha Lopes e no relatório Heinze, aprovado no VI Congresso Penitenciário Internacional de S. Petersburgo (1890), cujas conclusões influenciaram no tratamento da responsabilidade penal no Código de 1940, buscando dirimi-las, fosse pelo artigo 22 e seu parágrafo único ou pelos parágrafos primeiro e segundo do artigo 23.

Se é verdade que a legislação vigente na ocasião não dispunha da dirimente especial do artigo 19 da Lei

n.º 6.368, pela qual, basta a simples dependência para eximir de pena o acusado, ao contrário das disposições dos parágrafos do artigo 23 do Código Penal, que reclamam o efetivo uso de álcool e suas manifestações ou consequências, inclusive, diagnosticando a embriaguez quanto a espécie e intensidade — necessitando ser esta plena e fortuita para inibir ou dirimir a responsabilidade penal — não menos verdadeiro ser algo forçado imaginar que as entidades da toxicomania e toxicofilia derivam, imperiosamente, de vício orgânico.

A procura de drogas — dizem alarmante... — parece, hoje em dia mais ou menos pacífico, defluir de imposições exógenas causadas pelos recalques e frustrações a que estão expostos aqueles que vivem numa sociedade egoísta, desumana, eminentemente individualista, carente de justiça social.

Demais disso, talvez porque não despertasse tanto interesse naquele momento, não mereceu atenção a discussão em torno da chamada “progressividade” no uso de substâncias entorpecentes — o agente passaria obrigatoriamente do consumo de “droga menos forte” para outra “mais ativa ou potente” e da ingênua curiosidade ao tráfico — verdadeiro tabu desmistificado por dois documentos posteriores à edição, o relatório Schaffer e o Livro Negro da Máfia, conforme nos noticiam Heleno Fragoso e Yolanda Catão (Abuso de Drogas na Legislação Penal Brasileira, Liber Juris, Rio de Janeiro).

De qualquer modo, porém, CRIME DE PERIGO ABSTRATO foi obediente a seu fim; parece que o brado e o silvo estão sendo escutados.

TÁTICA E TÉCNICA DA DEFESA CRIMINAL (J. Ozom Editor, Rio de Janeiro, 1962) é um livro delicioso;

uma conclamação ao exercício advocatício limpo, ascensional, uma homenagem ao “sentido do decoro, da verticalidade, da honradez e da grandeza que sempre devem aureolar o exercício da nobre profissão”, deduzindo ser possível a tectura defensiva sem chicana, deslealdade e desonestidade. Verdadeiramente, é o reflexo, é a visão profissional de seu criador.

Através da carta que lhe é dirigida e que está publicada na Nota do Editor de Direito Penal Desportivo, o Ministro Nelson Hungria — agradecendo o exemplar recebido — tece as seguintes considerações em face do lançamento: “Enterneceram-me (é o termo adequado) as palavras tão amáveis com que Você se refere a este seu criado Matias. Devo dizer que não me foi dado ler o seu artigo no “Jornal do Comércio” sobre a fracassada reforma do nosso Código Penal, pois, do contrário, eu me teria manifestado, acentuando o mérito do seu apoio à minha afirmativa acerca do muito de atualizado que ainda representa esse diploma legal.

As suas observações em torno à defesa criminal e os conselhos que dá a respeito são de irrepreensível justiça. O seu livro, sobre ser uma sucessão de páginas de autêntica sabedoria jurídica, é um pequeno tratado de psicologia judiciária”.

Nada mais exato! Continuemos.

Nítida é a impressão, que Serrano Neves, no trato e na convivência diuturna com os colegas, pôde observar — principalmente nos recém-formados — o despreparo de muitos para arrostar com a prática defensiva substancial, *i.e.*, na inquirição e reinquirição de testemunhas, na opção pela tese, no estudo do processo, no relacionamento com Juizes e Promotores, no comportamento pessoal e profissional nas audiências, o aparte e o discurso no Júri e Tribunais Superio-

res, enfim, com as barreiras da vida profissional, para as quais não recebe o acadêmico treinamento condizente a ultrapassá-las.

Na tentativa de suprir tais carências, por inspiração do conhecimento amalhado, reside, a nosso ver, o mérito maior do trabalho.

DIREITO PENAL DESPORTIVO (Editora Minerva, Rio de Janeiro, 1963) inaugura uma série — passando por “DOPING”, HOMICÍDIO e LESÕES NO DESPORTO — que não pôde completar-se. A morte impediu que o autor terminasse seus Comentários ao novo Código Brasileiro Disciplinar de Futebol, diploma pelo qual tanto lutou e que ajudou a criar, deixando manuscrito o esquema e as suas primeiras ponderações.

A monografia — primeira e talvez única composta com rigor científico sobre a problemática no país — coloca, com o título, a questão primordial para debate: Da existência do Direito Desportivo e do Direito Penal Desportivo.

Referindo-se, na introdução, à obra de Jean Azéma (*La Responsabilité en Matière de Sports*, Paris, 1935) Serrano Neves objurga os penalistas, que, na sua maioria — nacionais e estrangeiros — não tiveram a coragem de admiti-los. É citado o Prof. Oscar Stevenson, em sua tese de concurso, *da Exclusão de Crime — causas não previstas formalmente* — de 1941, à guisa de reforço de argumentação: “Tantas e tão notáveis as relações jurídicas engendradas pelos desportos nos dias do presente, quer na órbita penal, quer na órbita cível, que os mais audazes proclamam o direito esportivo como realidade.”

Inegavelmente, o Direito Desportivo é hoje reconhecido e codificado no Brasil e no mundo. Tendo em vista o Direito Penal Desportivo, ficamos

com a prudência de Carlos Broudeur (*La Delincuencia en el Deporte*, De Palma, Buenos Aires, 1956, p. 47) “(...) se nos ocurre es preguntarnos si se trata realmente de un delito en la acepción cruda y corriente del vocablo, o de una simple infracción disciplinaria de las reglas del deporte”.

Merece transcrição, a pregação do Prof. Luis P. Sisco (*Delitos cometidos en ejercicio del esporte*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, págs. 20-22), pela concisão com que enfrenta a suposta existência do Direito Penal Desportivo: “Autores de gran nombradía se refieren al tema que estamos estudiando, y llamándolo ‘delito deportivo’. Así lo hacen, por ejemplo Delogu, en el tratamiento de un trabajo publicado en ‘Annali de Diritto e de procedura penale’, Agustín Martínez, en un artículo publicado en Cuba en 1932; G. Penso, en publicación de ‘Il pensiero giuridico penale’; Severino, en ‘Foro Italiano’, años 1929 y Milano 1930; Lorenzo Carnelli; Fragola; Jiménez de Asúa y muchos otros.

También se encuentra igual denominación en el Código de Defensa Social Cubano, donde en el libro II, el Título IX, ‘Delitos contra la vida, la seguridad corporal y la salud’, dedica el capítulo V, al tratamiento de lo que denomina ‘Delitos deportivos’, capítulo del que nos ocuparemos oportunamente.

No creemos que sea acertada esta denominación. La calificante ‘deportivo’ que se otorga al delito, no varía de ninguna manera el carácter delictual del hecho. Si la práctica del deporte, trae como consecuencia la comisión de un delito contra la persona física ofendida, estaríamos frente a un caso de homicidio o de lesiones, con los atenuantes o agravantes que presentara el caso, ‘en cuanto delito’. No habría, pues, diferencia alguna, en cuanto al hecho en sí y su ubicación

dentro de la figura delictiva correspondiente, entre el cometido en una lid deportiva, o el cometido fuera de ella. No hay por qué hacer una calificación especial del delito deportivo, porque el ejercicio del deporte puro, como actividad lícita que es, no puede ser calificada de delito; y si el resultado físico dañoso ocurre con motivo, en ocasión o en ejercicio de una actividad, el acto resultante será eso: delito cometido en ejercicio de una actividad deportiva, y nada más. La actividad deportiva puede no ser otra cosa que el ‘medio para cometer un delito’, como es medio posible la inundación, el estrago, el fuego, o cualquier otro idóneo al fin propuesto. Si un individuo en la calle ‘dolosamente’, pega un puntapié a otro, y le produce lesiones graves, habrá cometido el delito de lesiones; si el mismo hombre también ‘dolosamente’, aplica a la víctima un puntapié similar, en una cancha de fútbol habrá cometido igualmente delito de lesiones; simplemente de ‘lesiones’; nunca ‘delito deportivo’ de lesiones; siempre, en casos así: delito de lesiones, ‘en el ejercicio de una actividad deportiva’. El razonamiento debe ser el siguiente:

a) por principio la actividad es lícita;

b) en orden a esa licitud, debe partirse del supuesto de que, las lesiones o el homicidio producidos, son la consecuencia lícita de una actividad lícita, ‘salvo prueba en contrario’;

c) cuando la prueba producida demuestre que la lesión o el homicidio son la resultante de una actividad dolosa o culposa, entonces se estará frente al delito de lesiones u homicidio con las calificaciones penales que le correspondan;

d) en el caso del punto b) no hay ‘delito deportivo’ porque no hay de-

lito de ningún género; en el caso del punto c) habrá delito de homicidio o lesiones cometido en ejercicio del deporte. Nunca, pues, ‘delito deportivo’.

Evidentemente, o direito penal, posto cientificamente, tem o crime como pressuposto e objeto de investigação sob método lógico — formal e a pena — sanção peculiar, retributiva, privativa da liberdade — como sua consequência jurídica. Ao contrário, o Direito Desportivo, é um apanhado de princípios e conceitos importados dos Direitos Administrativo, Civil e mesmo Penal e as penas por ele impostas não têm o escopo e a natureza da reprimenda penal. Advertência, suspensão por dias e jogos, e eliminação, têm correlação com o Direito Administrativo-Disciplinar, conquanto, os institutos do Direito Criminal, notadamente, os da Parte Geral, tenham aplicação no capítulo das infrações, suplementarmente.

Independentemente disso, o esforço de Serrano Neves levou-o a publicar, em linguagem cuidadosa, verdadeira jóia, projetando institutos da teoria do crime e da pena no Direito Desportivo, incrustando-a com alusões constantes à doutrina e ao Direito Comparado.

Na abertura, defende a unidade fundamental do direito repressivo; no seguimento, procura persuadir quanto a existência do Direito Penal Desportivo; discorre sobre lesão desportiva, localizando-a na medicina legal, a menoridade e o desporto, a individualização da pena, circunstâncias atenuantes e agravantes, reincidência, legítima defesa, força maior, rixa, excesso culposos, suspensão condicional da pena, excludentes da culpabilidade, coação do noticiário e da plateia, das emoções, comentando-as no Direito Desportivo à luz do Direito Penal, com a autoridade de quem

ostentava vertical formação em ambas as especialidades, visivelmente influenciado por Delvechio (*La criminalità negli "Sports"*, Bocca-Editori, Torino, 1927).

O livro foi dedicado a alguns dos integrantes do primeiro time do Direito Desportivo, — ilustrada linha de *forwards* que tanto e tão potentes *shoots* desferiu em nosso desânimo, a fim de que este trabalho fosse realizado, dentre eles, Aníbal Moreira Pellón, Oswaldo Astolpho de Resende, Antônio Evaristo de Moraes Filho e Horácio da Silva Pinto, o último, por mais de quarenta anos amigo do “dia-a-dia” de Serrano Neves.

IMUNIDADE PENAL (Alba, Rio de Janeiro, 1967) é a moldura do quadro de melindres, maledicências e incompreensões a que está sujeito o advogado — no foro ou fora dele — em sua missão. Disserta sobre a *libertas conviciandi*; sobre a controvérsia criada em torno da natureza jurídica da Ordem; e mais, tange, em nuances, Deontologia e Diceologia profissional.

De particular importância, sua posição com respeito à calúnia não estar coberta pela causa especial de exclusão de punibilidade prevista no inciso I do artigo 142 do Código Penal. Com efeito, respeitando-se as doudas opiniões divergentes, a advocacia é profissão que repele privilégios. Não se compreenderia, assim, que se permitisse ao advogado, órgão auxiliar da justiça, ultrapassando os limites da necessidade e da utilidade do ataque à pessoa de seu adversário — ou do patrono — vir a poder imputar falsamente, a este ou àquele, fato definido como crime. O direito de defender não vai tão longe. A falsidade é incompatível com o decoro e com o sentido da profissão. É suportável que, vibrando intensamente, — como

dizia Serrano Neves, em “explosões de fúria sagrada” — exceda-se na locução ou não freie a pena; mas, daí, desculpar-se suas arrojadas incursões no pantanal do *falsum*, a distância é longa, certo que, “o caluniador — sabe-se — além de fornecer, falsamente, às autoridades, uma *notitia criminis*, aponta-lhes um *auctor criminis*. Portanto, com a calúnia, pratica ato duplamente reprovado, pois, ofendendo, dolosamente, uma pessoa física, pode provocar, contra esta, injusta reação da justiça. Daí algumas codificações, como a italiana, verem no crime de calúnia, um ilícito contra a administração da justiça”.

Agoniado pela forma, ele mesmo, e duramente, criticou, entre os íntimos, a revisão de “DOPING”, **HOMICÍDIO E LESÕES NO DESPORTO**, pensando ampliar e corrigir os erros numa segunda edição. A publicação da Editora Alba, Rio de Janeiro, 1967, não sendo um modelo de correção, traz a lume trabalho precioso, pioneiro, quando mostra a impossibilidade jurídica da adequação da conduta ao tipo do estelionato.

Nesse tópico, encarece reprodução total da brilhante explicação, firmando seu ponto de vista:

“Positivo ou negativo, o “doping” é sempre manobra cruel contra o animal. Se negativo, fere-lhe a boca; lesiona-lhe o ouvido. Se positivo, dele exige esforço terrível, trabalho superior à sua produção, ou capacidade, pois, não tendo pernas, esforça-se o animal, com grave prejuízo da saúde, para realizar o que não pode.

Penalistas brasileiros — destacadamente Aníbal Bruno e Nelson Hungria — a despeito do “mistério” do “doping”, já o ajustaram (para nós forçando a pena) ao juízo de censura do art. 171 do Código Penal, havendo, portanto, como *crimen stellionati*, ou *crimen extraordinarium*.

Nelson Hungria, referindo-se ao “doping” negativo, entende que há, na hipótese, “emprego de ardil, isto é, o “doping” negativo aplicado aos parceiros com maiores probabilidades de vitória”. Já Aníbal Bruno fala em artifício, para assinalar que “o nosso Código alarga as possibilidades de definição dessa espécie punível”, pois “admite como eficaz para configurar o estelionato, além do ardil ou do artifício, qualquer outro meio fraudulento”.

O “doping” — repitamos — é manobra pífia em relação ao jogo e cruel em relação ao animal. Precisa, portanto, ser perseguido, e com rigor, pela lei penal. Mas é necessário, em nosso entendimento, que uma disposição adequada passe a incriminá-lo diretamente. Enquanto isso não ocorrer no Brasil, os doutrinadores pátrios, impressionados com a sua prática, vão abrindo mão, desnecessária e perigosamente, da censura, universalmente feita, da analogia ad malam partem. E daí, a colocação do “doping” sob a censura do caput do artigo 171 do Código Penal vigente.

Essa habilidosa analogia in malam já “fez escola”, como se sabe, na Argentina. Mas, como também é sabido, contra essa apreciação sintomática do delito, ali reagiu, de pronto, a corrente realística, pois a verdade é que a primeira corrente acabaria por admitir a punição da cogitatio, ou da tentativa impossível, ao apreciar o problema do “doping”.

Nossa divergência com os autores citados se funda em fatos e não em palavras. E esses fatos são os seguintes:

a) incerteza quanto aos efeitos das drogas como meios seguros de alcance do resultado;

b) pouca viabilidade do “doping” positivo, pois, internacionalmente, vi-

gora a proibição de administração de qualquer substância medicamentosa ao animal sete dias antes da carreira; por outro lado, outra regra do “turf” ordena o exame do parceiro duas horas antes do páreo; e, finalmente, mais uma regra exige, ao fim das corridas, o exame de laboratório, para a verificação da saliva, da urina e dos olhos dos animais;

c) improbabilidade do “doping” negativo, pois, além das cautelas acima referidas, é ele policiado, à distância, por poderosas lentes e implacáveis filmes (estes impeditivos do chamado “doping físico”).

Com base em acreditados escritores de Direito Penal, entendemos que, quando a nossa codificação fala em artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, não deixa de pressupor, nas manobras que especifica, a necessária idoneidade, ou eficácia causal. É o que se depreende, pelo menos, da inteligência dos artigos 11 e 14 do Código Penal.

Severiano, depois de citar vários autores, nacionais e estrangeiros, observa: — “E agora, pergunta-se: basta qualquer ardil ou outro meio fraudulento, mesmo grosseiro! Não e nunca, sustentam os estudiosos da matéria. A investigação da idoneidade do meio é imprescindível, para estabelecer o nexo da causalidade entre ele e a vantagem obtida, residindo aliás aí a grande diferença entre fraude civil e penal. A regra é que o meio empregado no estelionato deve ser idôneo. Quando se diz que deve ser idôneo, não se quer dizer que possa induzir em erro toda a pessoa, mesmo porque, nos processos-crimes, não se cogita de apreciar um indivíduo, mas o indivíduo. Agente e vítima têm que ser estudados levando-se em conta o meio social em que vivem, sua instrução, sua experiên-

cia, etc. Quando Viveiros de Castro falava em ardil capaz de iludir a sagacidade ordinária ou a prudência ordinária, fazia, por certo, incluir dentro das mencionadas expressões, a situação dos participantes no fato objeto da indagação".

"DOPING", HOMICÍDIO E LESÕES NO DESPORTO, tal qual DIREITO DESPORTIVO, recebeu esmerado tratamento, quando as regras da teoria do crime, no caso, nos domínios da antijuridicidade, são alinhadas com as de Direito Desportivo Disciplinar.

DA TUTELA PENAL DO CORAÇÃO (Editora Aurora, Rio de Janeiro, 1968) é uma advertência, um convite à reflexão dos juristas, para os intrincados problemas legais que poderiam surgir com o progresso da medicina, em especial no terreno dos transplantes cardíacos. A narrativa está delineada para ser uma revisão dos conceitos de vida vegetativa, urgência médica, morte aparente e de fato, condições de sobrevivência, o consentimento do doente ou de parentes, a publicidade, o êxito e o malogro da operação cirúrgica, a alienação onerosa do cadáver, o *funerum ritus ecclesiasticus*, o diagnóstico precoce da morte, questões instruídas por copiosa legislação comparada e citações doutrinárias de renomados especialistas.

Muito do que preconizou acabou por ser previsto e regulado, apesar das erronias e impropriedades à técnica legiferante, na Lei n.º 5.479, de 10 de agosto de 1968, que dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do cadáver para finalidades terapêuticas e científicas, remetendo os infratores do seu artigo sexto às penas do artigo 211 do Código Penal, se o cadáver não for con-

dignamente recomposto e entregue aos responsáveis para o sepultamento.

Parece comportar a espécie o fenómeno da chamada paratipicidade, eis que no dizer de Jorge Nova Pereira (*La Paratipicidad Penal*, Temis, Bogotá, 1979, págs. 7 e 8) "*El tipo penal se presenta como descripción abstracta y general de una conducta humana cualquiera; el paratipo, en cambio, no es propiamente descripción abstracta ni general, sino más bien descripción concreta, singular de una conducta también particular, individual. Consideramos indispensable puntualizar bien esta diferencia, pues ella indica directamente el radio de acción de cada una de estas figuras jurídicas; el primero es amplio; el segundo, restringido; en el primero puede encuadrarse una pluralidad de comportamientos humanos, siempre que tengan un denominador común, es decir, que sean de la misma naturaleza; en el segundo, en cambio, solo es posible enmarcar el singular comportamiento descrito en él.*"

Ilustremos este planteamiento con un ejemplo práctico: cuando el art. 362 del Código Penal preceptúa que quien, con el propósito de matar, ocasiona la muerte a otro, incurrirá en determinada sanción, está describiendo, dentro de esta fórmula abstracta, amplia y general, el delito de homicidio. Pues bien: si, a pesar de existir esta norma típica en la ley, el legislador dijese en otra norma que quien, con intención de poner fin a la vida de una persona, le apriete con una soga el cuello hasta causarle la muerte por asfixia, incurrirá en el delito de homicidio, estaría, desde luego, haciendo una repetición de la descripción típica de este delito, pero de una manera particular, determinada. Es que la muerte de una persona se puede ocasionar de diversas maneras, y

si se quisiese incriminar, por separado, cada uno de estos peculiares modos de matar, se caería en la casuística más imperdonable del derecho; sería atentar mortalmente contra la técnica legislativa.

Pues bien. A esta última norma es a la que llamamos "paratipo".

Mais perto da figura do vilipêndio, seria preferível endereçar tais condutas, ainda que sob "paratipo", às penas do artigo 212, aparentando verossimilhança objetiva e subjetiva no enquadramento típico.

PRÁTICA FORENSE E EXAME DE ORDEM (Edições Trabalhistas, 1.ª edição, Rio de Janeiro, 1970), é uma informação sobre a Ordem dos Advogados do Brasil e o Estágio Profissional.

Adverte os estagiários de seus direitos e deveres; versa os sintomas do não aparelhamento para o estágio gerando perplexidade e falta de interesse; o risco da advocacia não especializada; incompatibilidade e impedimentos do compromisso profissional; o pleito contra o direito, os bons costumes e a segurança do país, salientando as delicadíssimas contravérsias vinculadas ao segredo profissional e sua disposição.

A parte prática vem plena de modelos, de requerimentos, declarações e atestados, sempre úteis aos neófitos, chamados aos brios pela Declaração dos Direitos do Homem e o Decálogo de Couture, que completam o opúsculo.

DIREITO DE IMPRENSA (Bushatsky, São Paulo, 1977), é produto de vivências, da simbiose entre o jornalista e o advogado. É possível discordar de SERRANO NEVES em algumas colocações e pontos de vista; impossível, contudo, deixar de reconhecer o trabalho como dos mais instru-

tivos na bibliografia brasileira acerca do Direito de Imprensa. Curiosamente, durante a detida meditação referente aos sérios problemas que a matéria suscita, alude, balizando o debate sobre *animus jocandi*, ao episódio por ele vivido, quando integrante de comissão examinadora de concurso de trovas sobre a Justiça, como redator do Diário da Noite, fez publicar na Folha de Minas, para estimular o concurso, uma de sua autoria, inspirada em crítica lida inerente a ru-moroso episódio judiciário:

De Themis já foi contada
a história controvertida:
ora é peitada e vendada,
ora é peitada e vendada...

O então magistrado do Supremo Tribunal Federal, Ministro Edgard Costa, participou a Serrano Neves que arquivara a quadrinha, declarando-a estupenda, por compreender, generosamente, o fim a que ela se destinava.

Não podemos concordar, todavia, com as considerações de Serrano Neves em torno do *corpus delicti* e do desvalor probante da entrevista gravada.

Pela clássica definição de João Mendes (PROCESSO CRIMINAL BRASILEIRO, 1911, II, pág. 6) corpo de delito é "o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso", imprescindível sua prova sempre que o crime deixar vestígios, por exigência do artigo 158 do Código de Processo Penal.

A Lei de Imprensa, nos artigos 43 e 57, de forma cogente, reclama que a inicial — denúncia, queixa ou a petição da ação que busca reparação de dano moral — deve ser instruída com o exemplar do jornal ou periódico, pois é sabido que, na busca ou tentativa de ampliar a comercialização, muitas vezes são produzidas

manchetes e cabeçalhos que se divorciam do fato jornalístico tratado na matéria propriamente dita, explorando-se o sentido dúbio e as ambigüidades que certas notícias podem causar. Visa a Lei, através de tal imposição, não só proteger, ampliando, a apreciação judicial, mas por via de consequência, o autor da entrevista, o qual disporá das faculdades previstas nos artigos 26 e 29, retificando espontaneamente as expressões anfibológicas ou apontando a divulgação, quer como inverídica ou errônea, tornando-se imune à ação penal.

No tocante ao desvalor probante da entrevista gravada — de resto, como de qualquer gravação — o Código de Processo Civil, lei posterior, prevê no seu artigo 383, que qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade. Expressamente Serrano Neves não levou em consideração essa realidade legal, *verbis*: “*Também não é admissível, como corpo de delito indireto, a gravação acaso levada a efeito, no sentido jurídico-processual desse vocábulo. Trata-se, em última análise, apenas de um tipo de espionagem acústica, como tivemos ocasião de acentuar, em entrevista jornalística*”.

Anotando essa assertiva no rodapé de página 283, notícia procedente da Justiça Americana, publicada na Gazeta de Notícias, de 5 de maio de 1966, página 11, sob o título “Impressões Vocais não fazem Prova em Juízo”: “*Notícias de White Plains (Nova Iorque) informam que pela primeira vez nos anais da vida forense americana, foram admitidas, como peças de convicção, ‘impressões vo-*

cais”. E acrescentam: “*Tais impressões são gravações gráficas dos sons obtidos com a ajuda de um espectógrafo sonoro e têm a aparência de manchas de feitiço e forma variáveis, resultando para cada som, um conjunto de fatores (força, entonação, etc.) que permitem identificação segura de seu autor.*”

O juiz do Condado de Westchester admitiu como peças de convicção essas impressões em caso de perjúrio”.

Garante a Lei Processual Civil, cuja aplicação é cabível pelas regras de suplementação e analogia, tanto ao Processo Penal ordinariamente, quanto às suas disposições na Lei de Imprensa, o direito da não admissibilidade da conformidade da gravação, porém, quem conhece a realidade judiciária, sabe, do grau de desconfiança e da fragilidade da posição daquele que negasse submeter-se à perícia.

Não sendo um estudo sistemático sobre a Lei n.º 5.250, DIREITO DE IMPRENSA, é digno de ornar as estantes dos profissionais do direito e do jornalismo, por seu matiz empenhadamente informativo.

Em VIOLENCIA E CRIMINALIDADE (Forense, Rio de Janeiro, 1980), coletânea com os Profs. Damásio Evangelista de Jesus, João de Deus Menna Barreto, René Ariel Dotti e Roile A. Metzker Coutinho, relatar a experiência comum e as conclusões tiradas como integrante do Grupo de Trabalho que estudou para o Governo Federal as causas da criminalidade urbana. São execrados os regimes autoritários, proclamando que com eles não se pode colaborar nem por descuido. Desnudando o democrata liberal, protesta contra os delitos dos agentes da autoridade, classificados na órbita daquilo que denomina “violência inversa”, reco-

nhecendo os defeitos e a insuficiência da Lei n.º 4.898 para represar esta vertente de criminalidade. Identifica-se com a escola neo-defensionista, na trilha seguida por Marc-Ancel em França e Felippo Gramática na Itália.

A TUTELA PENAL DA SOLIDÃO (Edições Trabalhistas, Rio de Janeiro, 1981) foi o último esforço intelectual sobre uma antiga preocupação; violação da privacidade: “Deixe-me estar em paz e, portanto, já suficientemente molestado pelo barulho de minha própria solidão”. Nele é ferido o tema da tutela penal da vida privada e da intimidade, seus fundamentos perante os Direitos Humanos, a relação com o direito judiciário, as teorias da prova e a jurisprudência, espertando perigo no aprimoramento tecnológico de aparelhos dirigidos à espionagem. É estabelecido o alcance da tutela, pelo conceito de intimidade, nas Constituições e legislações ordinárias de vários países.

IV

Pretendendo elevar o advogado, D'Aguesseau definiu Serrano Neves:

“*Celui que n'aspire à la grandeur que par sa vertu, à la gloire que par les services, à la fortune même que par ses travaux, ne trouve point de profession qui l'y élève par des moyens plus naturels, par des efforts plus dignes, plus sentis ceux de l'avocat.*”

No lutooso sábado de julho, perdeu a advocacia criminal um dos seus luzeiros; o Conselho Federal da Ordem, leal e dedicado Conselheiro; as letras jurídico-penais, seu operário do inexplorado; o Conselho Nacional de Política Penitenciária, dos mais inflamados incentivadores; a Justiça e o Direito Desportivo, o imparcial Juiz e profícuo reconstrutor; o Brasil, grande cidadão e a família seu carinhoso condutor.

O modesto autor destas linhas perdeu o companheiro diário, Mestre e amigo inesquecível.

INCITAÇÃO SUBVERSIVA. GREVE DOS METALÚRGICOS

Importante decisão proferiu o STM, por unanimidade, no odioso processo movido contra líderes sindicais paulistas, por causa da greve dos metalúrgicos de 1980. Era mais do que claro que uma greve pacífica, sem qualquer conotação política fora do âmbito trabalhista e sindical, jamais poderia ser um crime político. Isso mesmo afirmou o tribunal, julgando a apelação n.º 42.970, em que foi relator o Ministro Gen. Ex. Dilermando Gomes Monteiro, declarando "não comprovado intuito político, ideológico ou subversivo, imprescindível para que sejam os acusados incursionados na lei de segurança nacional".

Empenharam-se os metalúrgicos de São Bernardo do Campo, de Santo André e Diadema, em greve pacífica, sem qualquer conteúdo político. A greve tinha por objetivo exclusivamente reivindicações relacionadas com o contrato de trabalho. Os metalúrgicos pretendiam aumento salarial, garantia de emprego e que fosse aprovada a instituição do delegado sindical.

A Justiça do Trabalho, numa reviravolta desconcertante, depois de se proclamar incompetente para decidir sobre a legalidade da greve, em nova decisão, no dia 14 de abril, declarou a greve ilegal. Para voltar sobre seus passos, a Justiça do Trabalho teve de considerar, ridiculamente, que a greve que prosseguia era uma *segunda greve*, que ensejava uma nova decisão sobre coisa já decidida. O TST manteve a decisão sobre a ilegalidade da

greve, sobre a qual não chegou a se pronunciar o STF.

Em 17 de abril, o Ministro do Trabalho decretou a intervenção no Sindicato, acionando assim o instrumental de controle que em nosso direito trabalhista existe, desde a ditadura de Vargas, mediante o qual o Ministério do Trabalho domina, com mão de ferro, os sindicatos.

O que se passou em São Bernardo do Campo, transformada virtualmente em praça de guerra, é indescritível. Para reprimir as manifestações e as reuniões dos trabalhadores, a cidade foi ocupada pela polícia militar e pela polícia civil, auxiliada por agentes dos órgãos de segurança, carros blindados e carros da ROTA, inclusive caminhões do Corpo de Bombeiros, para lançar água sobre os operários. Os policiais atacaram a multidão, com cassetetes, cães amestrados e bombas de gás. Helicópteros sobrevoavam a área. Parlamentares tiveram suas imunidades desrespeitadas e jornalistas foram agredidos.

A pressão contra os trabalhadores conduziu ao seu enquadramento ilegal na lei de segurança. A diretoria do sindicato foi presa, com mandados expedidos pela polícia política. A prisão preventiva foi decretada em 8 de maio surgindo logo a informação de que seria revogada se a greve terminasse. A greve durou 41 dias.

Os grevistas foram acusados de terem praticado o crime de incitação à desobediência coletiva às leis, previsto no art. 36, II, Lei n.º 6.220. A

hipótese acusatória era a de que propugnaram pela continuação do movimento paredista, desta forma desobedecendo à decisão trabalhista, o que, na ótica acusatória, constituía desobediência coletiva às leis, e, portanto, crime contra a segurança nacional.

Crimes contra a segurança nacional são os crimes contra os interesses políticos da Nação, ou seja, crimes políticos ou contra a segurança do Estado. Todos os crimes afetam, em maior ou menor extensão, a ordem pública ou a paz pública, na medida em que se dirigem contra o estado de tranqüilidade e segurança que a ordem jurídica estabelece. A distinção clara entre crimes comuns e crimes políticos está na natureza das coisas. Os crimes políticos distinguem-se porque atingem, em termos de dano ou de perigo, interesses políticos, ou seja, a segurança do Estado.

Desde Feuerbach e Jeremias Bentham, os crimes contra a segurança do Estado dividem-se em duas grandes categorias: crimes contra a segurança externa e crimes contra a segurança interna. A segurança nacional compreende a segurança externa e a segurança interna. A primeira se refere a bens e interesses que se relacionam com a existência, a integridade, a unidade e a independência do Estado. A segunda refere-se a bens e interesses que se relacionam com a existência e a incolumidade dos órgãos supremos do Estado, bem como com a inviolabilidade do regime político vigente. A segurança externa gravita na órbita da *traição* à pátria; a segurança interna, na órbita da *sedição* ou da *rebelião*.

Do ponto de vista objetivo, os crimes contra a segurança nacional exigem uma potencialidade de dano aos interesses da segurança externa ou interna. Do ponto de vista subjetivo, é necessário que a ação se pra-

tique, no plano de segurança interna, com o propósito político-subversivo. A ofensa que se pratique à segurança interna sem esse especial fim de agir não é crime contra a segurança do Estado. Assim, o roubo que se pratique sem finalidade político-ideológica é apenas um crime comum. A ofensa, que por motivos particulares alguém fizesse ao Presidente da República não seria um crime político e não poderia ser julgada pela Justiça Militar, cuja competência é constitucionalmente limitada ao julgamento dos crimes contra as instituições militares e a segurança nacional.

Esta concepção dos crimes contra a segurança nacional corresponde a uma visão liberal que o STM sempre manteve, por sua vocação democrática, mesmo nos piores momentos de anormalidade institucional que vivemos em passado recente. A essa visão opõe-se em geral o Ministério Público sustentando que a segurança nacional é o estado de segurança contra ações que se dirigem contra a garantia de execução dos objetivos nacionais permanentes, entre os quais está a paz social. De tal modo que teríamos crime contra a segurança nacional em todo fato definido na LSN sempre que se dirija contra um objetivo nacional permanente. É preciso porém não confundir o sentido *estratégico* da segurança nacional com a tutela jurídico-penal dos crimes contra a segurança do Estado. Não foi intenção dos que elaboraram a doutrina da segurança nacional apagar a claríssima distinção entre crime comum e crime político. Se todos os crimes ofendem a paz social é claro que todos os crimes seriam contra a segurança nacional, se se admitisse a esdrúxula interpretação que impugnamos. Crimes contra a segurança nacional são somente os que se dirigem contra a segurança interna do Esta-

do e contra sua segurança externa. Trata-se aqui exclusivamente, como a doutrina afirma sem discrepâncias, exclusivamente, dos *interesses políticos da nação*. No plano da segurança interna, esses interesses não são atingidos quando falta o propósito político-subversivo. A própria doutrina da ESG ensina que se trata, no plano interno, de "reprimir o processo subversivo". Não há processo subversivo sem motivação político-ideológica, que se orienta no sentido da sedição. Admitir que os crimes contra a segurança nacional prescindem do propósito político-subversivo, quando se trate da segurança interna, corresponde a uma visão totalitária e fascista dos crimes contra a segurança do Estado, de que sempre se afastaram o STM e o STF. Isso se poderia facilmente demonstrar com inúmeros acórdãos, notadamente em crimes de manifestação do pensamento.

É verdade que, nos últimos tempos, o STM se tem afastado desta concepção liberal, admitindo a existência de crime político sem o propósito político-subversivo e sem que na conduta se identifique conotação político-ideológica. Isso se viu na condenação do padre Réginaldo Veloso, acusado de propaganda subversiva por ter ofendido o STF em versos compostos em homenagem ao padre Vito Miracapillo, por ocasião de sua expulsão. Essa decisão injustíssima (porque não havia propaganda alguma e muito menos o propósito subversivo) foi tomada por maioria de votos.

Na greve dos metalúrgicos de São Paulo não havia, evidentemente, crime político. A acusação foi levantada como forma de pressão terrorista para pôr fim à greve.

O acórdão, admitindo a controvérsia na interpretação da LSN pre-

tende proferir "decisão verdadeiramente arbitral". A decisão orienta-se no bom sentido, exigindo que a conduta delituosa revele "intenção político-ideológica, de perigo, com força de ameaçar a segurança nacional".

Vê-se, pois, que a Alta Corte, na "decisão arbitral", fica com uma visão democrática do crime político, e desta forma fiel às suas tradições liberais.

O voto em separado proferido pelo Ministro Brigadeiro do Ar, Antonio Geraldo Peixoto, afirmava a competência da Justiça Militar, mas terminava por absolver os acusados. Nesse sentido também se pronunciaram os ministros general Reynaldo Mello de Almeida e Alnte. Sampaio Fernandes. A incorreção desses votos é, a nosso ver, manifesta. A questão da competência da Justiça Militar, como observou, com toda a propriedade, o Ministro Jorge Alberto Romeiro, era uma preliminar do mérito. A incompetência teria de ser proclamada se se constatasse terem os acusados, em tese, praticado não um crime político, mas sim o crime comum, previsto na lei de greve (artigo 29). Foi o que corretamente entendeu a maioria, remetendo os autos à Justiça Federal.

Todavia, mesmo no voto do Ministro Antonio Geraldo Peixoto está consignada a exigência do "intuito de colocar em perigo a segurança nacional".

Quanto à desobediência coletiva às leis, temos outras ponderações a fazer. No caso, tratava-se de incitação à desobediência de uma sentença, que, por sinal, não havia transitado em julgado.

O que a Lei de Segurança Nacional incrimina é a incitação à desobediência coletiva, ou seja, da generalidade das pessoas que compõem a população, às leis (no plural). Trata-se

de ação de vasta envergadura, capaz de criar um virtual estado de anomia, em que não prevaleça o sistema de ordem e segurança instituído pelo ordenamento jurídico. A ação deve ter potencialidade para afetar a estrutura jurídica da Nação e a inviolabilidade dos órgãos de governo. Num regime democrático o governo se faz através de leis. Só através da lei pode alguém ser constrangido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Só há instigação *subversiva* quando se trata de instigar à desobediência das leis em geral, para atentar contra a segurança interna, num processo subversivo.

A história do movimento sindical está marcada por lutas heróicas dos trabalhadores, pelo direito de se organizar para pleitear por seus interesses. A burguesia em ascensão via com inquietação as coalisões de operários. Na Inglaterra, as leis de 1799 e 1800 declaravam criminosas as uniões de trabalhadores, afirmando-se então que tais uniões eram conspirações criminais contra a público.

Essas leis foram abolidas em 1824, mas persistiram por longo tempo as medidas legais e administrativas contra os sindicatos. Só em 1871 foi aprovada legislação isentando os sindicatos de perseguição por impedimento do livre comércio ("restraint of trade"). Nesse ano foi aprovada a "Trade Union Act", que legalizou os sindicatos. No final do século, os sindicatos lutavam pelo salário mínimo e pela jornada de 8 horas.

Analisando-se as medidas legais previstas contra trabalhadores, o que se percebe é que o Estado, com o seu imenso potencial de repressão, se põe do lado dos patrões, reduzindo e reprimindo o poder de pressão da classe trabalhadora, na luta desigual por melhores condições de trabalho.

No sistema econômico-social em que vivemos, a greve é a derradeira arma de luta do trabalhador, na luta desigual entre operários e patrões. Proclamando a liberdade do contrato, a generosa filosofia política do século das luzes, inspirada nos fisiocratas, haveria de conduzir ao predomínio completo dos empregadores e a virtual opressão dos empregados.

É fácil compreender que o princípio da autonomia da vontade é puramente ilusória entre o forte e o fraco. O contrato se transforma virtualmente num sistema de poder, tornando-se expressão da lei do mais forte.

A greve afirmou-se como instrumento de luta dos empregados e se transformou num *direito* proclamado em constituições e em documentos internacionais.

Por que existem greves no Brasil? A realidade brasileira, como a de tantos outros países do Terceiro Mundo, caracteriza-se pela escandalosa *desigualdade social*, que, segundo o Censo de 1980, está aumentando. Todos os estudos recentes sobre a questão salarial revelam que os salários reais estão caindo desde 1964. O que um trabalhador pode hoje comprar com o seu salário é muito menos do que podia comprar com os salários de 1964. Os aumentos de salário nominais são inferiores ao aumento do custo de vida.

As multinacionais pagam aos trabalhadores brasileiros incomparavelmente menos do que pagam aos trabalhadores de seus países de origem. A General Motors admite que os salários representam 8% na composição dos custos de seus veículos fabricados no Brasil, ao passo que, nos Estados Unidos, este item sobe a 36%. Em estudo publicado em 1979, PAULO FREIRE mostra que nas fábricas de produtos metalúrgicos os salários repre-

sentam apenas entre 3% e 13% dos custos.

O Brasil é, pois, um paraíso para as multinacionais. O Vice-Presidente do grupo sueco Sandvik deu, em setembro de 1976, a seguinte informação (Jornal do Brasil de 30.09.76): "O salário médio por hora dos assalariados brasileiros nas diversas categorias está em torno de 2,5 dólares, enquanto na Europa e nos Estados Unidos, é de 6 a 7 dólares por hora. Esse indicador traça a potencialidade do Brasil como mercado e a oportunidade de obter custos competitivos produzindo aqui."

A realidade, no entanto, é pior. FAUSTO CUPERTINO, em estudo recente (*Concentração de renda no Brasil*) mostra que o salário médio horário na indústria brasileira era de 95 centavos de dólar. Estudo da Secretaria de Saúde de São Paulo veio indicar que a elevação do índice de mortalidade infantil no Estado está em estreita relação com a queda do salário real.

Em matéria penal, a tendência, desde as leis inglesas de 1824, é a de restringir a punição às hipóteses de violência. Infelizmente, temos hoje no Brasil uma lei antigreve, elaborada em particular momento histórico, logo após o movimento militar de 1964. Naquela época estávamos sob a influência de greves políticas, realizadas ao tempo do governo João Goulart, por organismos ilegais (CGT, PUA, CNTI, etc.). A lei vigente, como já afirmamos, é lei penal, estabelecendo pena para diversas ações relacionadas com a greve ilegal. As san-

ções dessa lei é que seriam aplicáveis aos acusados.

E temos a lei de segurança nacional, que funciona como instrumento terrorístico para perseguir trabalhadores e para possibilitar violências contra eles. É mais do que claro que a greve só pode interessar à segurança do Estado quando realizada com propósito político-subversivo.

Vigora no Brasil uma estrutura sindical corporativista, que remonta à ditadura de Vargas e que nunca foi alterada. Essa estrutura impede a liberdade sindical, fazendo com que o sindicalismo seja para o governo um instrumento de manipulação da classe operária.

Os operários julgados pela Justiça Militar lutavam contra isso, de forma desigual, tendo sido esmagados. Os patrões tinham de seu lado a polícia política e o formidável aparato repressivo do Estado, quando deveria ser exatamente o contrário. Foram perseguidos, presos e chegaram a ser odiosamente condenados, por crime contra a segurança do Estado que não cometeram. Era importante humilhar e dominar os trabalhadores. O sindicalismo brasileiro revelou através dos sindicatos dos metalúrgicos de São Bernardo, Santo André e Diadema, independência e disposição de luta. Era preciso quebrar a crista dos trabalhadores através de uma perseguição brutal, implacável e exemplar. Pode-se dizer que a Justiça Militar serviu para isso, mas se recuperou com a decisão formidável de que damos notícia. (*Nota de H.C.F.*)

CRIME DE OPINIÃO. DIVULGAÇÃO SUBVERSIVA

Decisão luminosa proferiu o STM na AC 43.314, em que foi relator o excelente Min. JACY GUIMARÃES PINHEIRO. Referia-se o processo à

ação penal movida contra jornalistas e professores de Juiz de Fora, que haviam divulgado, em nota distribuída, publicada pela imprensa, à "malea-

bilidade da Justiça Militar". Os acusados estranhavam, na referida nota, decisão do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria de Juiz de Fora, que impôs prisão preventiva a um professor, depois de o ter afastado.

Os jornalistas e professores foram acusados de divulgação subversiva e de propaganda subversiva, crimes previstos nos arts. 14 e 42, V, da Lei 6.620 (segurança nacional), tendo sido absolvidos. Em grau de recurso o STM manteve a absolvição, entendendo que "a simples apreciação ou crítica, por si só, no que tange à *maleabilidade da justiça*, não tipificam infrações da Lei de Segurança Nacional". E acrescenta o acórdão: "O direito de opinião é um dos mais lidos apanágios dos povos livres e um dos mais fortes pilares na organização política dos verdadeiros Estados democráticos." (DJ 13.08.82, 7.611.)

Essa decisão revela a categoria do grande juiz que a redigiu, sem a menor dúvida uma das figuras mais destacadas do alto Tribunal. Lembramos as grandes decisões da Corte, notadamente em crimes de manifestação do pensamento, características de um tribunal democrático. Nos últimos tempos, o STM tem-se afastado, por vezes, de sua jurisprudência, formulada com base numa concepção democrática do crime político, segundo a qual se exige sempre, nos crimes contra a segurança interna, o propósito subversivo. Assim é que o tribunal manteve a condenação do padre Reginaldo Veloso, acusado de propa-

ganda subversiva por ter escrito versos ofensivos ao STF, numa situação em que rigorosamente não havia nem propaganda nem propósito político-subversivo. O Min. JACY G. PINHEIRO foi voto vencido nessa decisão.

A liberdade de opinião é um bem inestimável nos países livres e democráticos. O art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, dizia: "La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme". A liberdade de opinião é a liberdade de manifestar o pensamento. Trata-se, como ensina JACQUES ROBERT, da liberdade, para todo indivíduo, de adotar, em qualquer domínio que seja, a atitude intelectual de sua escolha, quer se trate de uma atitude interior, de um pensamento íntimo, ou de uma tomada de posição pública. Em suma, a liberdade para todo homem, de pensar e de dizer o que crê seja verdadeiro. É um aspecto essencial da liberdade do espírito.

São sempre odiosas as perseguições por crimes de opinião, comumente expressão de fidelidade ao regime. É nessas perseguições que se revela a índole democrática ou autoritária dos tribunais. Os regimes democráticos edificam-se à base de livre manifestação de idéias e opiniões. Nesses regimes os antagonismos são naturais, como são naturais as pressões das classes e interesses dominados. A decisão de que aqui damos notícia é dessas que honram e engrandecem a Justiça Militar. (Nota de H.C.F.)

JÚRI. QUALIFICAÇÃO INDEVIDA DO HOMICÍDIO. APELAÇÃO

Importante decisão proferiu o STF no RECr. 94.284-0, relator o Min. SOARES MUÑOZ (1.^a Turma), por unanimidade de votos. Tratava-se de decisão proferida pelo Tribunal do

Júri, na qual os jurados reconheceram a qualificação do homicídio pela ocorrência de motivo fútil. Contra essa qualificação insurgiu-se o acusado, reclamando do TJ do Rio Grande do

Sul que o mandasse a novo julgamento. O TJ, reconhecendo que a qualificação pelo motivo fútil não tinha apoio em qualquer prova dos autos, excluiu-a da condenação, retificando a pena imposta, sem anular o julgamento, e sem mandar, em consequência, o réu a novo júri. O MP estadual recorreu extraordinariamente, tendo o STF mantido a decisão.

Entendeu o Supremo Tribunal que a decisão recorrida encontrava apoio no item III, letra "c", do art. 593, CPP, combinado com o § 2.º do mesmo artigo, bem como na circunstância de descaber, nessa hipótese, recurso pedindo novo julgamento pelo tribunal popular. Entendeu o STF que não cabe mandar o réu a novo julgamento se não encontra apoio na prova dos autos decisão que qualifica o delito. E, como não cabe novo júri nesse caso, a solução jurídica só pode ser a retificação da pena, excluindo a qualificação, pois de outro modo tais decisões seriam irrecorríveis, o que contrasta com o princípio constitucional que assegura ampla defesa e com o que estabelece que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. A decisão foi publicada no DJ de 18.12.81.

Trata-se de saber que função desempenham, no delito de homicídio, os elementos que o tornam qualificado. O TJ do Rio Grande do Sul entendeu que "a circunstância qualificadora pertine à punibilidade e à aplicação da pena, em vez de concernir ao fato do crime. Como circunstância da pena, antes que circunstância do delito, o erro de julgamento, a seu respeito, é erro no tocante à aplicação da pena, da qual participa também o Conselho de jurados". Entendeu o TJ que a decisão sobre a pena é decisão sobre a me-

da da culpabilidade e que esta é pressuposto da pena e não componente do crime. Em consequência, a qualificadora, sendo circunstância simplesmente penal, constitui ponto secundário da causa, motivo pelo qual não comporta apelação para renovação do julgamento. Pode o Tribunal, assim sendo, retificar a aplicação da pena, sem ser preciso novo julgamento.

O STF acolheu integralmente os argumentos apresentados no acórdão recorrido, desprezando a opinião da Procuradoria Geral, que pretendia a reforma do julgado.

Há, a nosso ver, *data venia*, equívoco manifesto na decisão. Circunstâncias são elementos acidentais do delito, que com ele se relacionam, aumentando ou diminuindo a culpabilidade do agente ou a ilicitude do fato. As circunstâncias alteram a gravidade do fato, refletindo-se, por isso, na aplicação da pena. Nos tipos qualificados, determinadas circunstâncias são destacadas para constituir elemento integrante da figura típica, perdendo a natureza de circunstâncias. Nesse caso, temos um tipo derivado, que, partindo do tipo fundamental, passa a constituir uma nova figura do delito, com a incorporação de elementos novos, alguns dos quais podem constituir circunstâncias genéricas. As circunstâncias genéricas só se aplicam "quando não constituem ou qualificam o crime" (art. 44 CP). Aludindo ao homicídio qualificado, NELSON HUNGRIA ("Comentários", vol. V, n.º 9) ensina: "De simples *accidentalia* dos crimes em geral, tais circunstâncias passam a ser *essentia*lia ou *elementos constitutivos* do homicídio." Não se trata, portanto, de "circunstâncias da pena" (no sentido de que influem tão-somente no *quantum* da pena), mas de elementos do crime qualificado.

A culpabilidade é certamente pressuposto da pena. Mas é também, ao contrário do que supõe o acórdão do TJ do Rio Grande do Sul, componente do crime. Entende-se por crime o conjunto de pressupostos da pena. Ou seja: não só a culpabilidade como também a ação (ou omissão) tipicamente antijurídica.

Não vemos, pois, como deixar de anular o julgamento se é manifestamente contrária à prova dos autos a resposta dada pelos jurados a uma qualificativa do crime. A apelação

tem por fundamento o art. 593, III, letra "d", CPP. Os jurados nesse caso não erram sobre a aplicação da pena, mas sim sobre a realidade jurídica do fato ilícito.

Decisão correta proferiu o TJ do Rio de Janeiro na Apelação Criminal n.º 8.439, da 4.ª Câmara Criminal, relator o Des. LUIS STEELE. Nesse caso, os jurados afirmaram, contra a prova dos autos, a existência de motivo torpe. A Câmara anulou o julgamento e ordenou que outro se realizasse (DO 19.08.82). (Nota de H.C.F.)

DEPORTAÇÃO. FILHO BRASILEIRO

A lei de estrangeiros, quando rege a deportação, não alude ao impedimento que resulta de ter a pessoa filho brasileiro, dependente da economia paterna. Esse impedimento está previsto apenas para a expulsão.

Em bem inspirada decisão, no entanto, o TFR, por sua 3.ª Turma, relator o Min. ANTONIO TORREÃO BRAZ, aplicou analogicamente a disposição legal, declarando que não se

pode deportar pessoa que tenha filho brasileiro, naquelas circunstâncias: "Deportação. Embora não se confunda com a figura da expulsão, pode-se-lhe aplicar, analogicamente, o art. 75, inciso II, letra b, da Lei n.º 6.815/80, da redação da Lei número 6.964/81, uma vez provado que o deportando tem filho brasileiro e dependente da sua economia" (DJ 30.09.82, 9.755). Decisão excelente. (Nota de H.C.F.)

CHEQUE SEM FUNDOS. DÍVIDA DE JOGO

O TA de São Paulo, na AC 459/80, relator o juiz Assad Amadeo, decidiu que não se configura o crime de cheque sem fundos, se o cheque foi dado em pagamento de dívida de jogo: "Se a dívida de jogo ou aposta não obriga ao pagamento, nos termos do artigo 1.477 do Código Civil, de consequência, não poderá haver sanção penal, se o cheque foi emitido sem fundos para a satisfação desse débito."

A matéria tem sido objeto de controvérsia. Nelson Hungria, por exemplo, entende que na hipótese há cri-

me, porque o título é circulável, podendo ser utilizado como meio fraudulento em relação a terceiro. Nesse caso, a nosso ver, pressuposto o conhecimento pelo tomador da ausência de fundos, comete ele o crime de estelionato. Parece-nos, contudo, bem inspirada a jurisprudência que se vai firmando, no sentido de que não comete crime quem dá em pagamento cheque sem fundos, para pagar dívida de jogo. (Cf. 159/369; RT 412/272.) Parte-se do entendimento de que não há, nessa situação, patrimônio juridicamente protegido. (Nota de H.C.F.)

ROUBO. QUALIFICAÇÃO PELO EMPREGO DE ARMA EXIGE A APREENSÃO DESTA

O TA de São Paulo tem decidido reiteradamente, e bem, que o roubo praticado com arma de brinquedo não é qualificado. Arma é arma; brinquedo é brinquedo. Num caso levado à 5.ª Câmara do tribunal (AC 282.699), sendo relator o Juiz Adauto Suannes, tratava-se de acusação por roubo qualificado, mas a arma não foi apre-

endida. Entendeu o tribunal que não poderia, em tal situação, reconhecer-se a qualificação do crime: "Imprescindível para a caracterização da qualificadora do art. 157, § 2.º, I, CP, é a apreensão da arma, para que, submetida a exame, se possa aquilatar de sua potencialidade". A decisão é, a nosso ver, perfeita. (Nota de H.C.F.)

CRIME CONTRA O MERCADO DE CAPITALIS — COMPETÊNCIA

A exata delimitação da órbita de ação da Justiça Federal de 1.ª instância tem revelado algumas perplexidades na correta interpretação do que seja "crime contra interesse da União". O Estado é interessado na ordem pública, na paz social. Portanto no acatamento a toda e qualquer norma jurídica, tanto o TFR como o STF, reiteradamente, vêm afirmando não configurar "interesse da União" esta postura genérica de cobrança aos administradores, cidadãos, do acatamento a toda e qualquer lei. Dizem as Cortes só se poder considerar interesse da União aquele interesse imediato do Estado, da Administração Pública.

Curiosamente desatendendo a esta orientação, o STF, aliás contrariando vários acórdãos do TFR, por sua 2ª Turma à unanimidade de votos no Recurso Extraordinário Criminal n.º 90.773-BA, RTJ 97/1.231 — Rel. Min. Leitão de Abreu, entendeu que o crime definido no art. 44, § 7.º, da Lei 4.595/64, crime contra o mercado de capitais, consistente em atuar alguém como instituição financeira sem autorização do Banco Central é delito de alçada da Justiça Federal de 1.º grau.

Por ser o mercado de capitais fiscalizado pelo Banco Central, ente público federal, por indispensável ao funcionamento como instituição financeira, previa autorização deste órgão, deu-se como caracterizado o "interesse da União".

Grave equívoco.

O ilícito em tela tem como sujeito passivo a coletividade (vide *Direito Penal Especial*, Jorge Medeiros da Silva, Ed. Revista dos Tribunais, 1.ª edição).

O exercício do poder de polícia pela União ou ente seu, não basta a configurar "interesse da União". Age ela ali como mera guardiã de interesses privados, relevantes, da monta é certo, mas privados da coletividade.

Ora basta nos lembrarmos que crimes contra a economia popular são de competência da Justiça Estadual, embora tabelamentos de preços sejam feitos por órgãos federais (SUNAB, CIP, etc.). Transporte de explosivos carece de licença do Exército e a contravenção correspondente fica na área da Justiça Estadual.

Não vislumbramos nenhum interesse direto, imediato, próprio da

União na defesa do mercado de capitais, onde circulam papéis, títulos, dinheiro de particulares.

É assim totalmente descabida a orientação adotada pelo acórdão re-

ferido na 2.^a Turma do STF. Ainda bem que decisão por ora isolada, não chegando a corporificar jurisprudência. (Nota de Jorge Medeiros da Silva.)

FALSIFICAÇÃO DE CARTEIRA DE TRABALHO

O eg. TFR não pacificou entendimento quanto à competência para processar e julgar crime envolvendo falsidade ideológica (lançamento, aposição de dados fictícios, falsos, em carteira verdadeira) em carteira de trabalho.

Senão vejamos:

Dando pela competência da Justiça Estadual, temos o Conflito de Competência 4.578-SP — Relator Min. William Patterson — 1.^a Seção do TFR, decisão unânime, DJU de 24.09.81. Igualmente, Conflito de Competência 4.459-SP — Rel. Min. Antonio Torreão Braz, 1.^a Seção — TFR — Unânime, DJU de 04.06.81, p. 5.313. O acórdão refere precedentes.

Já conferindo à Justiça Federal a competência:

Conflito de Competência 4.234-RJ, 1.^a Seção, TFR, unânime, relator Min. Cid Flaquer Scartezini, DJU de 06.08.81, p. 7.377.

Como se vê, o TFR não logrou ainda posição segura, orientação uniforme.

Busquemos uma sistematização à matéria: quando a falsidade for meio à prática de outro crime, sendo este crime fim, contra pessoa ou entidade privada, se entende ocorrer absorção (do crime-meio pelo crime-fim), jus-

tifica-se a alocação do feito à Justiça Estadual. Entendimento em contrário também é válido, pois mesmo sendo absorvido o crime, há alveijamento à fé pública depositada no documento falsificado. Mas a primeira posição tem forte respaldo técnico.

Afasta-se a competência estadual nos casos acima se o delito fim acabar sendo contra a organização do trabalho, é óbvio.

Se a falsidade tiver por fim violação dos direitos trabalhistas ou fraude contra a Previdência Social, indiscutível a atração do feito à órbita da Justiça Federal.

Particularmente, entendemos (pondo de vista pessoal), que sempre o ilícito (ou ilícitos) deva(m) ser processado(s) e julgado(s) pela Justiça Federal, pois mesmo quando o crime-meio em lesão a pessoa, particular, ou a empresa privada, acontece abalo na credibilidade que a coletividade deposita em um documento expedido por órgão público (Carteira de Trabalho) com relação à veracidade de seu conteúdo.

O tema está ainda em aberto e deverá sofrer apreciação e, quem sabe, unificação de entendimento pelo STF. (Nota de Jorge Medeiros da Silva.)

TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

O art. 126 da Constituição, Emenda n.º 1 de 1969 possibilitava fossem processadas e julgadas causas em princípio de açada da Justiça Federal de 1.º grau por órgãos judiciais locais;

Assim estatuiu a norma constitucional. "A lei poderá permitir que a ação fiscal E OUTRAS sejam promovidas no foro do Estado ou Território e atribuir ao Ministério Público res-

pectivo a representação judicial da União."

O vocábulo OUTRAS, amplo, genérico, permitia ao legislador atendendo a conveniências de organização dos serviços judiciais e alocação aos fóruns estaduais de causas federais.

Com base neste permissivo, a Lei 6.868, de 21.10.76, em seu art. 27 estabeleceu a seguinte sistemática:

Quando o tráfico de drogas se der entre capital de estado brasileiro (locais que servem como sede às Seções Judiciárias de Justiça Federal) e localidade no estrangeiro, seja na forma de exportação seja a título de importação, competente a Justiça Federal.

Ocorrendo o ilícito tendo como pólo qualquer outra cidade brasileira, competente a Justiça Estadual em 1.^a Instância e o TFR como 2.^a Instância.

Ora, a Lei de Tóxicos, votada e posta em vigor sob a égide de art. 126 acima transcrito, estava então conforme à disposição constitucional.

Ocorre que a Emenda Constitucional n.º 7/77, apelidada "pacote de abril", que pretendeu operar em patamar constitucional a reforma do Judiciário, alterou a redação do artigo 126 no qual se calcou o legislador para desenhar o sistema de competência aos delitos de tráfico internacional de drogas.

O novo art. 126, redação dada pela Emenda maior n.º 7, de 12.4.77, em data portanto posterior à vigência da Lei de Tóxicos (que é, repetimos, de 21.10.76) assim ficou delineado:

A lei poderá permitir que a ação fiscal e outras sejam promovidas nas Comarcas do interior onde tiver domicílio a outra parte, perante a Justiça do Estado ou do Território, e com recurso para o Tribunal Federal de Recursos, bem como atribuir ao Mi-

nistério Público local a representação judicial da União.

Ora, depreende-se que o reformador de Constituição quis introduzir substanciais mudanças no sistema vigente com a antiga redação do artigo 126.

Enquanto este possibilitava aforamento na Justiça Estadual de ações fiscais e outras, genericamente, o preceito reformado pelo "pacote de abril" só autoriza o traslado de competência em lei em FUNÇÃO DO DOMICÍLIO DO RÉU (outra parte aqui será sempre o réu da ação fiscal ou de outra natureza).

O critério de afixação de competência pelo domicílio da parte é eminentemente civil. No Direito Penal basicamente afere-se a competência mormente aos casos de entorpecentes pelo LOCAL DO CRIME.

O CPP só conhece competência por domicílio nas ações penais privadas e em caráter supletivo.

Portanto, o novo art. 126 com a redação dada pela Emenda n.º 7 aboliu a possibilidade de o legislador alocar à Justiça Estadual feitos relativos a tráfico internacional de entorpecentes pois nestas causas penais o domicílio da outra parte (do traficante) nenhuma influência tem sobre a determinação do foro competente. Seria até estranho em tráfico internacional envolvendo bolivianos residentes em seu país de origem seguirmos o critério do domicílio do alienígena traficante.

Conclui-se, por raciocínio elementar e de clareza cristalina, que o artigo 126 com redação dada pela Emenda n.º 7 aboliu o art. 27 da Lei de Tóxicos, erigido sob a égide do art. 126 em sua redação anterior à reforma.

Portanto, hoje, todo e qualquer tráfico internacional de drogas é de competência da Justiça Federal da 1.^a Instância.

Assim, a Súmula 54 do TFR, aliás aprovada após a Emenda n.º 7, deve ser revista e eliminada, pois não condiz mais com a realidade constitucional vigente.

Certo ou errado, conveniente sob o ponto de vista da celeridade dos feitos ou não, equivocada ou não, a reforma é LEI, É MATÉRIA CONSTITUCIONAL EM VIGOR. Por isso deve ser cumprida até que emenda outra ou nova Constituição discipline a matéria de maneira diversa.

Em conclusão entendemos que, por força de alteração na redação do art. 126 da Constituição do país, alteração introduzida pela Emenda n.º 7, não pode mais a Justiça Estadual pro-

EXAME DE PROVA EM "HABEAS CORPUS"

Como dizia Pontes de Miranda, matéria de prova existe em toda ação de *habeas corpus*. Todavia, encontramos com facilidade decisões nas quais peremptoriamente se afirma que matéria de prova não cabe em *habeas corpus*. É preciso aqui distinguir. Não é possível, em *habeas corpus*, o exame de prova controvertida, para dar valor a certos elementos e o negar a outros. É imprescindível o exame da prova quando se trata de alegado abuso de poder que conduz à inexistência de justa causa.

Decidindo o HC 59.259-7, a 1.ª Turma do STF, relator o Min. Clovis Ramalhette, por unanimidade decidiu, com precisão: "*Habeas Corpus* permite exame da prova unitária e convergente, que não deixa alternativa à convicção do julgador, pois sem esse

PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO

Abusa-se demasiadamente da prisão preventiva, que, em nosso direito, nunca é obrigatória, constituindo medida excepcional. É difícil ver um

cessar e julgar tráfico internacional de entorpecentes quando o delito tiver como pólo, local, cidade brasileira que não seja sede de Seção de Justiça Federal de 1.º grau. A esta estão agora afetos todos os casos concernentes a tráfico internacional de entorpecentes, devendo a Súmula n.º 54 do TFR ser imediatamente declarada sem mais valia. TEXTO DA SÚMULA 54 DO TFR, publicada no DJU de 24.10.80, p. 8.619:

"Compete à Justiça Estadual de primeira instância processar e julgar crimes de tráfico internacional de entorpecentes, quando praticado o delito em Comarca que não seja sede de Vara de Juízo federal." (Nota de Jorge Medeiros da Silva.)

exame dela, seria impossível o julgamento, por exemplo, da falta de justa causa que, no entanto, é caso legal de *habeas corpus*. *Habeas corpus* não permite o exame de prova complexa e contraditória, pois a convicção do julgador não resulta do que nela esteja manifesto, antes necessitando a avaliação de umas em face das outras, o que não é viável em questão de prova, na decisão do recurso processual do *habeas corpus*, só sendo cabível na sentença, ao apreciar o conjunto provatório." (DJ 26.3.82, 2.561.)

Nenhuma matéria reflete muito bem a índole liberal ou rigorosa do tribunal. Veja-se *Fragoso*, "Jurisprudência Criminal", n.º 271. (Nota de H.C.F.)

despacho de prisão preventiva bem fundamentado. O juiz tem de justificar, com base na prova e não em meras presunções, por que entende

ser necessária a prisão, para a conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal ou para garantia da ordem pública. Os tribunais muitas vezes mantêm-se fiéis às exigências legais da medida, aplicando-as com rigor. Estes casos, porém, são sempre de pessoas bem situadas na sociedade, de criminosos de colarinho branco e de outros delinquentes privilegiados. Quando se trata de pessoa humilde, que registre antecedentes criminais, ou de pessoa de cor negra, que more em favela e esteja desempregada, aí as exigências legais já não são observa-

APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE IPI — ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS

Inúmeras questões têm sido levantadas perante o Judiciário em torno da interpretação do art. 2.º do Decreto-Lei 326/67 que define crime de apropriação indébita de IPI. Anotemos algumas posições do Judiciário (STF e TRF) sob enfoque crítico.

a) *Constitucionalidade do dispositivo legal* (art. 2.º, Decreto-Lei 327/67) — Diversas vezes tem sido argüida a inconstitucionalidade da norma acima sob a justa e correta alegação de que através de decreto-lei foi criada figura penal, ou seja, legislou-se em Direito Penal o que só se pode operar através de lei.

O STF, logo da edição da lei, considerou o dispositivo constitucional, em decisão impregnada de lamentáveis equívocos. A orientação cristalizou-se e conseqüentemente o tipo vem resistindo à impugnação, mantido pois em vigor. Eis algumas decisões do TFR: AC 4.923-PE, rel. Carlos Madeira, AC 4.734-PE, rel. Carlos Madeira, ambas da 3.ª Turma do TFR e estampadas no DJU de 20.04.81, 3.426 RC 810-PE, rel. José Pereira

das e se tolera qualquer tipo de prisão preventiva.

É bom, no entanto, registrar que o STF, por sua 1.ª Turma, no RHC 60.077, relator o Min. Alfredo Buzaid, fez correta aplicação da lei, assentando: "A fundamentação do despacho de prisão preventiva deve ser substancial e convincente, fundando-se em fatos concretos e não em meras conjecturas" (DJ 03.09.82, p. 8.500). Também no RHC 60.081, relator o Min. Soares Muñoz, a Turma reafirmou que as omissões do decreto de prisão preventiva não podem ser sanadas nas informações (DJ 03.09.82, p. 8.500). (Nota de H.C.F.)

Paiva, 1.ª Turma TFR, unânime, DJU 11.09.81, 8.815.

b) *Ação Penal* — Devido à redação defeituosa do tipo, onde se empregou a palavra "representação" quando se pretendia dizer *notitia criminis*, por muito tempo o TFR entendeu que a ação penal relativa ao crime em foco era pública mediante representação. Algo inimaginável: Procurador da República, *dominus litis*, representar a ele mesmo. Posteriormente, o STF colocou as coisas nos eixos e suas decisões foram seguidas pelo TFR. A ação penal é pública de ofício, independente de representação. Vejam, *v.g.*, do STF RECr. 94.154-1-SC, rel. Leitão de Abreu, 2.ª Turma, RECr. 94.238-6-SC, rel. Cordeiro Guerra, 2.ª Turma, ambas decisões unânimes e figurando à p. 5.719 do DJU de 12.06.81. No DJU de 04.09.81, p. 8.558, vemos RECr. 93.923-7-SC, rel. Firmino Paz, 1.ª Turma, unânime. No DJU de 03.07.81, p. 6.651, temos o RECr. 94.183-5-SC, rel. Cunha Peixoto, 1.ª Turma, unânime.

c) *Caracterização do Crime* — Incidindo em grave erro de exegese, a 3.^a Turma do TFR, unanimemente, julgando o RC 727-PE, relator Min. Adhemar Raymundo assim desenhou o delito em tela: Art. 2.^o do Decreto-Lei 326/67. Para sua configuração basta o decurso do prazo sem recolhimento do imposto devido. Não se insere no tipo, que é o mesmo do CP, a prévia interpelação do devedor.

A ementa sintetizou com rara felicidade diversos erros de interpretação. Vejamo-los um a um. O crime de apropriação indébita de IPI como definido com clareza no texto legal consiste no seguinte: não pago o tributo cujo valor o contribuinte de direito recebe do contribuinte de fato, ou seja, esgotado o prazo de recolhimento, é dado ao valor destinação diversa que não o recolhimento ao Tesouro Nacional. Trata-se portanto de gasto indevido de dinheiro relativo a imposto recebido e não recolhido.

Assim, o simples passar do prazo configura apenas mora, matéria de interesse apenas fiscal-administrativo. Indispensável a prova de destinação diversa (gasto do dinheiro em qualquer coisa) do valor recebido e não repassado aos cofres públicos.

Punir devedor por não pagamento apenas, além do erro de interpretação da norma, soa inconstitucional a título de prisão por dívida.

O segundo erro cometido pelos julgadores foi entender que o crime de apropriação indébita de IPI guarda identidade tipológica com o crime de apropriação indébita do CP. Ora, assim fosse, desnecessário seria legislar-se repetitivamente. A norma do CP seria suficiente à tipificação dos casos de apropriação de IPI.

O Decreto-Lei 326/67 criou, sim, norma especial, em relação ao crime de apropriação indébita do CP, norma esta em contorno próprio. Basta

a simples comparação entre os dois dispositivos com um mínimo de técnica jurídico-penal a se verificar tratar-se de definição especial, criação de um tipo próprio, específico de apropriação indébita não embutível no preceito geral do CP.

O fato de incorrer o infrator do Decreto-Lei 326/67 nas mesmas penas em que incorrem os que infringem o CP no crime de apropriação indébita não fundamenta identidade de tipos. Tipo e penas são coisas bem diferentes.

d) *Culpa — Dolo — Dificuldades Financeiras* — Empresa que por atravessar dificuldades financeiras redundando em fechamento do Estabelecimento (o acórdão não menciona falência), redundando em desvio do valor recebido do IPI, é situação que descaracteriza dolo de apropriação indébita do IPI como definido o crime no tipo.

Parece-nos correta a decisão, mormente numa época de graves distúrbios na economia nacional com recessão e desemprego constatáveis a olho nu. Devem-se investigar porém, em tese, eventuais desvios de recursos para fins pessoais. No Brasil é comum as empresas irem mal e os empresários... muito bem obrigado. Porém, quando real e efetiva a situação de crise na empresa, evidencia-se a ausência de ânimo em lesar o Tesouro Nacional. Labora o agente numa espécie de estado de necessidade econômica.

A decisão acima comentada consta no DJU de 27.08.81, 8.194, AC 4.631-PE, rel. Washington Bolívar, 1.^a Turma, TFR, unânime. Ver ainda AC n.^o 4.804-PE, rel. Carlos Madeira, 1.^a Turma, TFR DJU de 18.02.81 p. 1.044.

e) *Autoria* — A imputação do crime de apropriação indébita de IPI deve atingir aquele ou aqueles que participaram da deliberação e da ação

de desviar o valor recebido do tributo a fim diverso do recolhimento ao Tesouro Nacional. Espinhosa tarefa a individualização de atos e ações no seio de empresa mormente se de grande porte com processo interno de decisões fracionado ou colegiado onde a rotina se opera em reuniões não documentadas com atas escritas.

Corretamente, o TFR no RHC 5.053-SE, por sua 3.^a Turma, rel. Min. Antonio Torreão Braz, votação unânime, DJU 24.09.81, p. 9.411, decidiu que descabe indicação de diretor de empresa que não detém poder nem de representação nem de gerência, sem prova efetiva de sua participação na deliberação ou na ação de desviar o valor do tributo.

f) *Processo Fiscal — Administrativo Prévio* — Há total independência entre as instâncias administrativa e penal. Salvo naqueles casos em que disposição expressa de lei condiciona o início de processo-crime, a decisão administrativa ou em que há relação, digamos, de prejudicialidade substancial entre tais julgados, podem feitos criminais ser deflagrados independentemente de decisões administrativas.

Na prática, face à mecânica fiscal existente, ao aparato investigatório burocrático, mais comum é início de processo-crime por apropriação indébita de IPI com base em cópia de processo fiscal administrativo encerrada. Porém o usual na prática não implica em obrigatório, necessário, indispensável. Assim, em tese, o procedimento criminal pode se iniciar por meios diversos, independente de ação administrativa-fiscal precedente.

Portanto, equivocaram-se os julgadores no TFR entendendo indispensável o prévio feito administrativo à propositura de ação penal como princípio geral de observância irretrita.

Assim temos, agasalhando esta errônea posição:

AC 4.535-PE, rel. Aldir Passarinho, 2.^a Turma, unânime, DJU 05.11.81, p. 11.506. RC 781-PE, rel. Aldir Passarinho, 2.^a Turma, TFR, unânime, DJU 08.11.81, p. 9.987.

Têm aí os leitores, em esforço de síntese, as principais posições assumidas pelo STF e TFR na interpretação do tão discutido tipo que define crime de apropriação indébita de IPI. (Nota de Jorge Medeiros da Silva.)

RESENHA BIBLIOGRÁFICA

MARIA CÉLIA PAOLI, MARIA VICTORIA BENEVIDES, PAULO SÉRGIO PINHEIRO, ROBERTO DA MATTA, *A Violência Brasileira*, São Paulo, Editora Brasiliense, 1982.

O conjunto de textos enfocando diversos aspectos da violência consiste em trabalho que deve ser lido pelos interessados na área de Ciências Sociais.

Os três primeiros estudos foram apresentados no V Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais realizado no Rio de Janeiro em outubro último. O último deles foi incorporado pela oportunidade do tema, o linchamento.

O texto do antropólogo Roberto da Matta rechaça o enfoque da violência como parte da própria condição humana e da vida em sociedade, procura definir melhor o próprio termo e especificar "o conjunto de valores que estão associados a certas formas de violência em sociedades específicas". Uma sociedade pode expressar-se através do que valoriza ou rejeita, acrescenta o autor, procurando precisar a percepção da violência brasileira e, ainda, descobrir o relacionamento entre o quadro institucional que se nos apresenta e as formas de violência.

Da Matta critica os dois enfoques do tema, ou seja, o discurso teórico e o discurso popular. A ausência de interligação entre eles enseja que sejam vistos como representando temas diversos: a violência das estruturas, o capitalismo selvagem, a violência política, o sistema violento, não parecem corresponder às brigas de casais, às facadas cotidianas, aos ferimentos nos filhos, às agressões entre os bêbados, aos linchamentos.

Se, por um lado, o discurso intelectual remete ao esquema jurídico, legalista, e, por isso, controlador, o discurso do senso comum parece referir-se ao universo privado, ao pessoal, ao fato inatingível pelo Direito.

Maria Célia Pinheiro Machado Paoli faz uma análise muito interessante acerca de violência e espaço civil. Sustenta que as novas ordenações econômicas, as injunções decorrentes do poder, o autoritarismo, a radicalidade das desigualdades de classe, ainda que determinem historicamente o fenômeno, podem ensejar interpretação inversa, ou seja, de que, sendo o criminoso produto da miséria, todos os miseráveis são criminosos em potencial.

Maria Célia aborda muito sensatamente a questão da cidadania, discutida também no último texto, lembrando a existência de grupos sociais não só desprovidos de poder, mas ainda desprovidos de significação como possuidores de uma identidade coletiva reconhecida. O mundo de significações desse grupo submerge no cotidiano, no privado, no imóvel, no local: não fazem história.

Na realidade, exceção a Paulo Sérgio Pinheiro, os demais autores ora reunidos abordam a discussão da significação da violência para cada grupo através da questão da cidadania.

No texto *Policia e Crise Política*, Paulo Sérgio Pinheiro analisa a criação das forças militares já, então, para repressão das greves operárias e manifestações populares.

Cita a importância da criação de forças militares, em substituição ou acréscimo às antigas forças militares estaduais, no sentido de sustentarem a implantação do regime autoritário.

O trabalho de Paulo Sérgio Pinheiro é de grande interesse e o ponto central parece ser o descaso das forças policiais em relação à lei. A definição e interpretação da lei em causa própria e o respaldo que autoridades e, mesmo, setores do Poder Judiciário destinam a tal distorção.

O enfoque da criminalidade através da ótica da militarização (guerra), do combate à violência e ao criminoso, da detenção daqueles que possuem características "suspeitas" são apontados como mecanismos para manter aterrorizadas as classes populares que, sob o ponto de vista oficial, são as que cometem as violências.

Apontando a impunidade e o incentivo às ações inomináveis praticadas cotidianamente pelas forças policiais, o autor afirma, com a propriedade que lhe tem sido peculiar, em seus estudos sobre o tema, que a polícia militar tem-se argüido a prática do juiz, júri e carrasco.

Maria Victoria Benevides apresenta um trabalho bem elaborado e que ressalta o significado da violência para os grupos que se utilizam dos linchamentos: trata-se de consequência da exacerbação ilimitada da agressividade de setores da população mais exposta às violências cotidianas de todos os tipos; do descrédito crescente na eficácia da polícia e na ação da justiça; da incorporação dos métodos mais violentos da própria polícia.

Comenta, ainda, que a fúria punitiva desenvolvida nos momentos em que a população estaria tentando fazer justiça com suas próprias mãos é distante deste aparente desejo, uma vez que, mesmo após a morte de vítima, o grupo continua agredindo-a. Na realidade estão procurando reparação por toda uma série de injustiças e violências a que estão permanentemente expostas.

Quando afirma que o Poder Judiciário é desconhecido, reitera a idéia de que as classes populares não estão habilitadas ao mundo elitizado do Direito e a ele não recorrem ou creditam esperanças, fenômeno lamentável e ratificado por inúmeros outros estudos.

Finalmente, cabe ressaltar a menção que a autora faz do problema da cidadania, de extrema relevância na explicação da participação ativa e direta de pessoas desprestigiadas, psicologicamente massacradas e descrentes das instituições vigentes na suposta resolução dos problemas que os cercam.

Em resumo, o volume contendo os quatro trabalhos dos pesquisadores de São Paulo reflete uma das mais modernas e coerentes análises da questão que nos têm chegado.

Elizabeth Sussekind

MANUEL DE RIVACOBA e EUGENIO R. ZAFFARONI, *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, Valparaíso, 1980, Ed. Univ. de Chile, 116 páginas.

Este admirável pequeno livro contém dois estudos. No primeiro, sob o título "Os primeiros códigos penais de Ibero-América", Zaffaroni se detém especialmente sobre o código penal Santa Cruz (1830) e nosso código brasileiro imperial, cuja bibliografia ganha assim mais uma fonte indeclinável de consulta. Na segunda parte, sob o título "Os códigos do século e meio", Manuel de Rivacoba se detém sobre os novos códigos de Cuba (1979) e Colômbia (1980), sendo de ressaltar-se que o estudo da evolução histórica do direito penal cubano, desde a independência até depois da revolução, é página repleta de informações nem sempre de fácil acesso. Trata-se de valioso trabalho, pelo qual se interessarão todos os estudiosos de direito penal.

Nilo Batista

PIETRO NUVOLONE, *Lineamenti di Diritto Penale Valutario*, Pádua, 1979, Ed. CEDAM, 181 páginas.

Em 1976, procedeu-se na Itália à unificação de texto das chamadas *leggi penali volutarie*, que se ocupam da transferência para o exterior, sem autorização ou mediante autorização fraudulentamente obtida, de valores, títulos de crédito, ações ou qualquer meio de pagamento, e inúmeras formas assimiladas.

Em 1978, Alessandro Malinverni havia dedicado um estudo à matéria (*Reati Valutari*, Milão, ed. Giuffrè), que ganha, agora, cuidadoso tratamento de Mestre Nuvolone.

Nilo Batista

SANTIAGO MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democratico de derecho*, Barcelona, 1979, Ed. Bosch, 77 páginas.

Este pequeno porém substancioso livro pesquisa a influência, no terreno do direito penal, da alteração constitucional espanhola, que declarou a Espanha um "estado social e democrático de direito". A partir daí, o professor da Universidade Autônoma de Barcelona empreende uma discussão acerca do sentido e fins da pena e da teoria do delito dentro desse estado social e democrático, o que faz com base no exame da função da pena no estado liberal (polarizada no debate tradicional prevenção/retribuição), no estado intervencionista (prevenção, com o fim de luta contra o delito), no estado totalitário (terror penal) e no estado social e democrático de direito (prevenção, no sentido de regulação ativa da vida social, pela proteção dos bens dos cidadãos, oferecendo ao condenado a possibilidade de reinserção social). Essas idéias germinaram no trabalho acadêmico do Autor (*Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, ed. Bosch), e puderam florescer com a primavera democrática espanhola.

Nilo Batista

JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES, *Crimes contra a Propriedade Industrial e de Concorrência Desleal*, São Paulo, 1980, Ed. Revista dos Tribunais, 212 páginas.

A bibliografia brasileira, que já conta com títulos monográficos nessa área (como os de Celso Delmanto e Hermano Duval), recebe uma excelente contribuição com o lançamento do livro de José Carlos Tinoco Soares, despretensioso, extremamente objetivado e bem informado. O Autor supre as deficiências de sua formação penalística com profundo conhecimento nos campos do direito comercial e administrativo ligados a marcas, patentes e propriedade industrial, e o resultado é um texto doravante indispensável quando em discussão seu objeto.

Nilo Batista

NELSON HUNGRIA e HELENO FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, Rio, 1982, Ed. Forense, v. VI, 378 páginas.

Prosseguindo na reedição dos Comentários ao Código Penal, de Nelson Hungria, com notas atualizadoras de Heleno Fragoso, a Editora Forense dá a lume o volume VI da coleção. Neste volume, Hungria continua seu tratamento da parte especial, de rixa (art. 137, CP) aos crimes contra a inviolabilidade dos segredos (arts. 153 e 154, CP). Dele constam, portanto, as notáveis páginas relativas aos crimes contra a honra, nas quais o escritor Hungria, como aliás não era incomum, faz sombra ao penalista. Em apêndice, cinco artigos do saudoso Mestre, dentre os quais seu indignado escrito sobre o genocídio nazista, e suas prudentes reservas quanto a Nuremberg.

Nilo Batista

DARIO MELOSSI e MASSIMO PAVARINI, *Carcel y Fábrica — Los Orígenes del Sistema Penitenciario*, trad. de X. Massimi, Ed. Siglo XXI, México, 1980, 237 páginas.

Este volume, cuja edição original, em italiano, se deu em 1977, é constituído por dois ensaios. O primeiro deles, de autoria de Dario Melossi, sob a designação de "Cárcere e trabalho na Europa e na Itália no período da formação do modo de produção capitalista", é um imponente painel crítico do nascimento da prisão, e da interdependência dessa forma de punição com a organização social definida pelas relações sociais de produção do capitalismo. As primeiras casas de trabalho, como a *rasp-huis* de Amsterdam, ou as *bridewells* inglesas, são examinadas não só em seu funcionamento interno, como sobretudo em confronto com as formações sociais que correspondiam à dissolução do mundo feudal e ao surgimento de hordas de pobres, cuja força de trabalho deveria ser aproveitada na manufatura. Essas instituições também são relacionadas com as leis penais que tratavam dessas hordas e de sua "disciplina", com vistas ao controle de sua produtividade. O exame particularizado desses estabelecimentos é ilustrativo e fascinante, sendo

impossível dissociar esse trabalho da imagem iniciada pelo estudo pioneiro de Rusche e Kirchheimer (do qual, aliás, os AA. foram os tradutores para a versão italiana). O estudo de Melossi alcança do século XVI ao século XIX, e conclui por um capítulo dedicado à gênese da instituição penitenciária na Itália. O segundo trabalho, de Massimo Pavarini, empreende estudo metodologicamente semelhante na penitenciária americana da primeira metade do século XIX. Em meio a uma bibliografia penológica mistificadora das reais funções atribuídas historicamente à instituição penitenciária, saúda-se o surgimento de um livro crítico e ágil, repleto de informações, no qual todos temos muito a aprender.

Nilo Batista

HANS — HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal — Parte General*, trad. S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Barcelona, 1981, Ed. Bosch, 2 volumes.

O livro de Jescheck é seguramente um dos mais completos e acatados tratados de direito penal da atualidade: "o mais importante", na opinião dos professores que realizaram sua tradução para o espanhol. Com efeito, desde sua primeira edição, em 1969 (*Lehrbuch des Strafrechts — Allgemeiner Teil*, Berlim, ed. Duncken & Humblot), a obra conheceu um destino de sucesso e ampla influência, dentro e fora da Alemanha, projetando de forma singular o seu autor, que desenvolve intensa atividade à frente do Instituto Max Planck de Direito Penal Internacional e Estrangeiro, e é hoje o presidente da Associação Internacional de Direito Penal.

A tradução teve por base o texto da terceira edição (1978), e os tradutores, também eles destacados mestres do assunto, adicionaram aos tópicos notas complementares, nas quais se prestam contas ao leitor da correspondência espanhola das questões agitadas por Jescheck, quer no que tange à disciplina legal, quer quanto às indicações doutrinárias. O tratado de Jescheck, agora acessível ao estudioso brasileiro que não maneje o alemão, está fadado, também entre nós, a uma carreira singular, a exemplo do que, no passado, ocorreu com outras traduções (pense-se na influência de Von Liszt no início do século, ou na influência de Mezger nos anos cinquenta), e são previsíveis para breve os efeitos da difusão de seu influxo no pensamento jurídico-penal nacional.

Nilo Batista

ROBERTO BERGALLI, *Larecaída en del delito: modos de reaccionar contra ella*, Barcelona, 1980.

O autor é hoje, sem a menor dúvida, um dos nomes mais importantes da Criminologia em nosso continente, provindo daquele grupo seleto de discípulos de Jiménez de Asúa, que se reuniram na edição da revista "Nuevo Pensamiento Penal". Sofreu ele, infelizmente, como tantos outros, a feroz repressão política que se desencadeou na Argentina com o regime militar e se viu forçado a longo e penoso exílio, que prossegue. Esta obra é fruto

de Humboldt, na Universidade de Colônia, com a saudosa Hilde Kaufmann, tendo constituído a tese doutoral apresentada pelo autor à Universidade de Salamanca, onde foi considerada *sobresaliente con laude*.

O autor estuda a reincidência e a habitualidade. A obra divide-se em duas partes. A primeira refere-se à reação penal contra a recaída no delito, e nela se faz ampla exposição do desenvolvimento histórico-penal argentino, analisando o fundamento da reação agravada que as legislações estabelecem para a reincidência e a habitualidade. Estuda-se também a personalidade do autor que recai no delito e se termina com amplo exame da terapia social.

Na segunda parte do livro, que se denomina "O desenvolvimento da Sociologia Criminal e a recaída no delito", realiza o autor ampla e metódica exposição das principais teorias do comportamento desviado, notadamente o funcionalismo, o interacionismo simbólico e o etiquetamento ("labelling approach").

A recaída no delito constitui grave problema para a doutrina moderna do direito penal, pela crise das medidas de segurança detentivas para imputáveis. Por outro lado, são superficiais e enganosas as soluções que têm sido dadas à reincidência, que dificilmente se pode conceber como circunstância.

Os juristas vão encontrar na obra excelente de Roberto Bergalli, solidamente apolada em vasta literatura técnica, elementos valiosos para o estudo dessas árduas questões, no exame das quais este livro deve ser de consulta obrigatória.

H.C.F.

Direito Penal e Processo Penal, Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal, Rio de Janeiro, 1982.

Desenvolvendo o projeto "Orientação Legal Preventiva a Necessitados", a OAB edita uma pequena cartilha, com informações úteis sobre direito e processo penal, que é de autoria de Nilo Batista, com a colaboração de Katia Vasconcelos.

A idéia é excelente e a apresentação do trabalho, ilustrado por Jaguar, é agradável e de fácil leitura. A OAB presta, desta forma, um serviço público da maior importância.

A cartilha contém informações sobre justiça e polícia, lei penal, fiança, menores e doentes mentais, bêbados e drogados, prisão legal e ilegal, *habeas corpus*, defesa, homicídio e lesões corporais, legítima defesa, furto, roubo, estelionato e receptação, estupro, atentado violento ao pudor, ultraje público, contravenções, insubmissão e deserção, abuso de autoridade, testemunhas e vítimas, suspensão condicional da pena e livramento condicional. A linguagem é simples, afastando expressões técnicas, e, inseridos no texto, aparecem modelos de petição de *habeas corpus* e representação por abuso de autoridade.

H.C.F.

FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, *Princípios básicos de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1982.

O autor é presidente da Comissão de Reforma Penal, e, por isso mesmo, acredita nela. Pretendendo que seu livro seja uma iniciação ao estudo do direito penal, esquivou-se de escrever sobre temas que seriam objeto de transformações mais ou menos amplas, com a projetada reforma. Desta forma o livro não perderá atualidade, mesmo quando for alterado o CP.

O autor mostra, com esse livro, que não lhe falta cultura jurídica para realização da delicada tarefa que o governo lhe cometeu. Dominando amplamente a doutrina, sem falsa erudição, o autor analisa os temas estudados com mestria e segurança.

A obra se divide em três grandes partes. A primeira trata do ordenamento jurídico e ciência penal, sendo aqui estudado o conceito de direito penal e a missão e limites do direito penal. A segunda parte denomina-se "direito penal da culpabilidade", e nela faz o autor ampla análise da noção e evolução da idéia de culpabilidade, estudando também a problemática da consciência da ilicitude e do erro, bem como a culpa em sentido estrito, a imputabilidade e as causas de exclusão da culpabilidade. A terceira parte trata do ilícito penal. Aqui o autor estuda a ação, o injusto típico, a tipicidade e a antijuridicidade. São também analisadas as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias, terminando o capítulo um exame do princípio da reserva legal e suas funções atuais.

O autor granjeou prestígio e admiração por sua excelente participação nos trabalhos de reforma do vigente CP, ora em andamento. Escreveu, com o livro de que damos notícia, uma obra valiosa e correta, que pode ser útil no ensino de nossa matéria. O livro não pode faltar na estante dos estudiosos.

H.C.F.

LIVROS NOVOS RECEBIDOS

I — DIREITO PENAL

- 1.º Simpósio sul-brasileiro sobre problemas atuais da Justiça Criminal, 17 a 21 de setembro de 1980, AJURIS, Porto Alegre, 1980.
- ANCEL (Marc), *La defense sociale nouvelle*, Paris, Editions Cujas, 1981 (3.ª edição).
- CONTIERI (Enrico), *La congiunzione carnale violenta*, Milão, Giuffrè, 1980.
- Droga e realtà siciliana, Analisi e prospettive*, Quaderni di Scienze Criminali, ISISC, Siracusa, 1981.
- FARIA COSTA (José), *Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objectiva no direito penal português*, Coimbra, 1981.
- FARIA COSTA (José), *A caução de bem viver. Um subsidio para o estudo da evolução da prevenção criminal*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1980.
- FLICK (G. Maria), *Droga e legge penale*, Milão, Giuffrè, 1979.
- GALLO (Ettore), *Sciopero e repressione penale*, Bolonha, Il Mulino, 1981.
- HANAU (Peter) et al., *Hilde Kaufmann-zum Gedächtnis*, Krefeld, Scherpe Verlag, 1981.
- JESCHECK (Hans-Heinrich), *Tratado de Derecho Penal*, tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981 (2 volumes).
- KAMPS (Hans), *Aerzliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt*, Berlim-Munique, Duncker & Humblot, 1981.
- LORENZEN (Claus), *Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*, Berlim-Munique, Duncker & Humblot, 1981.
- MARTINI (Paolo), et al., *L'aborto*, Milão, Giuffrè, 1979.
- MIRANDA RODRIGUES (Anabela), *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade. Seu fundamento e âmbito*, Coimbra, 1981.
- RICCIOTTI (Romano), *Gli stupefacenti*, Pádua, Cedam, 1981.
- RUIZ (Servio Tulio), *Teoria del hecho punible, Comentarios al nuevo codigo penal*, Bogotá, Ediciones Libreria del Profesional, 1980 (2.ª ed.).
- WERLE (Gerhard), *Die Konkurrenz bei Dverdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Geserzesverletzung*, Berlim-Munique, Duncker & Humblot, 1981.
- ZAFFARONI (Eugenio Raul), *Tratado de Derecho Penal Parte General*, vol. III, Buenos Aires, Ediar, 1981.

II — CRIMINOLOGIA

- CARSTENSEN (Thomas Peter), *Dauer von Untersuchungshaft, Kriminologisches Forschungen Band 13*, Berlim-Munique, Duncker & Humblot, 1981.
- DOMENACH (Jean Marie), et al., *La violence et ses causes*, Paris, UNESCO, 1980.
- FAVARD (Jean), *Le Labyrinthe Pénitenciaire*, Paris, Centurion, 1981.
- GOMES DE CASTRO (Waldemar), *Violência & Contra Violência*, Rio de Janeiro, 1981.
- LEIRIA (Antonio José Fabrício), *Combate ao crime e à criminalidade*, Porto Alegre, Cia. Rio-Grandense de Artes Gráficas, 1981.
- PAVARINI (Massimo), *Introduzione a la Criminologia*, Florença, Le Monnier, 1980.
- RAMOS MARANHÃO (Odon), *Psicologia do Crime e a Lei n.º 6.416/77*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

III — PROCESSO PENAL

- The protection of human rights in the criminal process under international instruments and national constitutions*, AIDP, Siracusa, Érés, 1981.
- BEDAN (M. J.), *Manual de Prática Penal*, São Paulo, Saraiva, 1981.
- HEUBEL (Horst), *Der "fair trial" — ein Grundsatz des Strafverfahrens?*, Berlim-Munique, Duncker & Humblot, 1981.
- MARTINS BATISTA (Weber), *Liberdade provisória*, Rio de Janeiro, Forense, 1981.

IV — PERIÓDICOS

- Boletim do CNPP e DEPEN*, órgão de divulgação da política penitenciária nacional. N.º 1 (1981), Ministério da Justiça, Brasília.
- Crime and Social Justice* n.ºs 16 (Winter 1981), San Francisco, Califórnia.
- Conjuntura Penitenciária*, Ano I, n.º 3, out.-nov., 1981 (Porto Alegre).
- DESIPE — Departamento do Sistema Penitenciário. Período 1979/80. Levantamento estatístico das atividades gerais do sistema penitenciário, Rio de Janeiro.
- L'Indice Penale*, Ano XV, n.º 3, set.-dez., 1981 (Pádua).
- Revista de Direito Militar*, n.º 9, ano VI, 1981 (Ministério Público Militar da União).
- Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Cali, Colômbia, n.º 5, II semestre de 1981.
- Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal*, Ano XVIII, n.º 42 (jan.-julho de 1981).
- Revista do Superior Tribunal Militar*, Ano V, n.º 6, 1980.
- Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé*, n.º 4, (out.-dez. de 1981), Sirey, Paris.

LEIS E PROJETOS

DECRETO N.º 86.643, DE 24 DE NOVEMBRO DE 1981

Concede indulto, reduz penas, e dá outras providências.

O PRESIDENTE,

No uso da faculdade que lhe confere o art. 81, n.º XXII, da Constituição, e considerando a proximidade da Festa de Natal,

DECRETA:

Art. 1.º — É concedido indulto aos condenados a penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos que, até 25 de dezembro de 1981, tenham efetivamente cumprido, no mínimo, um terço da pena aplicada, se primários, ou metade, se reincidentes.

Parágrafo único — É, igualmente, concedido indulto aos condenados a penas superiores a quatro anos, que tenham completado sessenta anos de idade até a data fixada neste artigo, desde que hajam cumprido um terço da pena, se primários, ou metade, se reincidentes, e aos menores de vinte e um anos de idade na data do crime, se primários e se tiverem cumprido um terço da pena.

Art. 2.º — O indulto previsto no artigo anterior estende-se às penas pecuniárias aplicadas cumulativamente, não abrangendo, contudo, as penas acessórias.

Parágrafo único — O condenado ficará indultado da pena pecuniária quando a redução prevista no art. 4.º ensejar imediata soltura ou livramento condicional.

Art. 3.º — Para efeito de indulto ou redução somam-se as penas que correspondam a infrações diversas.

Art. 4.º — São reduzidas as penas privativas de liberdade impostas aos condenados que, até a data mencionada no art. 1.º, tenham efetivamente cumprido, no mínimo, um terço da pena, se primários, ou metade, se reincidentes, observadas as seguintes proporções:

I — pena superior a quatro até oito anos: redução de um terço, se primários, ou de um quarto, se reincidentes;

II — pena superior a oito anos; redução de um quarto, se primários, ou de um quinto, se reincidentes;

Art. 5.º — O disposto nos artigos anteriores aplica-se, também, quando a sentença esteja em grau de recurso interposto somente pela defesa, sem prejuízo do respectivo julgamento pela instância superior. Não impedirá, igualmente, a concessão do indulto, o recurso da acusação, quando improvido.

Art. 6.º — Constituem, também, requisitos para que o condenado obtenha o indulto ou redução da pena:

I — não ter sido beneficiado por graça, indulto, redução ou comutação da pena nos dois anos anteriores à data da publicação deste Decreto;

II — ausência de periculosidade, ou sua cessação, caso tenha sido imposta medida de segurança;

III — ter conduta reveladora de condições pessoais para a reintegração no convívio social;

IV — ter, na forma do inciso anterior, boa conduta também na comunidade, quando beneficiado por quaisquer concessões previstas no art. 30, § 6.º, incisos II, IV, VI e VII, do Código Penal;

V — ter boa conduta, reveladora de condições pessoais para a permanência no convívio social, se, beneficiado com a suspensão condicional, já cumpriu, pelo menos, metade do respectivo prazo, com perfeita observância das condições impostas e da pena acessória, se for o caso, sem haver sofrido modificação exacerbadora das condições ou prorrogação do prazo, nem suspensão ou revogação do benefício;

VI — ter boa conduta, reveladora de condições pessoais para a reintegração no convívio social e, se beneficiado com o livramento condicional, estar cumprindo as condições impostas e a pena acessória, quando for o caso, sem advertência ou exacerbação das condições.

Art. 7.º — Este Decreto não beneficia os condenados por crime:

I — de roubo, em qualquer das modalidades previstas no art. 157 e respectivos parágrafos do Código Penal;

II — de extorsão, em qualquer das modalidades previstas nos arts. 158 e 159 e respectivos parágrafos do Código Penal;

III — de estupro e atentado violento ao pudor;

IV — de quadrilha ou bando;

V — contra a Segurança Nacional;

VI — relativo a entorpecente ou substância que cause dependência física ou psíquica, quando reconhecida na sentença e condição de traficante.

Art. 8.º — Caberá ao Conselho Penitenciário, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, verificar quais os condenados que preenchem os requisitos estabelecidos por este Decreto, emitindo, desde logo, parecer, nos termos do art. 736 do Código de Processo Penal, que será remetido ao juiz da execução, para os fins do art. 738 do mesmo Código.

§ 1.º — Se o Conselho Penitenciário não se pronunciar até 15 de janeiro de 1982, caberá ao juiz da execução a verificação dos requisitos estabelecidos por este Decreto.

§ 2.º — As autoridades que custodiarem os condenados encaminharão aos Conselhos Penitenciais, até 30 dias após a publicação deste Decreto, relação dos presos que satisfaçam àqueles requisitos, prestando, desde logo, informações circunstanciadas sobre a vida prisional e a conduta de cada um.

§ 3.º — A relação e as informações concernentes aos sentenciados em gozo de suspensão condicional ou de livramento condicional deverão ser enviadas pela entidade incumbida de fiscalização do cumprimento das condições do benefício, ou da observação cautelar e proteção do liberado. Na falta da entidade, tais informações poderão ser supridas por outro documento idôneo.

Art. 9.º — Quando se tratar de condenados pela Justiça Militar, que não estejam cumprindo pena em estabelecimento civil, o parecer do Conselho Penitenciário será substituído pela informação da autoridade sob cuja custódia estiver o preso.

Art. 10 — Os Conselhos Penitenciais e os juizes da execução enviarão ao Conselho Nacional de Política Penitenciária estatística dos processos atinentes ao indulto.

Art. 11 — Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 12 — Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 24 de novembro de 1981; 160.º da Independência e 93.º da República.

João Figueiredo
Ibrahim Abi-Ackel

(Publicado no DO de 25.11.81.)

Este livro foi composto e impresso na
COMPANHIA FORENSE DE ARTES GRÁFICAS
Av. Guilherme Maxwell, 234 - Rio de Janeiro - RJ