

REVISTA DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

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

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

FORENSE / RIO DE JANEIRO

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 — 1983,
n. 35.

Rio de Janeiro: Forense: Instituto de
Ciências Penais do Rio de Janeiro, 1983,
n. 35.

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

CDU J 343 (05)

Nº 157 /P

Proibida a reprodução total ou parcial bem como a reprodução de apostilas a partir deste livro, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor. (Lei n.º 5.988, de 14.12.73.)

Reservados os direitos de edição e distribuição deste número pela
COMPANHIA EDITORA FORENSE

Av. Erasmo Braga, 299 - 1º, 2º e 7º andares - 20020 - Rio de Janeiro - RJ
Largo de São Francisco, 20 - loja - 01005 - São Paulo - SP

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

Mais uma vez o Direito Penal brasileiro sofre uma perda irreparável. Desta vez com o prematuro falecimento do Prof. Heleno Cláudio Fragoso. Irreparável porque o pensamento de Heleno Fragoso representa o que de mais sério se produziu, na sua especialidade, neste País. Inegavelmente Heleno Fragoso ajudou a escrever belíssimas páginas da história do Direito Penal. Fragoso uniu o talento à inteligência invulgar, a determinação e disciplina ao trabalho constante, metódico, presidido, sempre, por um rigor e seriedade inexcedíveis. De outra maneira não fora possível uma produção tão importante, tão útil, tão amadurecida.

Face à transitoriedade da existência à finitude do ser humano, a história nunca está definitivamente escrita, e na ciência penal isto não poderia ser exceção. Em 1943, Nelson Hungria, escrevendo sobre a "Evolução do Direito Penal Brasileiro", afirmava que, a partir da década de 20, passara a ciência penal por profunda reconstrução após o trabalho de Galdino de Siqueira e, posteriormente, de Costa e Silva. Este percurso se iniciara com Tobias Barreto e prosseguia, depois daqueles mestres, com o próprio Hungria, Roberto Lyra e Aníbal Bruno, outras perdas irreparáveis do Direito Penal brasileiro.

Fora do Brasil há, também, uma longa e vagarosa evolução do Direito Penal desde o séc. III da era cristã até nossos dias. Do positivismo de Binding a Welzel e seus seguidores, na Alemanha, e de Carrara à teoria crítica do Direito Penal, na Itália.

O Prof. Heleno Fragoso certamente foi herdeiro intelectual de todos estes grandes mestres. Conhecia-os com invulgar familiaridade. Suas imperecíveis lições não temem a ação do tempo, não temem o futuro. Elas têm e terão singular significado na cultura jurídica do País. Nelas a colheita intelectual, ainda por muito tempo, será proveitosa. Seu nome já atravessara, há muito, as fronteiras de nosso País, e as constantes citações de seus ensinamentos, em tratados estrangeiros bem revelam o absoluto reconhecimento de sua autoridade científica.

O aprimoramento técnico, sua concepção técnico-jurídica, não fez dele um dogmático pleno de verdades irrefutáveis, nem um positivista servil ao sistema. O estudo sistemático do Direito Penal vigente não o impediu de dar atenção ao direito em sua dinâmica aplicação. Ouçamos suas próprias palavras: "é importante hoje superar o esquema apresentado pelo método técnico-jurídico, que tende à compreensão e justificação do Direito Penal vigente, que constitui uma técnica de supremacia e dominação dos que têm o poder de fazer as leis. O Direito Penal em vigor é comumente defeituoso, extremamente repressivo e reacionário, incorporando valores de duvidosa vigência, que servem à manutenção de preconceitos e privilégios" (Lições, p. 13).

Jurista politizado, que sofreu na própria carne a injusta repressão do golpe de 64, abandona Fragoso o retribucionismo demonstrado nos primeiros trabalhos. As Lições de Marc Ancel e Roxin, dentre outros, integraram as suas preocupações. Diz Heleno Fragoso: "Passam hoje ao primeiro plano as questões de política criminal e a realização de um Direito Penal mais justo e igualitário, como parte da política social do Estado, quer dizer, um instrumento através do qual o Estado realiza meios para alcançar fins socialmente valiosos."

Como se observa, Heleno Fragoso conseguiu superar a redutora abordagem jurídico-formal, enxergando no Direito Penal uma parte da Política social do Estado. Heleno Fragoso denunciou o sistema criminal como injusto e opressivo, demonstrando ser o Direito Penal apenas instrumento subsidiário no combate à criminalidade, desvelando sua ideologia.

A sua concepção da pena, elaborada nos últimos trabalhos, levou-o à conclusão da crise do sistema criminal, sendo de grande valia, também, a influência que sofreu das mais modernas correntes criminológicas: ele passou, então, a interpretar criticamente o sistema penal, afirmando ser o crime fenômeno sócio-político. Neste sentido fez política na mais alta acepção do termo. E seu discurso político progressista visava, sempre, o restabelecimento do Estado de Direito democrático. Bateu-se Heleno Fragoso contra

o que chamava a mística da segurança nacional, "contra o aparato repressivo que se caracterizava pelo arbítrio e pela violência".

Nilo Batista, seu companheiro inseparável e por quem Heleno Fragoso nutria a maior admiração, já demonstrou sua larga influência na vida acadêmica brasileira, ao analisar a trajetória do pensamento do Fragoso dos anos 50 e o pensamento "rejuvenescedor" do Prof. Fragoso dos anos 70 até o presente.

Mas, o que não é muito comum, com o teórico convivia o homem de ação. A ele devemos o êxito da Revista de Direito Penal e Criminologia e do Instituto de Ciências Penais, agora Instituto Heleno Fragoso de Ciências Penais, em merecida homenagem que lhe prestam seus colegas. A ele devemos a projeção internacional do Direito Penal Brasileiro, ao lado de Nelson Hungria, Roberto Lyra e Aníbal Bruno.

Enfim, perdeu o Brasil um autêntico scholar, cuja vida foi integralmente devotada à ciência do Direito Penal. Seus lúcidos estudos prosseguirão, por muito tempo, ensinando às futuras gerações um Direito Penal com rigorosa técnica, comprometido com os direitos fundamentais da pessoa humana.

Já se disse que com a morte se apura o justo valor do ser humano. Heleno Fragoso não precisou disto. Teve reconhecimento público e êxito em vida e ainda muito jovem.

Se a história não está definitivamente escrita, devemos observar não ser ela sucessiva e unilinear consoante lição de H. Focillon, mas uma superposição de presentes. Há, portanto "passados" que estão "presentes" e há elementos do presente que, por mais que continuem existindo, já pertencem ao passado.

Nas páginas de Heleno Fragoso — textos ontológicos do Direito Penal Brasileiro — ainda, por muito tempo encontraremos preciosas lições. Isto equivale a dizer que Heleno Fragoso cumpriu sua missão histórica, cumpriu sua grande vocação acadêmica a favor da cultura brasileira.

Nós, seus colegas da Cândido Mendes, do Instituto de Ciências Penais, da Revista de Direito Penal e Criminologia, lastimamos a enorme perda e nos orgulhamos de ter tido o privilégio de trabalhar a seu lado.

Este número da Revista de Direito Penal e Criminologia ainda foi preparado pelo Prof. Heleno Cláudio Fragoso, dele constando as seções habituais. Na primeira delas, a seção doutrinária, encontramos os artigos, de grande atualidade, do Prof. Heleno Fragoso sobre "A reforma da legislação penal" (conferência por ele pronunciada em 19 de março de 1984, no VI Congresso de Direito Penal e Ciências Afins, realizado em Belo Horizonte) e "A Nova Lei de Segurança Nacional". O Prof. e Desembargador da Bahia, Gerson Pereira dos Santos, presta expressiva homenagem ao mestre Raul Chaves, falecido em 1.º de fevereiro de 1983. Ainda nesta seção, encontramos os importantes trabalhos do Prof. José Faria Costa a respeito do tormentoso tema da "Responsabilidade Objetiva" examinada no Direito Penal Português, e do Prof. Nilo Batista sobre "As Bases Constitucionais do Princípio da Reserva Legal".

Em Comentários e Atualidades, o Professor Jorge Alberto Romeiro Jr. aborda questão do "Processo como fonte do Direito Penal Romano", e o Prof. Afrânio Silva Jardim estuda a delicada questão do "Arquivamento e Desarquivamento do Inquérito Policial". O atual Vice-Presidente do Grupo Brasileiro da AIDP, Prof. René Ariel Dotti, dedica-se ao estudo do Delito de Violação do Código de Boas Maneiras. Ainda aqui temos os trabalhos sobre "A Violência Estrutural e Institucional da Sociedade Capitalista e a Criminalidade", de autoria do Prof. Orlando Soares, e, do Prof. Moacyr Benedito de Souza, o estudo sobre "Dactiloscopia".

Além da resenha bibliográfica, o leitor encontrará comentários a acórdãos acerca da controvertida questão da responsabilidade sucessiva na Lei de Imprensa, do Prof. Nilo Batista, bem como do Prof. Heleno Fragoso comentário a respeito da fiança em crimes praticados em concurso material.

Finalmente na Seção Leis e Projetos, publica-se a Lei n.º 7.106, de 28 de junho de 1983, relativa a Crimes de Responsabilidade do Governador do Distrito Federal, dos Territórios e de seus Secretários.

HEITOR COSTA JÚNIOR

RAUL CHAVES

Os círculos jurídicos da Bahia e do país perderam no dia 1.º de fevereiro de 1983 uma de suas figuras expressivas: o professor RAUL AFFONSO NOGUEIRA CHAVES, catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Nascido em 22 de março de 1918, RAUL CHAVES desapareceu aos 64 anos de idade, vítima de trombose cerebral que o colheu no curso de doença incurável.

Diplomado em Direito em 1944, RAUL CHAVES obteve, em 1958, o título de Doutor em Direito e o de Docente Livre, por concurso. Em dois anos ascendeu à Cátedra, a que se dedicou devotadamente até à morte. A par da incansável atividade docente dos últimos vinte e cinco anos, revelou-se um advogado brilhante e com exuberante poder de argumentação. Em discurso de paraninfia aos bacharelados de 1963, assim definiu a profissão de advogado: "Advogar é combater, é lutar, é opor-se, é apaixonar-se pela paixão alheia; é sofrer o martírio de não poder ajustar a razão do cliente, nem sempre dentro na lei, à inflexibilidade da norma; é não ser compreendido, às vezes, por aqueles mesmos aos quais representa."

Dentre as inúmeras palestras e conferências realizadas por RAUL CHAVES, podemos salientar as seguintes: "A NOVA REFORMA PENAL BRASILEIRA", no "Curso de Aperfeiçoamento de Magistrados", Salvador, dezembro de 1981; "REFORMA UNIVERSITÁRIA", no Instituto dos Advogados Brasileiros, Rio de Janeiro, 4 de junho de 1970; "CRIMINOSOS HABITUAIS E POR TENDÊNCIA", no "Ciclo de Conferências sobre o Novo Código Penal", Curitiba, Paraná, 29 de maio de 1970; "APRECIÇÃO AO NOVO CÓDIGO PENAL", "DIREITO PENAL, SUAS FONTES, TÉCNICA LEGISLATIVA" e "ASPECTOS JURÍDICO-PENAL DO CONTROLE DA NATALIDADE", na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 13, 14 e 15 de maio de 1970, no curso de extensão universitária promovido pela Diretoria da Faculdade. "O DIREITO PENAL DA CULPA E A MENORIDADE PENAL NO CÓDIGO DE 1969", na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 4 de maio de 1970, a convite do Departamento de Direito Público da citada Faculdade. "DIREITO PENAL — Crime e Contravenção", no "1.º Curso

de Treinamento para Agentes Fiscais do Imposto Aduaneiro da Alfândega de Salvador", promovido pela Inspetoria da Alfândega de Salvador, em agosto de 1968. "A LEI E O SEXO", na Associação Bahiana de Medicina, durante o Curso de Educação Sexual, Salvador, 26 de junho de 1968. "ASPECTOS JURÍDICOS DO CONTROLE DA NATALIDADE", na Associação Bahiana de Medicina, no Curso Intensivo sobre "ASPECTOS ATUAIS DO CONTROLE DA NATALIDADE", de 2 de agosto de 1967, em Salvador. "ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS DO CONTROLE DA NATALIDADE", no Parlamento Nacional, a convite da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, Brasília, em 28 de agosto de 1967. "OS NOVOS TEMPOS E A CRIMINALIDADE SEXUAL", no Seminário de Criminologia promovido pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas, Maceió, outubro de 1965. "ASPECTOS JURÍDICOS DO ABORTO", no ciclo de conferências promovido pela Sociedade de Pediatria da Bahia, Salvador, junho de 1965. "REFORMA DO CÓDIGO PENAL" — no Forum Ruy Barbosa, no "Primeiro Encontro dos Magistrados Baianos", promoção da Associação Baiana dos Magistrados, 6 a 11 de agosto de 1965, em Salvador — Bahia. "CRIMES SEXUAIS E A LEGISLAÇÃO CONTEMPORÂNEA" — na Faculdade Católica de Direito, da cidade de Ilhéus, a convite da Diretoria, em setembro de 1964. "CONSIDERAÇÕES SOBRE A PARTE GERAL DO PROJETO DO CÓDIGO PENAL DO MINISTRO NELSON HUNGRIA," na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe, Aracaju, outubro de 1963, "CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA" — no "Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro" promovido pelo Instituto Latino-Americano de Criminologia — S. Paulo, setembro de 1963. "A PARTE ESPECIAL DO PROJETO DO CÓDIGO PENAL DO MINISTRO NELSON HUNGRIA" — na XIII.^a Semana de Estudos Jurídicos — Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais — Belo Horizonte, setembro de 1963. "O ABORTO NA LEGISLAÇÃO CONTEMPORÂNEA" — na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará — Fortaleza, em 10 de setembro de 1962. "RESPONSABILIDADE PENAL DOS PREFEITOS MUNICIPAIS" — na XII.^a Semana de Estudos Jurídicos — Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco — Recife, setembro de 1962. "DIREITO PENAL, SUA SISTEMATIZAÇÃO, SEUS ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS" — na Faculdade Católica de Direito da cidade de Ilhéus, em Semana de Estudos Jurídicos promovida pelo Centro Acadêmico, em 1962, Bahia. "MODERNA CONCEPÇÃO DO DIREITO PENAL MILITAR", proferida na 2.^a Semana de Estudos Policiais, em setembro de 1960, Salvador, Bahia. "CRIMINALIDADE COMPARADA NO TEMPO E NO ESPAÇO", proferida perante o Grêmio General Sampaio, do C.P.O.R. da 6.^a Região Militar, em

Salvador — Bahia — junho de 1959. "INTERPRETAÇÃO JURÍDICO-PENAL DA CONDENAÇÃO DE JESUS CRISTO" — proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, em abril de 1959.

Além de 21 trabalhos sobre sua especialidade em revistas jurídicas, RAUL CHAVES deixou as seguintes obras: "Da Tipicidade Penal", Salvador, 1958; "Crimes de Responsabilidade", Salvador, 1960; e "Anteprojeto de Código Penitenciário", Salvador, 1958.

GERSON PEREIRA DOS SANTOS

Adiantada a reforma de nossa legislação penal, notadamente de que se refere ao projeto de Código de Processo Penal. Os penalistas são convocados para o estudo da realização e do exame das figuras de delito que são tidas ou retiradas do sistema.

Convém lembrar, no momento em que se trata de tarefa dessa natureza, algumas conclusões a que nos levou o penal de nosso tempo. Tem-se dito, nos últimos tempos, que o sistema penal de nosso tempo está em crise, pela falência dos princípios repressivos do Estado, pela profunda divergência entre as ideias que correspondem à função ideológica do sistema, e sua realidade.

Conferência realizada em 12 de março de 1964, na Academia Brasileira de Direito Penal e Ciências Afins, em Belo Horizonte.

DOCTRINA

A REFORMA DA LEGISLAÇÃO PENAL *

Heleno C. Fragoso

1. Somos todos reconhecidos aos nossos excelentes colegas de Minas Gerais que se lançaram à tarefa excepcional de realização deste congresso. É este um congresso que não tem dono. Não há entidade encarregada de promovê-lo e de organizá-lo. Por isso mesmo, ele não tem data certa para realizar-se. É um congresso que se celebra de vez em quando, sempre que um grupo valoroso de companheiros decide levar adiante a difícil tarefa.

2. Desta vez é de justiça destacar os nomes dos professores LOURIVAL VILELA VIANA e JAIR LEONARDO LOPES, bem como os dos professores MARCOS AFONSO DE SOUZA, JOSÉ CIRILO DE VARGAS e SIDNEY SAFE DA SILVEIRA, aos quais rendemos nossas homenagens, que se estendem também aos órgãos que tornaram possível a realização do conclave. Pessoalmente agradeço aos responsáveis pelo Congresso por me terem convocado para falar na cerimônia com que se abrem nossos trabalhos, pedindo desculpas pelo desalinho de minha contribuição. Ela teve de ser preparada a partir da convocação recebida na última sexta-feira.

3. Realiza-se este sexto congresso no momento em que vai adiantada a reforma de nossa legislação penal. Dela vamos nos ocupar, notadamente do que se refere à Parte Especial do CP e dos projetos de Código de Processo Penal e de Lei de Execuções Penais. Os penalistas são convocados para o estudo dos critérios de criminalização e do exame das figuras de delito que devem ser introduzidas ou retiradas do sistema.

4. Convém lembrar, no momento em que se empreende uma tarefa dessa natureza, algumas conclusões a que nos leva a ciência penal de nosso tempo. Tem-se dito, nos últimos tempos, que o sistema repressivo do Estado está em crise, pela falência dos princípios que o justificam, ou seja, pela funda divergência entre as aparências, que correspondem à função ideológica do sistema, e suas terríveis realidades.

* Conferência realizada em 19 de março de 1984, na abertura do VI Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, em Belo Horizonte.

5. O sistema se funda na prevenção. A incriminação de certos comportamentos pretende evitá-los. Pretende-se, através da ameaça penal, influenciar o comportamento humano, para que não se realizem certas ações ou omissões que constituem ou provocam dano ou perigo de dano a certos valores da vida social.

6. A gravidade da ameaça, ou seja, a quantidade de pena com que será punido quem transgredir a norma penal está em função da gravidade da ofensa, mas aqui não existem critérios objetivos. Tudo fica entregue, mais ou menos, à sensibilidade do legislador. Não são estranhas, aqui, também razões que se fundam no propósito de afastar os possíveis transgressores da ação delituosa, ameaçando a sua realização de mal particularmente grave. É sempre inerente ao sistema um certo terrorismo penal.

7. Indaguei, certa feita, de NELSON HUNGRIA, qual o critério para a cominação das penas no código vigente. E ele me respondeu que não houve critério algum, nem se fez qualquer estudo comparativo. As penas foram fixadas de forma inteiramente arbitrária, dando lugar a manifestas incongruências.

8. No momento em que ocorre a transgressão, a pena também se justifica pela prevenção. Punimos os transgressores para mostrar a seriedade da ameaça, ou seja, para que todos vejam o que acontece com os transgressores. E também para que o transgressor, sendo punido, trate de não repetir a ação delituosa. Na condenação, pretende-se a recuperação social do delinqüente, promovendo, através da execução penal, a sua volta à sociedade em condições de não mais praticar crimes.

9. A experiência veio mostrar que o sistema se funda em ficções. Não está demonstrado o efeito preventivo da ameaça penal, que representa, para os juristas, como dizia MARC ANCEL, uma espécie de crença. Parece claro que o crime é um fenômeno sócio-político que se deve principalmente a condições estruturais da formação social, que não são afetadas pela ameaça penal. Não é com o direito penal que se controla o fenômeno da criminalidade. As Nações Unidas têm insistido na necessidade de compreender que a tarefa essencial é a que se relaciona com a qualidade da vida, devendo a prevenção da criminalidade constar dos planos de desenvolvimento social.

10. Para explicar, entre nós, o aumento da criminalidade, indiferente à severidade do sistema repressivo, basta considerar a marginalização crescente de extensas faixas da população, através de uma ordem sócio-econômica que se caracteriza pela profunda desigualdade e pelo empobrecimento constante dos que vivem de salário. A economia em recessão produz desempregados em ritmo crescente. Temos 6,5 milhões de "bóias-frias", que constituem a maioria de nossa força de trabalho no campo. Basta, também, para explicar o crescimento da criminalidade considerar a situação terrível dos menores carentes nos grandes centros urbanos. Constituem, esses menores, o exército de reserva da criminalidade. Estatísticas recentemente publicadas

vieram mostrar que os menores praticaram mais ações definidas como crime em 1983 do que em 1982, sendo o aumento de 30%. Fatos que constituem infrações contra o patrimônio aumentaram em 63%.

11. Devemos saber, pobres juristas que somos, que nenhum poder temos para atuar sobre os fatores que influem sobre a criminalidade. Quando ameaçarmos com penas determinadas ações, vamos apenas propiciar o exercício de um poder medíocre, o poder de mandar para a cadeia os pobres e desfavorecidos que constituem a clientela do sistema.

12. Por outro lado, já ninguém discute a falência completa da pena privativa da liberdade. A filosofia correcional que tem inspirado a pena privativa da liberdade está em completo descrédito. O confinamento produz efeitos devastadores sobre o espírito humano, conduzindo a instituição total à deformação da personalidade, que se ajusta aos padrões anormais do mundo carcerário. A prisão é uma realidade violenta, que apresenta contradição insolúvel entre os fins de custódia e tratamento. Como se dizia no V Congresso da ONU, realizado em Genebra, em 1975, o problema da prisão é a prisão. É significativa a falência da prisão em países afluentes do primeiro mundo, que investiram somas fantásticas em seus sistemas carcerários. É o caso, por exemplo, dos Estados Unidos e da Suécia, países que adotaram amplamente o ideal de reabilitação através da pena e que abandonam hoje esse ideal. A pena indeterminada, adotada pela legislação americana, como uma espécie de remédio, que deveria cessar com a cura do enfermo, caiu em completo descrédito. Verificou-se, depois de larga experiência negativa, que a pena indeterminada é instrumento de arbítrio das juntas de livramento condicional, constituindo elemento de perseguição de negros e pobres. Reclama-se, hoje, a volta ao sistema de penas fixas (*flat sentencing*). Na Suécia, o Conselho Sueco de Prevenção do Crime recentemente recomendou a revisão completa do vigente sistema correcional, em face das altas taxas de reincidência. Aos problemas gerais de todas as prisões, acrescentamos os que são comuns nas nossas: a superpopulação, a promiscuidade e a ociosidade. No Rio de Janeiro há hoje 3.000 pessoas presas em xadrezes policiais por falta de vaga no sistema prisional, que abriga cerca de 9.500 presos.

13. Sabemos hoje, com segurança, que a probabilidade de reincidência é maior se mandarmos o condenado para a prisão, do que se não o mandarmos. Sabemos também que a probabilidade de reincidência será tanto maior quanto mais longa for a pena imposta. Sabemos, portanto, que o sistema de direito penal funciona com o sinal trocado. Esse sistema é para prevenir a criminalidade e não para favorecê-la.

14. A elaboração das leis penais em nosso tempo não pode desconhecer as conclusões a que nos leva a experiência. Recomenda-se parcimônia no emprego do instrumental punitivo, pelos altos

custos sociais que envolve. É necessário adotar o princípio da subsidiariedade e minimização da sanção penal, que deve ser a *ultima ratio* de um sistema de controle social.

15. Os critérios da criminalização são critérios práticos, que devem orientar-se de conformidade com os custos e benefícios da sanção penal. Não se admite o emprego da lei penal a condutas que efetivamente não representem dano social. Não pode a lei penal ser usada para a observância de idéias morais, religiosas ou filosóficas. Numa sociedade democrática e pluralista, não podem as incriminações corresponder apenas às concepções e valores do grupo que tem o poder de fazer as leis, devendo antes encontrar amplo respaldo no entendimento geral. É o caso, por exemplo, da incriminação do aborto, realizado nas primeiras doze semanas. A punição do aborto nestas circunstâncias constitui perfeito exemplo de esquizofrenia legal, produzindo grave dano e sofrimento a mulheres pobres, que fazem abortos em condições perigosas. Provavelmente, no Brasil inteiro, não existe uma só pessoa presa por ter cometido aborto. Sabemos bem que não conseguiremos impedir que o aborto continue a realizar-se extensamente, punindo-o com penas mais ou menos severas. O sistema penal simplesmente não é adequado ao controle social que se pretende. Esse controle tem de ser feito por outros meios. Há, é claro, na matéria importantes e respeitáveis pontos de vista religiosos que, todavia, não podem influir na elaboração da lei penal.

16. O abandono da filosofia correcional que inspirou, desde o seu surgimento, a pena privativa da liberdade, bem como o aumento constante da criminalidade, sobretudo da criminalidade violenta, têm explicado o movimento *law and order*, que defende a imposição de penas severas, com o endurecimento do sistema, fundado em critérios puramente retributivos. São idéias insustentáveis que representam grave retrocesso, constituindo uma saída fácil para uma ordem político-social desigual e injusta. É muito fácil para os governantes, incapazes de atuar validamente para reduzir os fatores que influem na criminalidade, mostrar que estão fazendo alguma coisa, endurecendo o sistema. Isso não vai resolver nada, pois o sistema repressivo exacerbado, como se sabe, produz cada vez mais crime. Parece-me essencial partir do princípio geral de que as penas devem ser mitigadas. Não dispomos de estabelecimentos penitenciários para levar a efeito uma inútil política de exacerbação repressiva. Nossas prisões estão superlotadas e não temos dinheiro para construir novos estabelecimentos. O problema da superpopulação carcerária não se resolve com a construção de novas prisões, mas sim com a criação de canais de saída, através dos quais possam deixar as prisões condenados não perigosos, que possam cumprir o restante da pena em liberdade.

17. Infelizmente, os juizes e promotores, em regra, continuam a acreditar demasiadamente na pena, apesar de toda a evidência em contrário. Recentemente, no Rio de Janeiro, queixava-se o diretor

do sistema penitenciário, de que o Juiz das Execuções não concede, como seria desejável, livramento condicional a presos que o haviam requerido. Disse-me ele que 1.500 presos poderiam já estar em liberdade. Imagine-se o que isso significa num lugar onde há 3.000 presos em xadrezes policiais. A mentalidade demasiadamente repressiva e conservadora, que domina o corpo judiciário e que se reflete, inclusive, em juizes do Supremo Tribunal Federal, pode ser bem ilustrada com a jurisprudência que considera qualificado o roubo cometido com arma de brinquedo. É óbvio que arma de brinquedo é instrumento idôneo para intimidar, e, pois, para a prática de roubo, mas não serve para qualificar o crime, pois a qualificação se funda no emprego de meio perigoso. Onde a lei fala em arma, não pode o intérprete contentar-se com um brinquedo. Os juizes e tribunais que adotam a jurisprudência a que estamos aludindo, entendem que não basta, para o roubo, a pena mínima gravíssima de quatro anos de reclusão. Essa pena deve ser de cinco anos e quatro meses...

18. Tarefa importante da reforma penal será, não só a de tornar o sistema vigente menos repressivo, como também a de cobrir evidentes lacunas. Essas lacunas aparecem notadamente em relação aos crimes de colarinho branco. Parece que o sistema penal está deliberadamente concebido para punir os pobres e desfavorecidos. Em boa medida porque estes não se defendem com eficácia, mas também porque a própria lei penal não contempla, ou contempla com benevolência, infrações penais dos homens de negócios. Não se entende por que a fraude no pagamento de tributos é tão brandamente punida. Por que motivo não se pune o fato de manter conta bancária e investimentos no exterior, sem notificação ao imposto de renda? É indispensável prever um tipo de ação delituosa fraudulenta fora do esquema do estelionato. Esse esquema não se aplica às fraudes que se praticam no funcionamento do mercado financeiro. O estelionato requer a obtenção de vantagem que deve estar causalmente ligada ao erro provocado pela fraude. É comum no mundo das finanças, a obtenção fraudulenta de vantagem sem o engano do lesado. A fraude praticada contra o BNCC (Banco Nacional de Crédito Cooperativo), recentemente, não é um estelionato. Será indispensável prever figura de delito com a latitude da infidelidade (*Untreue*) do CP alemão (§ 266). É necessário também punir a fraude no emprego de subvenções principalmente num país como o nosso, onde as subvenções são tantas e tão variadas e dão lugar a enriquecimento fácil, em prejuízo da coletividade. Devem ser expressamente punidas as fraudes praticadas nos computadores, que raramente se enquadram na figura do estelionato. A falsidade dos registros dos computadores não é falsidade documental. Há hoje extensa e significativa literatura na matéria, que não podemos deixar de aproveitar. E por que não punir com severidade o subfaturamento que fazem os exportadores? Impõe-se aqui o exercício da imaginação criadora dos juristas, aproveitando nossa vasta experiência em matéria de fraudes finan-

ceiras, para o direcionamento do sistema repressivo, no sentido dos que ocupam na sociedade posições privilegiadas.

19. Um outro setor que requer completa revisão é o que se refere aos crimes contra os costumes, em face da revolução sexual desses últimos 15 ou 20 anos, consequência de uma nova posição que a mulher vem adquirindo na sociedade e de uma nova visão da sexualidade na vida das pessoas. É necessário abandonar o tabu da virgindade, como base para a configuração ou agravamento de crimes. É necessário também rever o sistema de presunção de violência, que não corresponde a critério justo e razoável e que está em desacordo com a realidade social de nossos dias. Crimes sexuais praticados por pessoas muito jovens devem ter tratamento especial.

20. Creio seja fundamental rever integralmente o sistema de crimes que envolvem relações de trabalho, e notadamente a greve. Não pode o legislador penal praticar a velhacaria intelectual que representa deixar a matéria para consideração das leis extravagantes, elaboradas ao sabor das conveniências dos patrões. O CP vigente foi elaborado numa época em que vigorava no país uma ditadura fascista, o chamado "Estado Novo". Apesar disso e apesar da profunda influência do direito penal italiano, pode-se dizer que o CP brasileiro é um Código liberal, que adota os princípios fundamentais de um sistema punitivo democrático. A única passagem de nosso código revela a marca fascista do sistema político dominante na época em que foi elaborado, é a que se refere aos crimes contra a organização do trabalho. Na redação original de nosso Código, greve era a paralisação do trabalho realizada por três pessoas (art. 200, parágrafo único). É muito duvidosa a previsão específica de crimes contra a liberdade de trabalho, que já se enquadram nos crimes contra a liberdade individual. A vigente lei de greve, que se tem chamado de lei *antigreve*, torna virtualmente impossível a realização da greve legal, e pune como crime a realização da greve ilegal. Historicamente essas leis destinam-se a perseguir os trabalhadores, sempre em posição de desigualdade em face dos patrões, na reivindicação de melhores condições para a realização do contrato de trabalho. A lei penal aqui tem posto a serviço dos patrões o formidável aparato repressivo do Estado, quando deveria ser exatamente o contrário. A perseguição criminal dos metalúrgicos de São Paulo, pela greve realizada em 1980, e seu enquadramento na lei de segurança nacional constitui um verdadeiro escândalo. Nessa matéria exige-se do legislador, particularmente, fidelidade aos ideais democráticos e amor à liberdade.

21. Quero dizer, concluindo, uma palavra de confiança nos que estão encarregados de trabalhar na reforma penal. Creio que este congresso trará a contribuição valiosa da ciência penal brasileira, que aqui aparece através das figuras mais representativas. Nada ficamos a dever, nesta matéria, ao que de melhor se realiza em outras partes do mundo. Devemos ser ciosos de nossa própria experiência

e de nossas realidades, sem preocupação de importar soluções que não se ajustam à nossa situação de país do Terceiro Mundo, onde o crime aparece ligado a uma estrutura social opressiva e injusta.

22. A visão moderna do jurista diante do ordenamento jurídico e da administração da justiça é uma visão crítica. Temos consciência de que trabalhamos com um instrumental precário. Os juristas foram durante largo tempo servidores do sistema estabelecido, sem questionar os privilégios que estabelece. Temos hoje os olhos abertos à realidade social e os pés firmemente plantados no chão. Devemos ser, por isso, instrumento de renovação e de permanente busca de alternativas, para a construção, como queria Radbruch, não só de um direito penal melhor mas, sim, de algo melhor que o direito penal.

ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA PROBLEMÁTICA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS *

José Faria Costa

1. A problemática referente à responsabilidade objetiva no domínio do direito penal¹ toca — como facilmente se compreende — em algumas das mais importantes matérias de toda a dogmática jurídico-penal. Mesmo sem nos interrogarmos sobre o sentido e conteúdo materiais que este tipo de responsabilidade poderia abarcar — não só enquanto realidade analisável em si,² mas fundamentalmente como categoria material que se diferencia estruturalmente da responsabilidade pela culpa — fica-nos ainda todo um conjunto de problemas, mais ou menos complexo, que depende, obviamente, da resposta que se dê àquela primeira questão. Dependência que em verdadeiro rigor nos deveria levar a investigar o primeiro ponto, mas que razões de economia de meios e de fidelidade ao objeto principal do trabalho nos conduzem a afastar aquele caminho para que, pontualmente, tratemos das questões onde mais facilmente se fazem sentir ou se refletem, no direito penal português, os problemas levantados por uma eventual responsabilidade objetiva.

2. Convém, todavia, no seguimento daquilo que dissemos, não julgar que a problematização anteriormente enunciada possa cor-

* Este estudo tem por base uma comunicação que apresentamos nas II Jornadas Italo-Franco-Luso-Espanholas de Direito Penal, realizadas em Avila-Alcalá de Henares de 5 a 8 de junho de 1980, sob o patrocínio da Société Internationale de Défense Sociale, nas quais participou uma delegação portuguesa presidida pelo Sr. Prof. Doutor EDUARDO CORREIA. Cumpre, todavia, salientar, face à finalidade da publicação do presente trabalho, que alguns problemas foram repensados, mormente por força das comunicações apresentadas naquelas Jornadas, que se fizeram substanciais acrescentos e que também houve alguns cortes no texto original. O que sem descaracterizar a nomenclatura e estrutura iniciais do estudo não deixou, obviamente, de lhe dar uma coloração material diferente a que não será estranha, no mínimo, a inserção das notas de rodapé, que, evidentemente, só agora teve lugar. Deve, por fim, acrescentar-se que a presente investigação não tem a pretensão — longe disso — de fazer uma revisão crítica global sobre todas as matérias que se tratam. Ela só pretende dar, por assim dizer, o estado das questões e, aqui e acolá, sugerir uma ou outra idéia de menor importância.

responder, no mínimo que seja, a qualquer dúvida ou tênue interrogação no que concerne ao princípio que norteia a responsabilidade penal no direito português.

Efetivamente, nada de mais errado seria sugerido já que desde há muito a doutrina — nomeadamente pelos ensinamentos e lições dos Professores BELEZA DOS SANTOS,³ EDUARDO CORREIA,⁴ CAVALEIRO FERREIRA,⁵ e mais recentemente FIGUEIREDO DIAS⁶ — vem afirmando peremptória e inequivocamente o princípio de que só existe responsabilidade penal quando há culpa. Realidade sócio-normativa, acrescenta-se, que corresponde a uma larga e antiga tradição cultural portuguesa.⁷

Por este prisma, e neste sentido, quase que nos atreveríamos a dizer que o princípio *nulla poena sine culpa* é enformador e regulador de toda a responsabilidade penal, tendo, em consonância, acolhimento unânime não só nos cultores da ciência jurídico-penal como também tende a tê-lo na própria jurisprudência, em todos os seus níveis.⁸

3. Na verdade, embora o nosso código seja já de meados de oitocentos — não se esquecendo, todavia, as várias reformas eticizadoras que sofreu, 1884, 1886, 1954 e 1972 — a doutrina, arrancando dos arts. 44.º, n.º 7, 26.º, 28.º e 84.º, todos do Código Penal, tem vindo a pôr em realce o princípio da culpa que, enquanto idéia regulativa, foi também aceita, repete-se, em toda a extensão, no campo jurisprudencial. Nesta linha não é, pois, de estranhar — ou melhor, é antes o corolário lógico de todo um pensamento — que o Prof. EDUARDO CORREIA, quando da realização do seu Projeto de Código Penal (Parte Geral), em 1963, tenha, no art. 2.º, proposto: “Quem age sem culpa não é punível.” O que justamente corresponde ao art. 3.º do projeto do Código espanhol.

E se aquele art. 2.º foi subtraído nas sucessivas revisões a que o projeto foi submetido, deve-se tal fato não a um abrandamento na defesa do princípio da culpa mas antes a razões de ordem técnico-sistemática. Com o que se reafirma, mesmo a nível do direito a constituir, o fio de uma forte e singular eticização do direito penal português. Note-se que a adoção deste axioma axiológico-normativo não invalida a possibilidade de haver várias compreensões do seu conteúdo material. Isto é — em termos necessariamente simples —, quer se entenda a culpa como fundamento e limite de toda a pena, quer se a veja tão-só como seu limite,⁹ ela é, em última análise e em ambos os casos, a fronteira para lá da qual a infligência de uma sanção se faz excepcionalmente e sempre teleologicamente apoiada a valores — de matriz caracteristicamente supra-individual — que não podem colidir com os direitos fundamentais do homem.¹⁰

4. Com o horizonte compreensivo suficientemente clarificado urge, agora, interrogarmo-nos quanto ao sentido e conteúdo — explicitados de modo fragmentário — que a responsabilidade objetiva ainda pode ter no ordenamento jurídico-penal português.

Sabe-se que nas ordens jurídicas primitivas — nomeadamente a germânica — o elemento fundamental da responsabilidade criminal ia buscar-se não à culpa — qualquer que fosse a sua compreensão — mas ao *dano*.¹¹ Da expressão objetivadora do *dano*, da sua carga pretensamente neutra é que partia o nexo de imputação que determinava a responsabilidade penal. É, pois, a força do fato (evento) expressa no dano que implicava e condicionava a aplicação de uma pena. Com a chamada espiritualização ou eticização do direito penal¹² as coisas transformaram-se radicalmente. Ou seja, a responsabilidade penal só pode existir, pelo menos em princípio, desde que haja culpa. Todavia, de uma forma ou de outra, talvez mesmo, como diz KAUFMANN,¹³ porque um sistema em que vigore o princípio da culpa na sua forma pura, seja impensável, o certo é que os sistemas positivos, em vários momentos da sua previsão legal, apresentam soluções legislativas que numa primeira compreensão do problema parecem apontar no sentido da existência da responsabilidade objetiva. Assim, os crimes preterintencionais; a negligência inconsciente; a *aberratio ictus*; o *error in persona vel objecto* e o erro na proibição; crimes cometidos em estado de embriaguez; algumas situações do direito de imprensa; a responsabilidade das pessoas coletivas são alguns dos casos clássicos do direito português,¹⁴ onde a problemática da responsabilidade objetiva pode ser aflorada.

Da seriação atrás enunciada resulta, quanto a nós, serem estas as situações jurídico-penais onde a carga do evento — agora expressa no desvalor da danosidade social — mais fortemente se faz sentir. Intencionalidade exclusivamente resultante da pura factualidade que pode levar a que se possa entender que o valor segurança esteja aparente ou realmente em conflito com o princípio da culpa. Porém, pelo que será dito a seguir, julgamos que só o está aparentemente, pelo menos numa primeira frente. Desta feita, teremos, por consequência, de analisar cada um dos problemas há pouco formulados para ajuizarmos da justeza da nossa asserção.

II

1. Os chamados crimes preterintencionais ou agravados pelo evento encontram-se tipificados no Código Penal nos arts. 162.º, § 1.º; 345.º, § 3.º; 361.º, parág. único; 366.º, parág. único; 385.º; 486.º; 472.º, § 4.º; 351.º, n.º 4; 432.º e 433.º; a este núcleo deve acrescentar-se o art. 60.º, n.º 1, b, do Código da Estrada.¹⁵

A figura do crime preterintencional reconduz-se fundamentalmente a três pressupostos: 1.º) a existência de um crime fundamental doloso, de resultado ou de mera atividade; 2.º) de um evento agravante que não foi abrangido pelo dolo do agente, como tal preterintencional; 3.º) de uma especial agravação da pena cominada pela fusão do crime fundamental doloso com o evento preterintencional — isto é, uma agravação que excede a que teria lugar pelo concurso dos dois crimes.¹⁶

Deste quadro facilmente se intui que estamos perante uma figura dogmática complexa onde a intromissão de um evento não querido, nem intelectualmente representado pelo agente, faz que se venha a desencadear um especial agravamento da moldura penal.

Durante longo tempo, talvez por uma nem sempre muito cuidada investigação histórica, conexionaram-se acriticamente os crimes preterintencionais ao princípio canónico "*versari in re illicita operam danti rei illicitae, imputatur omnia quae sequuntur ex delicto*", fazendo prevalecer a idéia de que da frieza das palavras da máxima resultava um sentido conducente à responsabilidade objetiva. No entanto, como bem demonstrou FIGUEIREDO DIAS, representa aquela asserção não retrocesso ou conservadorismo doutrinal, mas antes um avanço no sentido da conquista do princípio da culpa. E mais. Ela é, de certa forma, o sustentáculo normativo-axiomático que, de uma vez por todas, fez compreender que a captação dos problemas desta questão residia essencialmente no estudo da especificidade do nexo entre o crime fundamental e o evento agravante.¹⁷ A unidade estrutural deste crime complexo não poderia ser analiticamente reduzida à compreensão sincopada do crime fundamental doloso e do evento agravante. Aquela teria de ser descoberta na densidade normativa do nexo que ligava o crime doloso e o dano expresso no evento agravante.

E uma das exigências que primeiramente se impôs consubstanciou-se na necessidade de aquele nexo ficar sujeito ao rigor limitativo da causalidade adequada. Só que, se com este balizar se avança inequivocamente no sentido de evitar formas injustas de responsabilização e se dá um aprofundamento no campo da apreensão do cerne da agravação da pena, com esta teoria, e apesar de tudo, ficam sem resposta algumas perguntas das quais a não menos pertinente é a que se traduz no fato de haver necessidade de se verificar um nexo de causalidade adequada — para preencher a ilicitude típica e imputar objetivamente o evento ao seu autor — em relação a todos os crimes. Não seria, evidentemente, tal determinante comum o elemento capaz de refletir a natureza da especial agravação. Assim, o traço unificador é bem outro. E na sintética fórmula de EDUARDO CORREIA não é mais do que "o perigo normal típico, quase que poderia dizer necessário, que, para certos bens jurídicos, está ligado à prática de certos crimes".¹⁸ Mas tudo o que se acaba de dizer terá sempre de ter como pressuposto dogmático o seguinte: o evento só poderá ser imputado ao agente quando este tenha atuado em relação àquele com negligência e portanto com culpa.¹⁹ Pelo que da profunda intercepção destes dois últimos elementos condicionantes resulta que o agente face a determinadas condutas, taxativamente determinadas na lei, tem o particular dever de representar as consequências danosas — altamente prováveis — que do seu comportamento podem resultar. O que não atuar dentro deste mínimo representa uma negligência grosseira, particularmente censurável.²⁰

Assente que é esta a solução jurídico-normativa das hipóteses concretas que o direito penal português apresenta, será, talvez, importante fazer realçar a idéia de que por meio desta construção teórica se salvaguarda o princípio da culpa não descurando os interesses impostos pela prevenção geral e especial. E dizer, se a danosidade social — particularmente intensa — é o elemento que faz detornar — justamente porque surge com o impacto do ato que referencia unicamente a vítima — a complexidade da figura jurídica do crime preterintencional, é a culpa a outro nível, a circunstância determinante para a imputação ao agente desse mesmo resultado agravado. Neste sentido, a necessidade da existência de mera culpa foi reconhecida também a nível jurisprudencial.²¹ Por outro lado, a natureza deste pensamento está igualmente cristalizada no projeto de EDUARDO CORREIA no art. 14.º que prescreve: “A agravação da responsabilidade pelo evento é sempre limitada pela possibilidade de imputação desse evento a título de negligência.”

Com o que se fecha, neste específico ponto da dogmática, o círculo de todo o discurso jurídico-penal sem se abrir mão do princípio da culpa.

2. Outra região dogmática, talvez das de mais difícil tratamento, onde o problema da responsabilidade objetiva se pode pôr, é a da negligência, e mais acentuadamente, a da negligência inconsciente. Fixemo-nos, pois, neste último caso.

Estar-se-á perante uma conduta levada a cabo com negligência inconsciente quando o agente não representa sequer a omissão do dever de prudência já que agiu por esquecimento.²² E se, nas palavras profundamente atuais de EDUARDO CORREIA, “punir a negligência inconsciente fundados numa idéia de responsabilidade objetiva é intolerável segundo o direito penal moderno,”²³ fato é que para se alcançar a sua fundamentação através de um juízo de culpa ético-social necessário se torna um esforço teórico-compreensivo que encontra judiciosa ressonância na teoria da culpa na formação da personalidade de EDUARDO CORREIA.²⁴

Por outro lado, a punição da negligência baseada na culpa não pode ser concebida como pura ficção nem a podemos remeter, é evidente, para um puro juízo da perigosidade. Há, pelo contrário, que encontrar um fundamento ético-jurídico que afaste a negligência — nomeadamente a inconsciente — do domínio da pura responsabilidade objetiva.

A doutrina portuguesa tem considerado que a negligência se estrutura a partir de três elementos. Primeiramente, com a omissão de um dever objetivo de cuidado que ainda não pertence à teoria da culpa já que tal elemento “intervém no que respeita à adequação causal da conduta a criar um risco de produção dos resultados que a lei procura evitar”.²⁵ Que, em segundo lugar, a produção do evento não querido pela lei seja previsível. Donde, só a omissão do dever impede a sua previsão. Resultando daqui, que o dever tenha que

visar obstar a produção do evento, isto é, “seja adequado a evitá-lo.”²⁶ E, deverá, finalmente, já dentro da teoria da culpa, exigir-se que o agente “possa ou seja capaz, segundo as circunstâncias do caso e as suas capacidades pessoais, de prever ou de prever corretamente a realização do tipo legal do crime.”²⁷

Estamos, pois, mais uma vez, perante uma situação jurídico-penal onde a força do evento é particularmente intensa. E se, perante duas condutas negligentes, hipoteticamente homólogas, só uma delas leva à produção do resultado proibido, temo-nos de cingir, para efeitos penais, unicamente àquela que levou a esse mesmo resultado proibido. E isso é fruto não só da aceitação de um direito penal que arranca do fato típico — excluída, em consequência, uma cláusula geral de negligência penal — mas igualmente porque a danosidade social expressa no evento continua a ser o elemento, através do qual se tem a certeza — honrando-se o princípio da segurança jurídica — de ter sido, neste caso, violado um bem jurídico-penal.²⁸ Se se não pode cominar uma pena, numa perspectiva jurídico-penal, à conduta que, apesar de negligente, não produziu qualquer resultado proibido, isso advém, quanto a nós, da impossibilidade material do direito penal que se defende poder ultrapassar a barreira da própria tipicidade.

Com isto não se estará perante uma situação em que o “acaso” faz desencadear “uma vergonhosa responsabilidade pelo evento”, como lhe chamou RADBRUCH,²⁹ mas, justamente, em face daqueles casos em que o agente não quis preparar-se, a nível da tensão axiológica exigida pelos valores que integram o mínimo ético, para que a variável “acaso” fosse insuscetível de influenciar a sua conduta quando esta se processasse fora dos quadros da própria negligência. Já que, se a conduta é negligente, parece-nos evidente que a variável “acaso” nada mais é do que um outro elemento, idêntico aos restantes, — cientificamente tão (in)decifrável como aqueles — que leva à produção do resultado. Para além de que à concepção mítica de “acaso” sobrepõe-se hoje uma noção de incerteza concreta.³⁰

Mas se tudo isto vem a propósito do sentido que devemos buscar na captação do resultado não devemos esquecer, a um outro nível, que a culpa é sempre um juízo de censurabilidade concreto — referente pois ao agente A — que também está, por sua vez, determinado pela produção do resultado. Se outro agente teve a “mesma” conduta “negligente” mas não produziu o resultado proibido, daquele comportamento não deve curar o direito penal porque: primeiro, a culpa não é uma categoria universal; e, segundo, porque os interesses da prevenção geral ou especial não são aqui tão fortes que nos façam ou devam fazer punir aquele comportamento. O resultado típico e ilícito é a referência dogmática concreta em relação à qual se deve aferir se a previsibilidade — dentro dos parâmetros do risco permitido ou do chamado aumento do risco — era suscetível de ser corretamente apreendido pelo agente da infração.

Com o que, seguindo EDUARDO CORREIA,³¹ poderá dizer-se que a fundamentação da punição por negligência está, *em parte*, no “fato de o agente não ter querido, em face do conhecimento de que certos resultados são puníveis, preparar-se para — sempre que uma conduta que projeta seja adequada para os produzir — representar esses resultados (negligência inconsciente) ou para os representar justamente (negligência consciente).”³²

3. Outro problema que toca a problemática da responsabilidade objetiva é o que se circunscreve nas questões do erro da proibição, da *aberratio ictus* e na do erro sobre o objeto da conduta criminosa (*error in persona vel objecto*). Começemos por tratar esta última.

a) Configura-se o erro sobre o objeto da conduta criminosa como uma situação em que o agente não consuma o crime intencionalmente projetado mas vem, antes, a preencher *outro* tipo legal de crime. Ou, de outra forma, quando não existe divergência entre o processo causal pensado e o real mas, por erro na formação da vontade — que abrange também as qualidades do objeto —, a identidade do objeto atingido é diferente da que o agente visava.

Se, por outro lado, o agente erra sobre os objetos da ação mas estes são *tipicamente iguais*, tal erro é tido como irrelevante. É o que expressamente se consagra no art. 29.º, n.º 3, do Código Penal que prescreve: “não exime de responsabilidade criminal o erro sobre a pessoa ou a coisa a que se dirigir o fato punível”. Esta hipótese não levanta qualquer dúvida ou problema.

O mesmo já não poderá ser dito quando haja diversidade relativamente aos objetos da ação. Isto é — exemplificando —, se A quer matar B e vem a matar C que é seu pai (parricídio — crime qualificado — art. 355.º), em que moldes é que a responsabilidade criminal de A pode ser compreendida? Sê-lo-á por homicídio doloso tentado ou frustrado na pessoa de B com o eventual concurso de um crime de parricídio involuntário, no caso de a lei prever tal tipo legal por negligência e esta tenha-se realmente verificado na conduta de A?

Mas a tal se opõe, na compreensão do Professor EDUARDO CORREIA, o n.º 3 e o § 2.º do art. 29.º do nosso Código Penal.³³ E não só se opõe como exige — segundo o pensamento deste autor — que estas hipóteses sejam tratadas no quadro da unidade criminosa.

Mas que crime se vai imputar a título de dolo ao agente? O projetado ou o realmente cometido?

A resposta dada por EDUARDO CORREIA vai indiscutivelmente no sentido de não poder deixar de ser pelo crime projetado. É isto, em primeira linha e na sua perspectiva, para obstar à consagração de uma responsabilidade pelo evento ou objetiva. Compreensão, diga-se, que vai na esteira de todo o sistema penal português — como já se viu — e que o n.º 3 e § 2.º do art. 29.º não afastam. Assim, no exemplo que formulamos, A deve ser punido a título de homicídio simples doloso agravado pelo resultado obtido. Ou seja, sintetizando,

o agente deve ser sempre punido pelo crime projetado, ficcionando-se a sua consumação, agravado ou atenuado conforme se tenha produzido um resultado respectivamente mais ou menos gravoso. Gravidade que, como facilmente se compreende, é aferida pela moldura penal abstrata dos diferentes tipos legais de crime — o querido e o realizado.

b) No que toca ao erro sobre as qualidades do objeto — nomeadamente nos crimes de furto em que o valor é elemento constitutivo da infração, pelo menos para efeitos da punição — a solução propugnada por EDUARDO CORREIA é justamente idêntica à que contemplou o erro sobre a pessoa.³⁴

No entanto, a tese agora formulada não é partilhada por FIGUEIREDO DIAS. Defende este, ao invés, uma solução que passa exclusivamente pelos princípios gerais, o que vai, acrescente-se, no seguimento da doutrina alemã. Quer dizer, com o crime tentado concorrerá eventualmente o crime consumado negligente ou — quando não concorra — o resultado produzido será imputado como circunstância, nos termos do § 2.º do art. 29.º.³⁵

De uma forma ou de outra, e naquilo que agora nos preocupa, encontrou a doutrina portuguesa — do mesmo modo que os tribunais — soluções que em nada desfiguram o primado do princípio da culpa.

c) E que dizer, passando a outro ponto, da *aberratio ictus*? Ou seja, daqueles casos, em que por erro na execução vem a ser atingido objeto diferente do que estava na intenção do agente? Quanto a este ponto, arrancando do n.º 6 do art. 29.º, vários autores trataram deste problema, dando desse modo um forte contributo a uma mais justa e correta solução dos casos concretos enquadráveis nesta categoria dogmática.

Não iremos aqui expender as diferentes teses, ir-se-á, tão-só, focar os pontos essenciais da compreensão dogmática da doutrina mais representativa e mais recente.

Assim, EDUARDO CORREIA que segue, neste aspecto, FERRER CORREIA, diz-nos que “a produção de um resultado diferente do querido não responsabiliza por ele o seu agente, *mas apenas faz imputar como doloso o crime projetado, como se ele de fato se tivesse consumado*”.³⁶ Porém, uma circunstância há que faz introduzir uma correção neste pensamento. Quer dizer, quando a punição pelo crime negligente efetivamente praticado ultrapasse a punição pelo crime doloso, que se ficciona consumado, deve o agente ser punido pelo crime na verdade cometido. Deixa aqui, obviamente, de ter sentido a interpretação que se opera a partir do n.º 6 e § 3.º do art. 29.º e de se ter que trabalhar com a categoria da unidade criminosa. Todavia, o que urge salientar é que, nesta hipótese, particularmente específica, muito dificilmente nos podemos desvincular de uma idéia que extravase os princípios da culpa. Os valores da prevenção geral sobrepõem-se ao valor de que a pena sempre deve corresponder um

juízo da censurabilidade ética. E, neste caso, pelo menos face ao *quantum* específico — correspondente à diferença entre a pena que cabe ao delito doloso, cuja consumação se ficcionou, e a pena resultante do crime negligente efetivamente cometido — teremos de aceitar um desvio ao princípio de culpa.

Ao lado desta visão das coisas perfila-se uma outra defendida por FIGUEIREDO DIAS, coincidente, em linhas gerais, com a que vimos ser partilhada por este autor no que concerne ao erro como vício da vontade sobre o objeto da conduta criminosa. Também para o presente caso se diz que “a única solução correta estará em punir o agente por tentativa, em concurso eventual com um crime negligente consumado”.³⁷

Ora, uma vez mais somos confrontados com soluções que na sua essência em nada violam o princípio da culpa, exceto no ponto que atrás apontamos não entrando em consequência na área da responsabilidade objetiva.

d) Olhemos por fim, e em termos intencionalmente rápidos, o que se oferece dizer relativamente à problemática do erro na proibição, nomeadamente no que toca ao direito penal de raízes éticas.

Para EDUARDO CORREIA o erro sobre a proibição exclui o dolo. Todavia, no caso de “exclusão do dolo resultar de erro sobre a proibição — e em outros casos equiparáveis ao erro sobre a proibição — em sentido estrito —, o agente deverá sofrer uma pena determinada no quadro da moldura penal dolosa do fato praticado sempre que ele possa ser censurado pelo seu erro”.³⁸ Enquanto que para FIGUEIREDO DIAS “a falta de consciência da ilicitude censurável constitui sempre, segundo o seu conteúdo de culpa material, um fato doloso”.³⁹ Está, pois, quanto à solução mais perto das teorias da culpa enquanto que, no que se refere à fundamentação, mais próximo das teorias do dolo limitadas, como o próprio autor expressamente afirma.

Dever-se-á dizer no que toca a esta problemática que o ordenamento jurídico-penal português é omissivo. Mas, de outra banda, os n.ºs 1.º, 2.º e 4.º e § 1.º do art. 29.º não impedem que se apliquem os princípios e soluções atrás expendidos. Importa, finalmente, salientar que toda a problemática por nós tratada neste número se encontra prevista nos arts. 12.º e 14.º do Projeto (1963) de EDUARDO CORREIA que, todavia, na última das suas Revisões sofreu algumas alterações, mormente no que tange à problemática do erro na proibição (art. 16.º — proposta de Lei n.º 221/1 de 1979).

4. Vamos seguidamente tratar de algumas especificidades que o nosso direito penal contém, relativamente, aos crimes cometidos em estado de embriaguez.

É claro que, em verdadeiro rigor, o regime particular que o legislador previu no que toca aos crimes cometidos em estado de embriaguez deveria estar submetido aos quadros gerais da imputabilidade e imputabilidade diminuída. Todavia, a frequência e intensidade da conexão da embriaguez com a prática de crimes levou o nosso legis-

lador oitocentista a formular um conjunto complexo de regras próprias relativo aos crimes praticados em estado de embriaguez.⁴⁰

Detenhamo-nos a analisar os crimes cometidos em estado de embriaguez completa. E do seu seio destaquemos a hipótese da embriaguez não ser pré-ordenada. Contrariamente à moderna tendência doutrinal de se criar para estas situações um crime de perigo abstrato, o sistema português só a admite como uma circunstância atenuante, geral ou especial, conforme os casos. Assim funcionará como atenuante especial (n.º 1 do art. 50.º) se for completa e culposa, no sentido de imprevista. Se, por outro lado, for voluntária e posterior ao projeto criminoso, é, tão-só, uma atenuante geral (art. 39.º, circunstância 21.º, n.º 3.º). Enquanto que se for completa, voluntária e anterior ao projeto criminoso vale como atenuante especial (art. 50.º, n.º 2.º e art. 111.º).

Temos por certo que estes casos estão absolutamente fora do âmbito das *actiones liberae in causa*. Já que, como refere EDUARDO CORREIA, “a vontade a que se imputa a embriaguez não tem qualquer relação, intencional ou culposa, com a prática do delito. E sendo assim parece que se está em face de um caso de mera *responsabilidade objetiva*”.⁴¹ E o tom dubitativo ao fundamentar a punição desta hipótese, numa culpa referida à personalidade do agente — embora no quadro da moldura do fato praticado — é verdadeiramente um índice das dificuldades doutrinárias que se encontram, sempre que se queira fundamentar estas situações jurídico-penais dentro dos parâmetros da culpa. Para nós a solução do problema deverá encontrar-se não numa procura do étimo fundante do juízo de culpa mas antes na densidade da referência teleológica da hipótese normativa aos fins das penas. Julgamos ser este um caso onde o legislador fez preponderar — de modo a ser suscetível de uma classificação de caso-limite — os valores da prevenção geral e especial e onde o próprio princípio da culpa parece abrir brechas. Porém, como se disse no princípio, seguindo o pensamento de KAUFMANN, o que importa é preservar o essencial deste princípio e não ter pretensões político-normativas de querer encontrar ou construir um sistema que em toda a extensão consagre o princípio da culpa na sua forma mais pura. Ele deverá antes, neste sentido, funcionar como a idéia-força, historicamente determinada, de obstáculo a qualquer tendência disseminadora à sua própria unidade bem como defesa contra quaisquer veleidades de intromissão de um princípio de responsabilidade objetiva, nem sempre facilmente apreensível.⁴² E justamente porque no nosso tempo e espaço culturais o axioma da culpa é uma dimensão que subjaz na própria esfera dos valores essenciais ao desenvolvimento e tensão do Ser, qualquer desvio não é, pois, a ruptura mas sim o elemento fático que nos alerta.

Saliente-se, finalmente, quanto a este ponto que a nível do direito a constituir as dificuldades foram totalmente superadas pela redução desta problemática aos quadros gerais. Na verdade, no pro-

jeto EDUARDO CORREIA, não encontramos qualquer referência a um tratamento especial para estas hipóteses. Havendo, pois, que submetê-las ao previsto no art. 20.º (Proposta de Lei n.º 221/1, de 1979). O que vai no sentido da boa doutrina e só nos deve merecer o aplauso.

5. Passemos, agora, ao estudo do direito da imprensa. É óbvio que dentro desta temática só trataremos dos casos que, de uma forma qualquer, possam suscitar problemas relativamente à sua compreensão dentro dos quadros do pensamento da culpa.

O diploma legal que contempla esta matéria é o Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de fevereiro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 181/76, de 9 de março, e pela Lei n.º 13/78, de 21 de março.

Convém apontar desde já que a tradição jurídica portuguesa neste aspecto não pode ser considerada das mais ricas. Sendo este direito particularmente sensível à natureza dos sistemas políticos facilmente se compreenderá que um sistema autocrático e ditatorial inviabilize um tratamento cuidando destas questões, sob um ponto de vista teórico, como potencie, por força dos próprios textos legais, soluções jurisprudenciais que roçam o âmbito do estereótipo. Frise-se, contudo, que mesmo no regime político anterior havia uma denominada Lei de Imprensa (Decreto-Lei n.º 151/72, de 5 de maio, que regulamentou a Lei n.º 5/71 — Lei de Bases) que fez desencadear alguns comentários. No entanto, a sua vigência foi diminuta. Na verdade, com a alteração radical dos quadros institucionais, levados a bom termo com o 25 de abril de 1974, urgia que fosse publicada uma Lei de Imprensa que se inserisse dentro dos novos valores da sociedade democrática. A cumprir tal desíderio surgiu o já referido Decreto-Lei n.º 85-C/75.

O tratamento legislativo que este diploma deu ao problema da responsabilidade criminal não foi concebido de forma unitária. Efetivamente, o art. 26.º distingue claramente dois regimes. O que se deve aplicar, pelos crimes de abuso de liberdade de imprensa, às publicações periódicas e o que contempla as publicações unitárias. Principiemos a análise por este último.

O n.º 1 e a alínea b) do art. 26.º determinam que: “1. Pelos crimes de abuso de liberdade nas publicações unitárias são criminalmente responsáveis, sucessivamente; b) o editor, se não for possível determinar quem é o autor ou se este não for suscetível de responsabilidade”. Pela mais imediata captação que se faça deste artigo transparece indiscutivelmente uma idéia que só a custo se pode confinar dentro dos portais do princípio da culpa. Na verdade, se houver impossibilidade de determinação do autor do crime de abuso de liberdade de imprensa ou se aquele não for suscetível de responsabilidade, será sobre o editor que recairá a responsabilidade criminal. A intenção legislativa aqui presente é no sentido de a injunção normativa alargar o campo da previsão legal. E se bem virmos

as coisas a finalidade político-criminal subjacente corresponde a uma visão possivelmente equilibrada dos valores, muitas vezes antinômicos, implícitos, quer na liberdade de expressão, quer na responsabilização ético-social do editor, quer mesmo na preservação do sentimento de segurança exigido pelo sistema democrático.

Tenta-se, assim, por todos os meios não deixar que a impunidade ganhe foros de cidade no seio de uma atividade sócio-profissional cuja importância social é essencial à projeção e desenvolvimento da própria pessoa. Responsabiliza-se, pois, o editor — utilizando um critério residual — na justa medida em que este tem o dever de conhecer o conteúdo das obras que publica.⁴³ Há, aqui, em consequência um apelo à responsabilidade editorial. Daí que a violação desse dever possa integrar a noção de negligência. Mas, por outro lado, aos crimes de liberdade de imprensa “é aplicável a legislação penal comum” (art. 25.º, n.º 2), o que faz com que aquelas infrações se reduzam nuclearmente aos crimes contra a honra, difamação, calúnia e injúria (arts. 407.º a 427.º do Código Penal Português). Ora, para haver punição pela prática destas infrações, necessário é que o agente possa ser censurado a título de dolo. Isto é, não basta que haja negligência na justa medida em que o agente da infração só pode ser punido a esse título quando a lei expressamente o preveja (art. 110.º).

No entanto, o n.º 9.º do art. 28.º parece admitir uma responsabilidade por negligência quando prescreve: “Quando fatos injuriosos ou difamatórios forem publicados por simples negligência...” Desta forma julgamos que a força significativa do texto legal nos deverá fazer admitir a responsabilidade por negligência. Pensamos, porém, que assim é. O art. 25.º, n.º 2.º, é peremptório a afirmar a assunção dos princípios gerais, admitindo unicamente as especialidades contidas nas alíneas a) e b). De modo diferente prescrevia o art. 104.º do Decreto-Lei n.º 150/72, de 5 de maio. Aí também se mandavam aplicar as normas penais comuns, mas, acrescentava-se, “com as especialidades constantes do presente diploma”. Ora, nada disto prescreve o n.º 2 do art. 25.º com o que se deve compreender — reafirme-se — que as especialidades são exclusivamente as que são determinadas pelas alíneas a) e b) desse mesmo n.º 2.º.

Mas, então, a que conduta se refere a negligência de que nos fala o n.º 9.º do art. 28.º? Se bem entendemos não pode ser, pois, a negligência que leva ao preenchimento do tipo-de-negligência nos crimes de injúria ou difamação. Ela é, antes, como se infere facilmente do texto legal, a resultante do não cumprimento de um dever de cuidado de modo a não permitir que aqueles fatos fossem publicados. Por isso não se compreende como se possa ver no “responsável pelo escrito ou imagem” o agente a quem deva ser aplicada uma pena. Pode mesmo acontecer que o autor do escrito ou imagem tenha determinado, expressamente, que os referidos escritos ou imagens não fossem publicados já que se verificara, seguindo as mais

legítimas regras deontológicas, a não aderência da narração daqueles fatos à verdade, e apesar de tal ordem, por negligência no setor da publicação, tenha o escrito ou imagem sido efetivamente publicado. Donde só ser legítimo admitir a responsabilidade daquele que no setor da publicação permitiu aquela publicação. Todavia, em nosso modo de ver, mais correto seria prever para estas circunstâncias um tipo legal de crime de perigo concreto.

Mas, dir-se-á, a negligência do editor em nada se liga ao preenchimento do tipo legal de crime de injúria ou difamação. Ela resulta antes do não cumprimento dos deveres implícitos no correto exercício das *leges artis*. Porém, se isto é certo — com o que concordamos — fato é não prever a nossa lei qualquer tipo legal de crime autônomo que hipnotize a conduta negligente do editor. Daí que pareça estarmos perante um caso onde a responsabilidade do editor ultrapassa os limites da noção da culpa. Acharmos, contudo, que algumas restrições devem ser feitas àquela forma de responsabilidade alargada.

Admitimos sem grande dificuldade que, por razões de política criminal, o legislador tivesse prescrito que, no caso do autor da infração não poder ser determinado, fosse, então, o editor responsável. É a aplicação do critério residual ou, por outras palavras, a expressão da regra da responsabilidade sucessiva ou “*en cascade*”. Mas o aceitar-se aquela admissibilidade não invalida o nosso desacordo doutrinal já que era possível criar um tipo legal de crime específico para uma conduta violadora da ética editorial. Porém, dizíamos, se aquela forma de responsabilidade não sufragamos, também a sua manutenção não fere escandalosamente o princípio da culpa subjacente a toda ordem jurídica portuguesa.⁴⁴ Mais grave e mais complexa é a análise da última parte do inciso contido na alínea b): “ou se este (autor) não for suscetível de responsabilidade”.

O Código Penal no art. 41.º prevê os casos em que a responsabilidade criminal é excluída: “1.º a falta de imputabilidade, e 2.º a justificação do fato”. Este último caso é, por sua vez, regulamentado no art. 44.º nos seus diferentes números, onde, a título meramente exemplificativo, se enunciam causas de exclusão quer da culpa quer da ilicitude.

Ora, se o agente da infração não pode ser punido porque é inimputável ou porque funcionou uma qualquer causa de exclusão de ilicitude, não vemos, e aqui, de forma peremptória, que o editor possa ser punido. Nem sequer os interesses da prevenção geral ou especial podem valer já que a ordem jurídica só *aparentemente* foi violada na transparência da ilicitude do fato, nem por outro lado o editor está carecido de um qualquer processo de ressocialização. Mas até onde poderemos ir na procura de um sentido útil para aquele final do preceito?

O art. 28.º do Código Penal diz-nos que “a responsabilidade criminal recai única e individualmente nos agentes dos crimes ou

contravenções”. No entanto, a possibilidade teórica de se admitir que o agente da infração tenha morrido, possibilidade que uma cuidada hermenêutica deve afastar já que o fato de se utilizar a forma sintagmática (“o autor ou se este”) pressupõe a vida do autor da infração — leva-nos a afastar, imediatamente, *ex vi*, art. 28.º do Código Penal, a possibilidade de uma que ténue transmissibilidade. O editor só poderá, neste caso, ser punido se tiver agido de forma dolosa.

E se, para finalizarmos a análise deste preceito, tiver sobrevivendo à prática da infração uma anomalia que determine a inimputabilidade do agente? Também, nesta hipótese não podemos deixar de salientar que nos sofre o ânimo admitir a responsabilidade do editor. E isto pelas razões que expressamos anteriormente.

Porém não será tudo o que se acabou de expor uma interpretação derogativa da lei? Cremos bem que sim. Mas nada de anormal poder-lhe-á ser assacado na justa medida em que ela é a expressão de uma compreensão que enfileira com aquela doutrina portuguesa que afirma que o princípio da culpa tem dignidade jurídico-constitucional.^{44-a} Todavia, enquanto a problemática não for levada à nossa Comissão Constitucional ter-se-á de aceitar a nível do “*ius positum*” neste particular, uma inserção de responsabilidade objetiva na nossa ordem jurídica.

Se a forma de responsabilidade sucessiva já era patente nas publicações unitárias ou não-periódicas mais acentuada se torna ainda quando olhamos estritamente para as publicações periódicas. Na verdade, a sucessividade é aqui mais alargada devido, fundamentalmente, à maior complexidade inerente à produção de uma publicação periódica. Desde o autor do escrito ou imagem (art. 26.º, n.º 2.º, al. a), passando pelo diretor do periódico ou seu substituto legal (art. 26.º n.º 2.º, al. a), até ao responsável pela publicação a todos a lei comina sucessivamente, uma forma de responsabilidade que, na sua essência, é de natureza objetiva. De nada vale dizer que sobre cada um destes elementos recai o específico dever de evitar que o resultado se produzisse, pois, sabe-se — e é esse o sentido da lei — que mesmo que o agente, pelos meios normais ao seu alcance, tivesse desenvolvido uma atividade conducente a evitar o resultado era-lhe assacada, da mesma forma, a responsabilidade já que, aqui, ela deriva do próprio resultado.

Uma outra hipótese particularmente significativa é a que se insere no n.º 5 do art. 28.º. Prescreve este n.º 5 o seguinte: “O diretor do periódico será punido como cúmplice no caso da alínea a) do n.º 2 do art. 26.º, sendo imposta ao periódico a pena de multa não inferior a 25.000\$00.” Deixemos de lado a primeira parte do preceito para nos quedarmos unicamente no seu final, que é aquele que agora nos importa. Com efeito, desde que o diretor do periódico seja punido, é-o, também, e aqui de forma automática, o próprio periódico. Mas sob o ponto de vista jurídico o que é um periódico? Será no mínimo uma pessoa coletiva ou empresa? Ora, parece-nos que mal andou o legislador quando ao querer punir a pessoa coletiva

ou empresa que publica outras coisas ou só publica *aquela* periódico, confundiu a realidade dogmática pessoa coletiva ou empresa com o seu produto ou efeito funcional, isto é, o periódico. Para lá desta manifesta incongruência técnico-jurídica — outras poder-se-iam apontar — o que urge salientar é a inflicção de uma sanção pecuniária onde só vemos que esteja presente o puro juízo da prevenção geral ou especial. É que aqui nem sequer se posiciona a questão do evento já que ela foi absorvida pela punição do diretor como cúmplice. Existe e impera, exclusivamente, a noção de que um periódico que detém um tal diretor é potencialmente perigoso já que novas infrações se podem esperar — donde a necessidade de infligir um mal para evitar a prática de futuras infrações por *aquela* periódico (prevenção especial) e também para que outros periódicos se acau-telem na escolha do diretor (prevenção geral). Há, pois, uma idéia de unidade funcional inextricável entre diretor e periódico. Acrescente-se, finalmente, que a pena de multa aplicável ao periódico não pode ser inferior a 25.000\$00. Mas qual o critério que possibilita encontrar um montante superior? É que, neste caso, nem sequer o princípio da proporcionalidade⁴⁵ pode valer porque justamente a gravidade do evento foi, repete-se, absorvida na punição do diretor. Logo o que se procura é o *quantum* dissuasor de práticas criminosas futuras daquele periódico e também em geral. Mas como? Quando se sabe que esta é uma das mais pertinentes críticas que se faz à teoria pura e clássica da prevenção geral. Então só resta o arbítrio ou quando muito o bom senso.

Saliente-se, para finalizar este ponto, que o art. 34.º da Lei de Imprensa prevê uma hipótese de responsabilidade solidária no que toca ao pagamento da multa e da reparação. Assim, são “responsáveis, além dos agentes, as empresas proprietárias das publicações incriminadas”. A responsabilidade da empresa na reparação civil é facilmente compreensível pois nada é mais do que a concretização das regras gerais do direito civil (art. 500.º do Código Civil). O problema coloca-se justamente em relação à multa. À luz daquele preceito a empresa responde independentemente de qualquer apelo a um juízo de censura mesmo que só social. Se a empresa ou pessoa coletiva, em princípio, é uma entidade incapaz de ser suporte material de um juízo de censura ético-social já não o será para poder merecer um juízo de mera desaprovação social. Mas ainda que se admita esta última hipótese tal não é suficiente para nos dar uma coloração à responsabilidade que sobre ela impende. Aquela responsabilidade reflexa existe única e exclusivamente porque se sabe que o agente — a maior parte das vezes — não tem capacidade patrimonial para pagar a multa, donde só a entidade a que ele está funcionalmente ligado é que pode ser o parceiro responsável. Para além de que, acrescente-se, a empresa como órgão de enorme inserção social comporta sempre um risco face ao seu incorreto funcionamento o que a faz ser responsável não só autonomamente mas também

reflexamente. Todavia, melhor seria que se fizesse uso de uma regulamentação particular que arrancasse do direito de mera ordenação social, que o ordenamento jurídico português já consagrou (Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho), e que, de forma talvez mais clara e eficaz, resolveria estes problemas.

6. A questão da responsabilidade “penal” das pessoas coletivas tem sido tratada por vários autores dentro da literatura jurídico-penal portuguesa.⁴⁶ Duas grandes opções doutrinárias se podem vislumbrar perante este problema. Por um lado, a que aceita a possibilidade de haver uma responsabilidade penal das pessoas coletivas e, por outro lado, a que vê aquela responsabilidade como uma impossibilidade dogmática. E esta última corrente do pensamento jurídico, que sufraga o princípio *societas delinquere non potest*, comporta no seu seio diferentes tendências no que toca à fundamentação daquele axioma. Defendem, assim, alguns que as pessoas coletivas são insuscetíveis de um juízo de censura moral já que elas próprias, pela natureza das coisas, não conseguem ser sustentáculo de um conceito de culpa material.⁴⁷ Neste sentido e nesta perspectiva todo o direito sancionário relativo às pessoas coletivas, *qua tale*, nunca por nunca, poderá cair no âmbito do direito penal de raízes éticas mas sim num ramo de direito diferente. Ligados a este pensamento reafirmam outros serem também as pessoas coletivas incapazes de se determinarem pelos fins das penas orientadoras do ordenamento jurídico-penal. No entanto, este afinamento não parece totalmente correto já que o arsenal sancionatório do direito penal não tem de se circunscrever à pena de prisão que, embora seja o módulo, não é obviamente a única que o direito penal pode utilizar. Pense-se, por exemplo, na pena de multa. O que importa referir é a ressonância ético-social das penas que essa sim não poderá deixar de ser, exclusivamente, apreendida a nível da tensão axiológica do ser individual (pessoa). No entanto, nada impede que outro tipo de sanção pecuniária axiologicamente neutra possa ser cominada às pessoas coletivas.

Todavia, defende outra parte da doutrina que a solução desta problemática não precisa sequer de chegar ao âmbito da categoria dogmática da culpa. Já na teoria da ação encontrariamos impossibilidades teóricas que nos levariam a não poder aceitar sequer a capacidade para a ação nas pessoas coletivas. Nesta linha, ensina EDUARDO CORREIA: “a irresponsabilidade jurídico-penal das pessoas coletivas deriva assim logo da sua incapacidade de ação e não apenas, como querem alguns, da sua incapacidade de culpa”.⁴⁸

A última visão dogmática referida é particularmente importante. De fato se não podemos sequer conceber uma capacidade de ação — a um nível jurídico-penal — das pessoas coletivas, fica desde logo resolvido o problema de que curamos. De qualquer maneira, toda esta corrente, quer numa, quer noutra variante, preconiza uma única solução que, como se viu, se espelha em manifesta negativa. Ora, a partir deste dado facilmente se entende que se se quiser sub-

meter a atuação das pessoas coletivas, numa perspectiva sancionatória, não poderá ela estar sujeita às regras do direito penal de raízes éticas. Neste sentido, sair-se-á, em princípio, para fora dos limites do direito penal da culpa. Contudo tal extravasar — ou melhor, este não poder ser contido — não tem de, necessariamente, cair na chamada responsabilidade objetiva ou pelo evento.

Outros ramos do direito, mormente o direito de mera ordenação social, poderão, a contento, solver estas questões. É claro que, de outra banda, se nos ativermos a uma compreensão dicotômica e reducionista da responsabilidade (responsabilidade pela culpa — responsabilidade objetiva), não haveria, logicamente, outra saída que não fosse, quando um tipo de responsabilidade já estivesse excluído, o aceitar-se em mera alternatividade o outro tipo de responsabilidade. Só que esta compreensão peca a vários níveis. Sem nos atermos a criticar mais profundamente aquela visão das coisas que, de certo modo já se fez na primeira parte deste trabalho deverá dizer-se que desde há muito a doutrina portuguesa, fundamentalmente por intermédio de EDUARDO CORREIA, vem defendendo a autônoma existência de um ilícito de mera ordenação social,⁴⁹ a que corresponde, obviamente, um tipo de responsabilidade que de modo algum se pode confundir com a responsabilidade objetiva nem com a responsabilidade baseada na culpa. Já que aquele direito é para alguns setores da doutrina um *aliud*, distinguindo-se do direito penal axiológicamente relevante não só a nível quantitativo mas também qualitativo.

Tudo o que se acaba de dizer foi contemplado pelo legislador no Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho. Efetivamente, no seu art. 7.º determina-se que “as coimas podem aplicar-se às pessoas singulares como às pessoas coletivas, bem como às associações sem personalidade jurídica”.

Fica, de feito, claro que o ordenamento português prevê a responsabilidade das pessoas coletivas por meio do direito de mera ordenação social.

Outra corrente doutrinal aceita a responsabilidade penal das pessoas coletivas, partindo essencialmente, como quer FIGUEIREDO DIAS,⁵⁰ de um raciocínio analógico. É evidente que a partir de uma tal analogia também o conceito material de culpa tem de sofrer o jugo desse mesmo pensamento analógico. E aceitando-se esta perspectiva das coisas torna-se transparente que a responsabilidade das pessoas coletivas não fica sujeita aos princípios da responsabilidade objetiva.

Por outro lado, o projeto EDUARDO CORREIA prevê, no seu art. 12.º (Proposta de Lei n.º 221/1), a responsabilidade por atuação em nome de outrem. Este tipo de responsabilidade toca fundamentalmente os titulares dos órgãos de uma pessoa coletiva, fundação, sociedade ou mera associação de fato mas também aqui não vemos que se ultrapasse os limites do dogma da culpa. Repare-se que o corpo do artigo é particularmente impressivo quando exige a vontade como

elemento essencial para que a responsabilidade possa ser imputada ao agente da infração.

Finalmente não deverá esquecer-se que o art. 7.º do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho (direito de mera ordenação social), determina no seu n.º 2 que: “as pessoas coletivas ou equiparadas serão responsáveis pelas contra-ordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções”. É patente aqui uma idéia de inextricável unidade funcional entre os órgãos e a própria pessoa coletiva. Não aflora deste preceito, quanto a nós, qualquer idéia de responsabilidade pelo evento para com as pessoas coletivas. Tem-se por assente que o órgão é o elemento que vivifica a própria pessoa coletiva, como tal, ainda que autônomo, é uma parte integrante essencial da pessoa coletiva. De resto, é este, como se viu, o sentido mais profundo que se deve inculcar ao diploma em análise, já que ele integra um conjunto de idéias e princípios regulativos que não fazem parte do direito penal das raízes éticas. Ele é pertença do direito de mera ordenação social.

7. Este estudo enfermava de grave lacuna se não nos referíssemos aos problemas levantados pelo art. 193.º do Código Penal. Com efeito, prescreve o referido artigo que “se a fugida tiver lugar sem que concorressem da parte dos empregados ou agentes mencionados no artigo anterior as circunstâncias aí referidas, e se os mesmos agentes não provarem caso fortuito ou força maior, que exclua toda a imputação de negligência, serão punidos...” Ora, resulta daqui que ao agente, para não ser punido, não basta não lhe ser imputada a negligência, tem ainda de provar que a fugida do preso se deu mercê de caso fortuito ou força maior. Estamos pois confrontados com uma responsabilidade objetiva que só admite dois limites — e esses também do domínio da pura objetividade —, repete-se, o caso fortuito e a força maior. Mas como se isto não bastasse na sua intencionalidade absorvente de fazer com que o tipo legal se aproximasse o mais possível da mais chã responsabilidade objetiva, a lei vai mais além e exige que seja o agente da infração a provar que a fugida se deu por causa de um dos dois dos circunstancialismos apontados. O que viola frontalmente o princípio de que em processo penal “compete em último termo ao juiz, oficiosamente, o dever de instruir e esclarecer o fato sujeito a julgamento: *não existe aqui, por conseguinte, qualquer verdadeiro ônus da prova que recaia sobre o acusador ou o arguido.*”⁵¹ Todavia, independentemente do *procedere*, este tipo legal consagra uma presunção de culpa, o que é de todo em todo insustentável.⁵²

É claro que os tipos legais de crime inclusos no Cap. III do Código Penal pretendem salvaguardar, em última análise, o interesse do Estado em que o momento coativo — no sentido de execução da pena — seja efetivamente cumprido. É dizer, preservar o sentimento comunitário da segurança e simultaneamente fazer com que o delinquente cumpra a pena a que o Estado pode assacar diversas

finalidades (retributivas, ressocializadoras e de prevenção especial). Mas o que importa sublinhar não são os fins das penas pois que, neste contexto, são eles elementos meramente laterais para a determinação dos bens jurídicos que subjazem aos tipos legais de crime deste capítulo, mas antes tentar fazer uma compreensão sistemática e histórico-teleológica.

Neste sentido, fácil é compreender que, sobre aquele que guarda alguém, já condenado ou sobre pessoa em relação à qual existem fortes suspeitas de ter praticado um crime, recaia uma especial obrigação de não o deixar fugir. E este especial dever é hoje fruto da racionalização e mediação axiológico-jurídicas que encontram fundamento longínquo no primitivo sentimento que se tinha para com o inimigo. Só era preso o inimigo ou, o que é o mesmo, se estava preso é porque era inimigo. Daí que a sua fuga fosse sentida pelo infrator e pela comunidade como uma traição, ou, no mínimo, como uma grave infração. E mais. Que o poder punitivo fizesse recair, sobre aquele que permitiu a fuga, a mesma pena que caberia ao preso não era fato para estranhar. É a expressão da regra da equivalência das sanções, tão típica do direito penal primitivo.⁵³ Todavia este problema específico é extremamente complexo, havendo casos, pelo menos na história inglesa, em que a responsabilidade se espalhava a toda a comunidade,⁵⁴ ou era tão-só punida com multa.⁵⁵ Por outro lado, as nossas Ordenações numa matéria tão delicada como esta exigiam para que se aplicasse a regra da equivalência que o agente tivesse atuado com “manifesta culpa”.⁵⁶ Verifica-se, em consequência, que é com o reforço da idéia de Estado, — mormente no absolutista e nas seqüelas que dele ficaram nas formas posteriores — que ganha maior nitidez e recorte o especial dever que incumbe sobre aqueles que detêm a guarda do delinquente. O Estado ao advogar a humanização do direito penal não poderia concomitantemente exigir — nem tal seria possível com o desenvolvimento ético-cultural que entretanto se operara e que o próprio Estado potenciara — que os que guardam vissem no preso o *inimicus*.⁵⁷ Mas se se perdeu — felizmente e julgamos que para sempre — esse sentimento, o Estado rapidamente compreendeu que o dever funcional que incumbia sobre os guardas se não poderia confinar à pura normalidade da intenção diligente, isto é, ao cumprimento zeloso da função. E justamente porque tal conteúdo do dever não parecia suficiente ao legislador para que o Estado pudesse, no maior número de casos possível, fazer cumprir as penas que tinham transitado em julgado, ou fazer com que aqueles sobre que recaíam fortes suspeitas fossem julgados, vai mais além e cria uma presunção de culpa atirando a responsabilidade para o domínio da mera objetividade. Para que se cumpram as sentenças judicialmente determinadas o legislador não hesitou em subverter os princípios que ele próprio formulara (arts. 1.º, 2.º e 44.º, n.º 7, do Código Penal). Só que assim se criou uma antinomia jurídica, senão mesmo uma contradição. E não temos dúvidas de que

esta só pode ser solucionada sacrificando tudo aquilo que contrarie os princípios fundamentais de um Estado de Direito material e democrático. A esta luz julgamos, pois, que este preceito é inconstitucional ou pelo menos de constitucionalidade mais que duvidosa.⁵⁸ E só não o será, obviamente, para aqueles que acham que o princípio da culpa ainda se não alcançou à dignidade de regulação constitucional. Repare-se finalmente que, se por um lado este tipo legal fere, hoje, os princípios fundamentais do viver comunitário ele corresponde numa certa visão das coisas a um ideário que embora já não encontrando nem eco nem muito menos ressonância no modo de ser social hodierno não pode deixar de ser visto como estrutura jurídica unitária e coerente. Neste sentido, mesmo ao nível da norma jurídica (art. 193.º) temos um exemplo nítido do que se acaba de dizer. Efetivamente o § 1.º deste artigo determina: “Cessará a pena deste artigo desde que o preso fugido for capturado, não tendo cometido posteriormente à fugida algum crime, por que devesse ser preso.” Corresponde assim o seu conteúdo a uma causa de extinção da pena (art. 125.º, n.º 8, do Código Penal) que se exterioriza também numa pura situação de mera objetividade. Isto é, em termos forçadamente simplistas, da mesma forma que o agente pode ser punido independentemente de culpa também pode ver a sua pena extinta por um ato no qual pode não ter qualquer espécie de participação (mérito). É claro que chamamos a atenção para este fato não porque não saibamos que a maior parte das causas de extinção das penas detêm a qualidade de serem determinadas pela objetividade (heteronomia) — art. 125.º, n.ºs 1.º a 4.º, 6.º e 7.º — mas porque achamos que o que aqui é pedra de toque se espelha na unidade de intenção objetivadora entre o corpo do artigo e o seu § 1.º. Isto é, entre a norma incriminadora e a causa de extinção da pena. Ambas se equilibram, se assim nos podemos exprimir, no puro circunstancialismo exterior desligado de qualquer laço que o una à subjetividade do agente da infração.

8. Face ao que fica dito, seja-nos permitido, agora, tecer algumas considerações finais, tendo em vista uma certa unidade de pensamento. A natureza fragmentária com que o trabalho foi apresentado poderá não dar o sentido essencial que lhe quisemos atribuir.

Assim devemos começar por uma pergunta. O querer salvar o princípio da culpa tentando dar-lhe um sentido estrutural não será, ao cabo e ao resto, encaminhá-lo para a sua própria destruição?

Convém, em primeiro lugar, não esquecer que a noção de culpa aqui pressuposta se desdobra em três níveis diferentes: no quadro de princípio orientador de política criminal, no plano de idéia regulativa e no da pura censurabilidade concreta.⁵⁹ Adiante-se, todavia, o seguinte: para todos aqueles pontos vale igualmente a idéia de que a fundamentação das coisas é uma questão essencial não só para o pensamento mais geral como também, em particular, para o direito. No perguntar-se e no tentar alcançar-se assintoticamente

o cerne dos problemas, destruindo as proposições inverificáveis e inoperatórias,⁶⁰ reside a verdadeira razão de ser de qualquer disciplina do espírito. Daí que a recusa a esse esforço de clarificação e de rejeição do inoperatório só possa ser entendido ou como ceticismo inócuo e decadentista ou como pura incapacidade.⁶¹

No que toca ao primeiro aspecto do problema — isto é, a análise da culpa no quadro de princípio orientador de política criminal — não iremos entrar em grandes especificações já que ele é, em primeira aproximação teórica, uma questão de específica intencionalidade do *político*. Sublinhemos, contudo, que não colhe, neste particular, a idéia de que assim se diferencia inelutavelmente o político do jurídico.⁶² O que se quer acentuar é a natureza *mediata* do princípio da culpa enquanto regra orientadora de funções políticas. E tanto é assim quanto se sabe que o poder punitivo do Estado se não esgota na inflicção de sanções norteadas pelo princípio da culpa (*maxime*, as medidas de segurança).⁶³ Neste sentido o princípio da culpa representa uma densidade ético-cultural na qual estão mergulhadas as finalidades da política criminal do Estado. Pensamos, deste jeito, que o princípio da culpa não é um fim em si mesmo na perspectiva do Estado.⁶⁴ Porém, defendemos que ao nível do estrito direito penal o precipitado, se assim lhe quisermos chamar, daquele princípio deve encontrar eco e ressonância não só no plano do direito penal (positivo) mas também no âmbito das normas penais constitucionais de garantia.⁶⁵

Por outro lado, e já estamos na segunda problemática, julgamos que o princípio da culpa, enquanto idéia regulativa⁶⁶ se realiza e se verifica no mais profundo do modo-de-ser atual. Isto é, reflete-se na humanização do direito penal,⁶⁷ no afastamento das situações de conflito — o que implica logicamente um potenciamento dos estádios de consenso — e, mais do que isso, na absorção daquelas reais situações no todo do ser social normativo. Com isto queremos frisar que a normatividade deste princípio, aliás como de qualquer outro, só se encontra se se perder da “pura” dimensão axiológica. Só se encontra no terreno fértil e fecundo do real prático que, por seu turno, não é a chã fatualidade do positivismo oitocentista. Esta como aquela não existem verdadeiramente na sua solitude, o que temos é a conexão, a relação biunívoca e intermodal entre as duas faces de Jano. Uma e outra são impensáveis isoladamente.⁶⁸ No entanto, tal não representa a aceitação da afirmação de que o nosso mundo não seja o mundo da diferenciação, da distinção racional e lógica das diferentes partes do todo. E não poderíamos subscrever aquela asserção desde logo porque a diferenciação, a distinção lógica e racional são um dado essencial da nossa cultura mas também porque pensamos que a diferenciação é um momento da correta inteligibilidade e compreensão do real. Todavia, o acolher estes pressupostos não inviabiliza a possibilidade de se ter uma visão global, é dizer, olhar a floresta em vez da árvore. A esta luz o princípio da culpa,

na dimensão agora em causa, só nos aparece na sua *diferença* se visto em conjugação global com os pontos reflexivos e problemáticos do real prático (*v.g.*, humanização do direito penal; potenciação do consenso; aumento da concórdia, da paz; prossecução da segurança, etc...). Desta forma, sem se negar a diferença encontramos a mediação recorrente, concretizadora e profícua entre o princípio da culpa (idéia regulativa) e as aspirações da comunidade moderna. As tensões, os conflitos, com natureza penal, das atuais comunidades, não são agravados mas antes solucionados, ou pelo menos reduzidos, quando mediatizados pelo princípio da culpa. Com o que se verifica e demonstra, ao nível sociológico, o caráter altamente integrador daquele princípio. Por este prisma se vê também que serve os desígnios da finalidade política anteriormente observada.

Aponte-se finalmente que a culpa enquanto censurabilidade dirigida (imputada) a um agente concreto é ela, do mesmo modo, e em primeira linha, um fenómeno de demonstração da sua força aculturante. Por um lado exige-se ao agente um esforço de tensão axiológica mediadora para com os valores *fundamentais* da comunidade (mínimo ético) — eis um primeiro momento de integração cultural — mas por outro, o agente sabe que se podia e cumpriu aquele dever ético-social nunca sofrerá a inflicção de uma pena (porque funcionam, *p. ex.*, os mecanismos do erro sobre a proibição). Nesta relação reside o núcleo da força persuasiva da pena privativa de liberdade e o encorajamento para uma rápida ressocialização através do necessário cumprimento e execução daquela. Desta forma verificamos que o agente ao mediatizar aqueles valores participa e enriquece a comunidade sendo concomitantemente enriquecido. Dá-se neste momento, a integração mais profunda de todo este processo de interiorização. Aqui identificam-se o alfa e o ômega da culpa. Porque esta nas sugestivas palavras de BAUMANN,⁶⁹ está na “cabeça” do agente enquanto o juízo de censurabilidade na cabeça do juiz.

Constatamos, rapidamente e de forma talvez demasiado imediata e simplista — em quadros e níveis diferentes — as várias refrações do princípio da culpa. Em todas elas detectamos o elemento fundante de a sua natureza ser consentânea com os mais lídimos valores, quer individuais, quer comunitários. Daí que ao estruturar-se a culpa tal como o fizemos se responda negativamente à pergunta que no começo deste número formuláramos. A aceitação de uma matriz recorrente entre os diferentes níveis de captação é a prova cabal do sentido e valor compreensivos de uma visão estrutural da culpa. Sendo certo que aquela matriz se especifica nas várias relações existentes entre os diferentes níveis e, a um tempo, com os pontos reflexivos e problemáticos que já por várias vezes foram adiantados.

9. De sorte que o fato de num ou noutro ponto existirem escassos afloramentos de responsabilidade objetiva em nada desfigura o nosso sistema jurídico, antes lhe dá o sentido vivificante de se estar perante uma obra merecedora de que, constantemente e em plena

abertura de espírito, os nossos cuidados e esforços não lhe deixem de ser tributados para que, dessa maneira, se possa humildemente ajudar a uma maior realização dos homens que sonham e vivem o quotidiano.

NOTAS AO TEXTO

¹ Como imediatamente se depreende não curaremos da responsabilidade pelo risco ou objetivo pertencente ao direito civil. Nesta área, os seus fundamentos, limites e critérios interpretativos são bem diferentes dos que vão ser expendidos ao longo do trabalho. Convém, todavia, ter-se presente que a noção de responsabilidade (civil) objetiva nasce eivada de uma finalidade de justiça ("considera-se justo que no exercício de certas atividades..." cf. Pires de Lima-Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. I, 1968, p. 344 em anotação ao art. 499.º do Código Civil — sublinhado nosso) — enquanto que, ao invés, a pressuposição de uma responsabilidade objetiva em direito penal viola o sentimento e a idéia de justiça presentes na comunidade. Para uma visão alargada da problemática da responsabilidade objetiva no campo do direito civil cf., Jorge Sinde Monteiro, "Responsabilidade por culpa, responsabilidade objetiva, seguro de acidente", *Revista de Direito e Economia*, 5 (1979), p. 317 e s. E a idéia de que o deslizar de uma responsabilidade pela culpa para uma responsabilidade pela repartição dos danos, assumida por toda a coletividade, corresponde a uma noção de justiça e de progresso social está, quanto a nós, corretamente fundamentada no que se expende nas p. 347-353 do estudo atrás mencionado.

² Ultrapassando os limites dicotômicos da compreensão da responsabilidade, Paul Fauconnet (*La Responsabilité*, Paris, 1920), discípulo assumido de Emile Durkheim, realiza um profundo trabalho sociológico para perspetivar toda a problemática daquela realidade social. Ao apontar para a idéia de que toda a responsabilidade penal tem, em última instância, uma natureza objetiva este autor não deixa, todavia, de afirmar: "La responsabilité archaïque est objective en ce sens que les actes automatiques, involontaires, ne sont pas distingués des actes conscients, réfléchis, volontaires" (p. 382). Mas "si toute responsabilité est objective, il n'en est pas moins vrai que les faits auxquels répond ordinairement la notion de responsabilité objective montrent, plus fortement accentués que les autres, ce caractère d'extériorité" (p. 384), o certo é que "la responsabilité subjective est, ainsi, la responsabilité dans laquelle le caractère objectif est au minimum, où la dualité est aussi peu marquée qu'elle peut l'être à moins de disparaître, comme la responsabilité individuelle est la responsabilité collective tendant à devenir nulle" (p. 384). Verifica-se, aqui, a aceitação fundamentada de uma premissa de raiz sociológica em que a responsabilidade é tida como um ato social — como tal caracterizadamente exterior — que é, num certo prisma, independente de qualquer valoração: "Que les choses sacrées soient conçues comme matérielles ou spirituelles, tout se passe donc de la même façon. Dès que la personne a pris une attitude indue en face d'elles et n'est plus à sa place dans le système, il y a faute et le coupable se trouve puni parce qu'il est coupable" (p. 365). Porém, toda a presente tese de Fauconnet assenta no ideário sociológico de Durkheim, facilmente perceptível nesta passagem das *Formes élémentaires de la vie religieuse*: "Parce que nous avons fait de la contrainte le signe extérieur auquel les phénomènes sociaux peuvent le plus aisément se reconnaître et se distinguer des faits de psychologie individuelle, on a vu que, pour nous, la contrainte physique était tout l'essentiel de la vie sociale. En réalité nous n'y avons jamais vu que l'expression matérielle et apparente d'un fait intérieur et profond qui lui est tout idéal: c'est l'autorité morale. Le problème sociologique consiste à chercher à travers les différentes formes de contrainte extérieure, les différentes

sortes d'autorité morale qui y correspondent et à découvrir les causes qui ont déterminé ces dernières" (apud, Bernard Lacroix-Béatrice Landerer, "Durkheim, Sismondi et les socialistes de la chaire", *L'Année sociologique*, 23 (1973), p. 175-6). Mas, se bem vemos, a exterioridade nada mais é do que o primeiro sinal. Por detrás dele está a autoridade moral, com toda a sua densidade específica, e é nesta que, em derradeiro termo, se encontra a chave para a compreensão de todos os atos sociais. O caráter dominante do dever social reside, pois, para Durkheim, na moral. Como explicar, então, a aparente predominância da exterioridade na tese de Fauconnet quando sabemos que este segue de perto, de muito perto, as idéias de Durkheim? A resposta a esta questão assenta nos seguintes pressupostos: "Dès l'origine, l'homme est double, il y a deux natures en lui: l'une animale, organique-psychique, l'autre supra-individuelle, résultante de sa participation à une réalité transcendante. Cette réalité est sociale: elle consiste dans un système d'idées et de sentiments qu'élabore la conscience collective, et qui très probablement exprime la société elle-même. Mais, au cours de l'histoire, le rapport entre ces deux natures a changé" (cf. Fauconnet, ob. cit., p. 367). Ora, à medida que o homem se civiliza, a sociedade torna-se-lhe gradualmente imanente. Com o que se quer dizer que a moral se individualiza porque o indivíduo se moraliza, por outras palavras, ele é cada vez mais um ser social (cf. Fauconnet, ob. cit., p. 367). É, porém, neste ponto que, quanto a nós, o pensamento durkheimiano utiliza uma deficiente e errônea captação do real. Confunde-se, de modo inelutável, a hierarquia da dependência causal com os objetivos reais (cf. neste sentido, Bernard Lacroix-Béatrice Landerer, ob. cit., p. 176). A aceitação de uma responsabilidade penal subjetiva, mesmo ao nível sociológico, não implica, como poderia supor Durkheim, a assunção da essencialidade da moral no tecido social. Aquela responsabilidade é antes, em nosso entender, e ainda no plano sociológico, o limite — socialmente imposto — mais adequado e conveniente a proteger o equilíbrio social, permanentemente em conflito (cf. no mesmo sentido e numa visão criminológica, Costa Andrade, *A vítima e o problema criminal*, Coimbra, 1980), isto é, instável, que o crime perturbou para lá do limiar socialmente aceitável. O punir unicamente o delinquentes que agiu com culpa é, no fim de contas, um ato axiologicamente relevante que se escuda no valor mais fundo e precioso de que o direito penal deve almejar: a manutenção da paz. Entendida esta num sentido dinâmico (cf. o nosso trabalho, *A Caução de Bem Viver*, Coimbra, 1980, p. 31-7) que lhe é dado pelo real com toda a sua infundável e perene resistência. Para uma melhor compreensão da obra de Fauconnet, cf. Pierrette Poncela, "Autour de l'ouvrage de Paul Fauconnet: une dimension sociologique de la responsabilité pénale", *Archives de philosophie du droit*, 22, (1977), p. 131 e s.

³ Como justamente analisa Eduardo Correia (cf. "Sentido e Alcance do Projeto de Reforma do Código Penal Português", in *Ensayos Penales*, Universidad de Santiago de Compostela, 1974, p. 113) é na unidade da Reforma Prisional de 1936 (Decreto-Lei n.º 26.643, de 28 de maio), mormente nos seus arts. 111.º e s., que mais intensamente se vislumbra uma acentuada tendência para a aceitação de um princípio unitário da culpa. E é o próprio Beleza dos Santos que nos diz: "No direito penal e penitenciário português reflete-se com o necessário relevo, a par dos fins preventivos o da reprobção, elemento que implica um juízo de desvalor ético-jurídico sobre a ação ou conduta criminoso, proporcional à gravidade do crime.

Esta influência do fim penal reprobador não se verifica apenas na determinação das penas e sua graduação, em correspondência com o grau de culpabilidade, quando são fixadas abstratamente pelo legislador e depois pelo juiz, exerce-se ainda na própria execução dela como se deduz de diferentes preceitos da Reforma Prisional" (cf. *Nova Organização Prisional Portuguesa*, Coimbra, 1947, p. 8, 22 e 23 — o sublinhado é do próprio autor). Com o que se fica particularmente esclarecido quanto ao sentido unitário do prin-

cípio da culpa. Ele não se limita nem se queda na aplicação concreta da pena mas acompanha, como idéia orientadora, a própria execução da pena (cf. também, mas meramente como referência, a *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 75, p. 51, nota 2, num artigo deste autor sobre "Crimes da mesma natureza na reincidência"). Este último fato já fora analisado por EDUARDO CORREIA ("A doutrina da culpa na formação da personalidade", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 1 (1945-1946), p. 24), quando escreve: "Pressentida ou pressuposta já, como ensina o Prof. BELEZA DOS SANTOS, por certos autores clássicos..."

⁴ No que toca a EDUARDO CORREIA poderá dizer-se, sem fundado perigo de errar, que toda a sua vasta obra está trespassada por um pensamento cuja raiz se funda no princípio de que a culpa é fundamento e limite de toda a pena. Desde o seu estudo sobre "A doutrina da culpa na formação da personalidade" (nota 3), cujas idéias fundamentais já se encontravam na "Unidade e pluralidade de infrações", in *Teoria do Concurso em Direito Criminal* (reimpressão), Coimbra, 1963, p. 221, passando pelas Lições (*Direito Criminal I e II*), culminando no projeto de Código Penal "Código Penal. Projeto da Parte Geral", separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, 127, (1963), sempre encontramos uma idéia de culpa que nada tem de (meta) físico mas que, bem ao contrário, se assume como valor concreto, real e adequado ao justo viver comunitário.

⁵ Fundamentalmente, *A personalidade do delinquente na repressão e na prevenção*, 1943; *Lições de Direito Penal*, 2.^a ed., 1945; e recentemente *Direito Penal Português*, I, 1981.

⁶ *Responsabilidade pelo resultado e crimes preterintencionais*, 1961; *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, Coimbra, 1969; *Liberdade culpa direito penal*, Coimbra, 1976.

⁷ Apontem-se, a título meramente exemplificativo, alguns trechos de espaços culturais intencionalmente não jurídicos. Paradigmáticas são as falas entre o rei Afonso IV e os seus Conselheiros, no Ato II da tragédia "Castro" de ANTONIO FERREIRA. Tal diálogo é extremamente revelador da consciência que os homens de quinhentos tinham quanto à luta que se travava entre o princípio da culpa e os interesses do Estado que, quando não limitados, tudo podem justificar ("Conselheiro: O bem comum, Senhor, tem tais larguezas/ /com que justifica obras duvidosas"). Quanto a este poeta sempre se poderá dizer que não é de estranhar o modo como tão facilmente exprime os problemas jurídicos já que foi ele próprio possuidor de forte e sólida cultura jurídica. Mas outro tanto se não passa com CAMÕES que, precisamente baseado no mesmo fato da vida nacional, nos deixa de igual maneira bem patente a idéia de que a culpa era um elemento essencial para a punição (cf. *Lusíadas*, Canto III, "Mouate a piedade sua e minha/Pois te não moue a culpa que não tinha"). Por outro lado, a idéia de que o homem pode assumir, por vezes, o *torto* através de um ato aparentemente incondicionado está lapidariamente sintetizada nas palavras de HERCULANO: "Então o excesso do terror e da desesperação produziu naquele espírito: onde por anos se desenvolvera e alimentara constante irritação, uma destas revoluções moraes em que, no meio de tormentosa crise, o homem se transmuta em outro homem. Ergueu-se (Dom Bibas) e com gesto desvairado bradou: Está bom! Ninguém se compadece de mim! Serei açoutado como um vil servo judeu! O bobo receberá essa afrontosa pena; mas ele se converterá num demônio..."", in *O Bobo*, Livraria Bertrand, 24.^a ed., p. 106 (o sublinhado e a interpolação são nossos). Fundamentando esta opinião, EDUARDO CORREIA, "Projecto" (nota 4), p. 8, especialmente nota 3; FIGUEIREDO DIAS, "A reforma do direito penal português", separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 48, (1972), p. 15, nota 23. Frise-se que este lastro histórico-cultural continua presente na mais moderna literatura portuguesa como expressão de uma consciência histórica concretamente ancorada. As palavras de ALMEIDA FARIA, escritas por Marta, no seu livro *Lusitânia*, 1980, p. 162 ("Olho por olho, medida por medida: eu acredito

nestas leis primitivas, mais ligadas aos mistérios, aos instintos que não erram") são disso, quanto a nós, altamente elucidativas. No mesmo sentido, mas indo muitíssimo mais longe, já que pressupõe a noção de culpa quase co-natural à cultura greco-latina, cf. HANS-HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlim, 3.^a ed., 1978, p. 17, nota 2.

⁸ Pensamos, nomeadamente, na atividade da Comissão Constitucional. Na verdade, esta comissão, quando funciona como tribunal de recurso sobre matéria de (in)constitucionalidade, e os tribunais superiores são os órgãos jurisprudenciais vocacionados a problematizar e a solucionar a questão do princípio da culpa como (*único?*) consentâneo com os valores materiais da Constituição da República. Ou visto o problema do outro lado, eles estão na posição de decidirem se a responsabilidade de tipo objetivo está ou não inquinada de um qualquer vício constitucional por violação, imediata ou mediata, de princípios insitos na Constituição de 76. Em abono da verdade dever-se-á dizer que tal problema, até ao momento, não foi suscitado. Unicamente existe a afirmação, emitida a *latere* mas que bastante significativa, de FIGUEIREDO DIAS na qualidade de relator de um acórdão da mencionada Comissão Constitucional. Assim, sublinha aquele Professor que: "segundo o art. 84.º do Código Penal a culpabilidade é o critério decisivo — como hoje, de resto, se impõe, face ao art. 26.º, n.º 1, da Constituição — da medida da pena" (cf. Acórdão da Comissão Constitucional n.º 149, de 13 de março de 1979, *Boletim do Ministério da Justiça*, 285 (1979), p. 144). Parece inferir-se daqui, pois, que o princípio da culpa é imposto pela Lei Fundamental. Frise-se, no entanto, que o entendimento que ali se faz da noção de culpa não leva implícito qualquer pressuposição relativamente à questão de se saber se a culpa é fundamento da pena ou se é tão-só limite ao poder punitivo do estado. Nada transparece nem tinha de transparecer. Porque, repita-se, tal valorização de consonância da noção de culpa, como fundamento ou limite da pena, com o texto constitucional não foi emitida por força do aresto que tratasse *ex professo* a questão. Todavia, em termos de direito comparado, tal problemática já foi longamente tratada, quer na Alemanha (cf., por exemplo, o estudo de MAURACH, "Os caminhos do direito penal alemão ao projeto de 1960", in *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nélson Hungria*, 1.^a ed., 1962, p. 100 e 102, e, mais recentemente, JESCHECK, ob. cit. (nota 7), p. 17 (nota 3); MARTIN NEUFELDER, "Schuldbegriff und Verfassung", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1974, p. 289-307), quer na Itália (cf. REMO PANNAIN, "Responsabilità oggettiva (diritto penale)", *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV — e literatura aí citada, mas fundamentalmente a jurisprudência da "Corte Costituzionale" e da "Cassazione"). Quanto a esta, numa sentença de 4 de março de 1963, ao tratar do art. 57.º do Código Penal declara: "la 'responsabilità oggettiva' è 'contraria comme tale al principio della personalità della responsabilità penale, affermato nell' art. 27.º Cost'", p. 796, nota 4). Não é aqui evidentemente o lugar indicado para sequer aflorar este problema já que pela dificuldade, delicadeza e importância merece um trabalho autónomo. Porém, e tendo em devida consideração o que se disse, julgamos que a interpretação que GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA (*Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra, 1978, p. 92) fazem ao art. 26.º nos parece ser, salvo melhor opinião, demasiado restritiva no que tange ao plano criminal. Escrevem aqueles autores: "As expressões de garantia daquele direito (à integridade física e moral) no campo das relações privadas encontram-se... no plano criminal, nos crimes de ofensas corporais e nos crimes contra a honra: difamação, calúnia ou injúria" (interpolação nossa, ob. loc. cit.). Pensamos que mesmo no plano das "relações privadas", o que é analisado pelos autores, o direito criminal vai um pouco mais longe na salvaguarda daquele direito. Neste sentido, praticamente todo o Título IV (Dos crimes contra as pessoas) do atual código penal visa dar expressão jurídico-penal, através do tipo legal de crime, àquele direito constitucional. É claro que, como bem notam aqueles autores, tipos legais de crimes existem que encontram mais facilmente a sua sede constitucional no

art. 27.º da Lei Fundamental. É o caso dos crimes contra a liberdade das pessoas (arts. 328.º, 329.º e 330.º) — cf. ob. cit., p. 94. Mas para lá da expressão tipicizada do direito à integridade moral e física dos cidadãos sempre nos poderemos perguntar se, por exemplo, a responsabilidade objetiva não violará aquele direito fundamental. Aponte-se, finalmente, que o art. 16.º, n.º 2, prescreve que: “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.” Ora, esta Declaração determina no n.º 1 do art. 21.º: “Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada...” (Texto da versão oficial portuguesa, *Diário da República*, 1.ª série, 9 de março de 1978.) Donde se infere que a noção de culpa é presente no texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem. É evidente que importaria agora investigar qual o seu conteúdo, limites e ainda qual a sua intensidade, como categoria interpretativa, no ordenamento jurídico-penal português. Mas não podem ser estes, na circunstância e como já disse, os nossos propósitos. Com isto queremos apenas dizer que a questão se não fecha a nível penal na mera enunciação dos tipos legais de crimes que salvaguardam aquele bem jurídico.

º Um dos defensores mais representativos desta idéia é, hoje, CLAUS ROXIN. Sem nos atermos às suas obras mais recuadas refiram-se apenas dois artigos publicados na revista *Juristische Arbeitsblätter*, em 1980. Quer o “Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfen”, p. 545-552), quer o “Wandlungen der Strafrechtswissenschaft” (p. 221-227), pretendem ser estudos de síntese em que toda a estrutura e finalidade estão votadas àquele desidério. E por isso os apontamos. Sem nos querermos embrenhar nesta delicadíssima questão — que só por si merecia um estudo autónomo e a que acresce o fato de tal problemática já ter sido recentemente estudada, de forma profunda, por FIGUEIREDO DIAS na sua obra, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, Coimbra, 1976 — gostaríamos, em relação a um ponto concreto, e apesar de tudo, de contrapor algumas observações críticas a certos desenvolvimentos e fundamentos expressos por ROXIN. Arranca este autor do pressuposto de que a existência de um Estado social de direito determina a não aceitação do princípio da retribuição — enquanto fundamento — e, ao invés, o acatamento do princípio da prevenção geral e especial. Já que o fim da pena deve ter uma natureza puramente terrena (cf. “Wandlungen”, ob. cit., p. 224) e se, para além disso, a pena como expiação da culpa “ist ein metaphysischer Gedanke” (p. 334), dever-se-á inferir que a culpa não pode ser fundamento da pena. Que o Estado de direito deve prosseguir os valores da liberdade, segurança e bem-estar é ponto inquestionável. Da mesma forma que esse mesmo Estado possa ter como escopo a defesa do princípio da culpa — enquanto étimo fundante da pena —, sem criar insuperáveis antinomias no seu mundo axiológico-político, é coisa que compreendemos sem forçar ao de leve que seja, qualquer regra de um *raisonnement* equilibrado. Nada impede na mais rigorosa compreensão teleológica do Estado que este possa assumir como elemento fundamental para o pleno desenvolvimento das capacidades do homem concreto o princípio da culpa. Esta idéia regulativa tem uma temporalidade e uma densidade que só se podem verdadeiramente avaliar na transparência do seu devir histórico. A culpa como idéia e princípio regulativo não é a histórica mas ao contrário está mergulhada na seiva daquilo que há de mais temporal: o homem. É claro que este tem memória e porque a tem arvora-se a entidade trans-temporal mas em nada se desvincula do seu caráter transitório, ainda que inserido na perenidade do real. Ora, se o Estado, na prossecução do que é útil ao homem, considerar que a assunção do princípio da culpa, como forma de fundamentar a responsabilidade penal, é um vetor essencial àquele fim, não vemos que isso possa ser contrariado, nem ao nível do teórico nem, muito menos, no plano da *praxis*. E não o pode ser ao nível do teórico na justa medida em que a dignidade do princípio da culpa tem

a mesma intensidade valorativa da que é pertença dos valores liberdade, segurança e paz jurídica. Por outro lado, o fato de se fundamentar, num certo sentido, a punição numa idéia de culpa (retributiva) não se viola minimamente qualquer dos mais lidos valores atinentes à condição do homem concreto de hoje. Na verdade, quando se apela ao princípio da culpa estamos concomitantemente a honrar a própria liberdade, quando com esta se potencia a noção de responsabilidade de ser-com-os-outros. E também não o pode ser mesmo que nos quedemos na pura intencionalidade prática. É que esta afere-se fundamentalmente pela capacidade de solver as tensões e conflitos inerentes ao viver comunitário e o princípio da culpa é também, como veremos (cf. *infra*, n.º 8), um instrumento que cumpre aquela intencionalidade. Por outro lado, a carga histórica, cultural e ideológica ligada ao princípio da culpa (retribuição) é um outro vetor que nos dá o sentido das coisas do mundo dos valores. Com isto não se quer afirmar que a pena deva ser pura retribuição. Bem ao contrário. As realidades normativas não são asserções unívocas de um só sentido mas antes plúrimas nas suas finalidades. Nada obsta pois que à pena se dê um sentido plural. Já que a *pura* retribuição, essa sim, não deve pertencer à constelação normativa do direito. Outras áreas da vida espiritual são seus abrigos privilegiados: a moral, a religião. Em suma, e para tocar unicamente num ponto como começamos por dizer, o Estado pode e deve perfeitamente chamar a si a defesa de certos princípios quando estes sejam aptos a expandirem as potencialidades do homem concreto comunitariamente inserido. Essa tem sido a história vivida de todas as comunidades humanas.

É ver o que se passou com o valor liberdade. Este foi primeiramente uma bandeira e uma arma de luta contra o próprio Estado (direito subjetivo público) para depois, assimilado e funcionalizado, passar a ser um dos valores que o Estado moderno não só defende mas que quer ver potenciado. Por outras palavras. A liberdade deixou a sociedade civil para entrar na cidadela dos fins do próprio Estado. E isto não impede que os homens assumam e sintam a (sua) liberdade histórica enquanto, simultaneamente, o Estado tudo faça para que aquele valor efetivamente se realize. O possível simile com o princípio da culpa é demasiado evidente para que, neste aspecto, haja necessidade de acrescentar mais qualquer coisa. No entanto, não pode, de maneira nenhuma, esquecer-se de que o princípio da culpa, tal como o entendemos, se realiza fundamentalmente por uma via positiva. É dizer, na visão estrutural da sua face caracterizadamente formal, o princípio da culpa perfila-se como um “contra-poder” à legitimidade punitiva do Estado e não como limite. Julgamos que esta análise se não baseia num mero jogo de palavras mas antes tem o sentido material que, quer se queira ou não, toda a análise, mesmo que formal, leva implícito. E o princípio da culpa, neste sentido e neste (con)texto, não pode ser limite porque se assim fosse seria ontológica e cronologicamente um *posterius* face à entidade lógico-formal do próprio Estado. Porém, como se tentou fundamentar, histórico-culturalmente o princípio da culpa quando confrontado com a outra realidade jurídico-política é antes um *prius*. (Repare-se que utilizamos aqui o conceito “Estado” e não com qualquer outra forma organizada de poder social aplicadora de sanções.) Note-se que a assunção deste *prius* nada tem de intemporal ou de perene, isto é, não se manifesta como entidade metafisicamente absoluta deduzida de um qualquer estático direito natural. Ele surge na análise da diferença e do (con)texto e é por aqui, e só por aqui, que pode ser entendido e julgado: (“De même que nous ne pouvons absolument pas concevoir des objets spatiaux en dehors de l'espace ni des objets temporales en dehors du temps, nous ne pouvons imaginer aucun objet en dehors de la possibilité de sa connexion avec d'autres objets. Si je puis concevoir l'objet dans le contexte de l'état de choses, je ne puis le concevoir en dehors de la possibilité de ce contexte”, cf. LUDWIG WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Ed. Gallimard, 1961 (2.0121), p. 45). Donde a anterioridade que acabamos de ver não poder concretizar-se nos estreitos quadros do

“limite” porque este é logicamente a face negativa, restritiva da expansibilidade do exercício de um poder, no caso o poder punitivo do Estado. Em verdadeiro rigor, os termos da questão têm de ser invertidos e com esta inversão esboroa-se a sua própria densidade. Ele é a formal manifestação do exercício de um direito que não tem limites externos porque está limitado pelo seu conteúdo, isto é, pela culpa material. O direito a ser punido segundo a sua culpa pressupõe obviamente a pena. Mas isto como facilmente se compreende não quer significar a anterioridade do poder punitivo estadual mas antes a idéia de que certos princípios levam em si mesmos os seus próprios limites. Na sua autolimitação formal o princípio da culpa encontra fundamento e consonância na culpa material. A esta luz não deverá ser, pois, visto como limite do poder punitivo do Estado, mas antes é este poder punitivo que já encontra uma entidade perfeitamente definida. Ele é assim um “contra-poder” da unidade sistemática que se concretiza na sua realidade interna e material mas que só ganha sentido, é evidente, quando se confronta com o outro poder. E isto porque o Estado é também uma entidade historicamente situada, cuja estrutura e função têm regras de expansão e implosão muito próprias e concretamente definíveis, como tal nem sequer tem a chama do mito como muitas vezes se julga.

Acrescente-se, finalmente, que a compreensão de que a culpa deve ser um pressuposto irrecusável para se poder em concreto aplicar uma pena é também partilhada pelos países de orientação comunista (cf., no que toca à URSS, A. A. PRONTKOVSKY-V. M. TCHIKHIKVADE, *Le système pénal soviétique*, 1975, p. 34-39; relativamente à República Democrática Alemã, J. LEKSCHAS-D. SEIDEL, “Verantwortung und Schuld im sozialistischen Strafrecht der DDR” in *Studien zur Schuld*, Berlim, 1975, p. 11 e ss., onde, citando-se K. MARX, expressamente se afirma: “Die Anerkennung der Existenz der Schuld ist zugleich Anerkennung der Würde des Menschen”, p. 21). É claro que neste contexto histórico-político a dimensão material do conceito de culpa (quer quanto aos fundamentos, quer no que se refere aos limites) não é coincidente com a que é teorizada pela dogmática dos países ocidentais. Disto mesmo se apercebe JEAN LACROIX no seu livro *Philosophie de la culpabilité*, 1977, p. 136-138, ao escrever: “C’est peut-être dans les pays socialistes que le problème du respect de la personne humaine en droit pénal révèle de mieux à la fois son importance et sa difficulté, voire son ambiguïté” (p. 136) para mais adiante sublinhar categoricamente, tal como já nós vimos, que “l’éminent pénaliste soviétique PRONTKOWSKI montre que dans un droit socialiste il ne saurait y avoir de responsabilité sans faute”. O que ALEXANDRE YAKOVLEV sublinha com as seguintes palavras: “The principle of guilty responsibility is the greatest achievement of civilisation” (cf. “Responsibility for careless crimes as part of criminal policy”, in *Problems of penal law in the URSS*, URSS Academy of Sciences, Moscú, 1979, p. 50). Com o que se disse julgamos ter ficado demonstrado que nada há que impeça o Estado de assumir, como valor seu, o princípio da culpa, enquanto fundamento da pena e não só como seu (limite). Por outro lado, é evidente que este fundamento é, neste sentido, (meta)-pessoal não se encontrando, pois, na pura retribuição (*quia peccatum*) mas antes na dignidade da sociedade organizada que assume os valores mais concretos e reais do homem de hoje. É este abertamente o pensamento de HEINZ ZIPF, colocando-se assim numa posição diametralmente oposta à de CLAUD ROXIN. Aquele autor no seu estudo *Kriminalpolitik*, 1973, p. 37, afirma: “Das schuldprinzip und das Übermassverbot haben die gleiche verfassungsrechtliche Wurzel, nämlich das Rechtsstaatsprinzip”, o que torna a sua fundamentação coincidente com a nossa, embora alcançada por diferentes caminhos.

¹⁰ A aplicação de medidas de segurança pressupõe, mesmo para sistemas que não sejam monistas éticos, como seu fundamento, não o princípio da culpa mas fundamentalmente a idéia de perigosidade social. No entanto, esta noção é hoje fortemente limitada por dois critérios. Por um lado, a tendência é a de, também neste domínio, se consagrar o princípio da pro-

porcionalidade (como já o fez a legislação alemã, cf. o § 62.º do código penal alemão). Enquanto que, de outra banda, se entende que em qualquer circunstância nunca o poder sancionador do Estado pode ofender a esfera mais irredutível do homem, é dizer, a sua dignidade como pessoa comunitariamente assumida. Ficando assim claro que, se antinomias podem surgir entre valores supra-individuais impostos pelo Estado e os valores do homem concreto, ainda que delinquente, elas sempre deverão desaparecer, quando esteja em perigo a dignidade humana. E isto pela razão bem simples de que nesse particular a antinomia é logicamente impossível já que, nesse contexto de valoração axiológica, a dignidade humana (cf., neste sentido, de modo irrecusável, o art. 26.º da Lei Fundamental) se sobrepõe a um qualquer outro valor. Julgamos que só assim o direito criminal pode cumprir um dos seus escopos mais importantes dentro da atual doutrina: o da própria humanização (neste sentido, HANS-HEINRICH JESCHECK, ob. cit. (nota 7), p. 20).

¹¹ Cf., entre uma literatura inabarcável, JOSÉ ORLANDIS, “Sobre el concepto del delito en el derecho de la alta Edad Media”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 16 (1945), p. 115, nota 6; também HEINZ MÜLLER-DIETZ, *Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht*, 1967, p. 1, e literatura aí citada.

¹² Cf. JOSÉ ORLANDIS, ob. cit. (nota 11): “claramente este fenómeno al dar una relevancia siempre mayor a la voluntad del autor, a los móviles que le han inducido a obrar en el caso concreto” (p. 119 e 122), reflete a subjetivação que já na própria alta idade média se estava a operar. Neste sentido, GÜNTER STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, p. 6. Num prisma crítico mas sem retirar consequências pertinentes e válidas, cf. CARLO PATERNITI, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, 1978, p. 18-28.

¹³ Cf. ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2.ª ed., 1976, p. 212.

¹⁴ É claro que também nos podíamos referir às chamadas condições objetivas de punibilidade. Na verdade, esta categoria jurídico-penal também se conecta com o assunto que tratamos na medida em que determina a cominação ou o agravamento de uma pena com base em fatos que não dependem da vontade do autor (nesta esteira, GONZALO QUINTERO OLIVARES, “Sobre la extensión del problema de la responsabilidad objetiva. Especial atención a las condiciones objetivas de punibilidad”, comunicação, polio-ciada que o autor apresentou nas II Jornadas Ítalo-Franco-Luso-Espanholas de Direito Penal). Porém, considerando o núcleo deste trabalho, não curamos autonomamente (com o sentido e reservas atinentes à textura de uma investigação deste tipo) das condições objetivas de punibilidade. Mas, não obstante o que se acaba de dizer, será oportuno tecer pequenas considerações acerca de sua natureza e função. Assim, tal figura perfila-se-nos com um inseguro recorte dogmático (cf. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, Coimbra, I, p. 370, nota 1). Que não pertence ao tipo de ilícito parece-nos claro já que está fora do conhecimento do dolo (cf. GONZALO QUINTERO OLIVARES, ob. cit., EDUARDO CORREIA, ob. cit., quando escreve: “no segundo (no caso das condições objetivas de punibilidade) estaremos perante *elementos adicionais requeridos para a punibilidade da conduta, que não* — por absolutamente independentes — a qualidade ilícita e culposa de tal conduta”, p. 370, nota 1 (a interpolação é nossa); no mesmo sentido, expressamente, FIGUEIREDO DIAS (nota 6), p. 473, nota 81, ao escrever “... a consideração deste elemento como condição objetiva de punibilidade — que tomamos aqui na acepção tradicional de, “elemento adicional requerido para a punibilidade da conduta, que não afeta a qualidade culposa e mesmo ilícita desta” sem se ignorar, todavia, que para este último autor “só um puro prejuízo sistemático, sem qualquer justificação material, poderia dar base à idéia apriorística de que o tipo ao qual se dirige o dolo (tipo-de-erro) *tem de ser* aquele mesmo tipo que se apresenta como correlato da ilicitude e momento constitutivo do con-

ceito de crime (tipo-de-ilícito)", ob. cit., p. 93; contra, A. KAUFMANN, ob. cit. (nota 13), p. 351. As condições objetivas de punibilidade referem-se antes, como o próprio nome indica, à punibilidade que é determinada, neste particular, pela intromissão do princípio da intervenção mínima (GONZALO QUINTERO OLIVARES, ob. cit.). Isto é, o direito penal só deve atuar como *ultima ratio* e tal razão é, neste caso, primacialmente, uma razão de política criminal que o Estado pode assumir porque mais conforme com os seus objetivos circunstanciais de oportunidade e de conveniência (cf. FERRANDO MATOVANI, *Diritto Penale*, Pádua, 1979, p. 728). O grave, a nosso modo de ver, é quando se entende poder ser o preenchimento do tipo legal conseguido por forma exclusivamente objetiva. Porém, segundo aquela perspectiva o delinquentes já realizou o crime de modo perfeito, sendo as condições de punibilidade um mero *plus* extrínseco que leva à aplicação em concreto da pena ou à maior ou menor punição (cf. CAVALEIRO FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, 2.^a ed., Lisboa, 1945, p. 452); para uma distinção entre condições objetivas de punibilidade *puras* e *impuras*, HANS-HEINRICH JESCHECK, ob. cit. (nota 7), p. 448 e s. Por outro lado, nem sempre as condições objetivas de punibilidade são facilmente diferenciáveis, na prática, das chamadas condições de procedibilidade. A doutrina define estas últimas como "condições de exercício da ação penal, de pressupostos de relação jurídica processual", cf. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições*, cit. p. 451; no sentido de que a "solução terá de procurar-se e encontrar-se ao nível de cada problema concreto", FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra, 1974, p. 36. Tal parece ser também o entendimento da jurisprudência quando considera como condições objetivas de punibilidade e não condições de procedibilidade, no caso de emissão de cheque sem cobertura, a apresentação a pagamento do cheque no prazo de 8 dias e a verificação da recusa do pagamento por falta de provisão feita dentro do mesmo prazo ou no primeiro dia útil seguinte, no caso de o cheque ter sido apresentado a pagamento do último dia do prazo (Acórdão da Relação de Coimbra de 9 de abril de 1980, in *Colectânea de Jurisprudência*, 5 (1980), p. 72-3). A condição de procedibilidade residiria na apresentação da correspondente queixa. Queremos ainda acrescentar que as condições objetivas de punibilidade nada têm a ver com as condições para a eficácia do negócio jurídico, como sugere QUINTERO OLIVARES na sua já mencionada comunicação. É que "a estipulação condicional não se desdobra em duas declarações de vontade, sendo a segunda limitativa da primeira. Constitui uma declaração de vontade *única e indivisível*, como a própria volição, que exprime" (cf. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, II, 2.^a reimpressão, 1966, p. 357). O que a torna radicalmente diferente da condição objetiva de punibilidade pois que, neste caso, *nunca* o crime é condicionado por uma declaração de vontade mas, como diz CAVALEIRO DE FERREIRA (ob. cit., p. 38, em nota), "trata-se simplesmente dum alargamento desta noção de condição, de modo a abranger aqueles fatos que *condicionam* o efeito jurídico constitutivo principal" (sublinhado do autor). Com o que fica dito sai reforçada a nossa idéia de que o princípio material da culpa não é uma entidade dogmática que se deva furta, aprioristicamente, ao contato e diálogo com outras categorias (baseados em FRITJOF HAFT, *Der Schuldtdialog*, 1978; assim também para uma visão global de todo o direito, no seu mais recente trabalho, CASTANHEIRA NEVES, *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido*, separata do número especial do "Boletim da Faculdade de Direito — Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro", 1979, p. 105). Como se viu aquele princípio em nada é violado com a inserção das condições objetivas de punibilidade ("onde la condizione non fa che limitare la sfera di operatività della norma incriminatrice rispetto e fatti, che altrimenti sarebbero già perseguibili. Non é, pertanto, violato il principio della responsabilità personale", cf. FERRANDO MATOVANI, ob. cit., p. 730), estas têm um sentido fortemente limitativo, e aquela abertura, desta forma, só dignifica a ciência do direito penal.

¹⁵ Todos estes casos são referidos por FERRER CORREIA, *Dolo e preterintencionalidade*, 1935, p. 89 e s.; assim também FIGUEIREDO DIAS, *Responsabilidade* (nota 6), p. 110; e ainda EDUARDO CORREIA, ob. cit. (nota 14), p. 439.

¹⁶ Cf. EDUARDO CORREIA, ob. cit. (nota 14), p. 439; FIGUEIREDO DIAS, ob. cit. (nota 15), p. 143 e s. Mais recentemente, deste último autor, "Crime preterintencional, causalidade adequada e questão de fato", separata da *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 17 (1971).

¹⁷ FIGUEIREDO DIAS, ob. cit. (nota 16), p. 16.

¹⁸ Cf. EDUARDO CORREIA, ob. cit. (nota 14), p. 443 e FIGUEIREDO DIAS, ob. cit. (nota 17), p. 31.

¹⁹ Cf. EDUARDO CORREIA, ob. cit. (nota 14), p. 441.

²⁰ *Idem*, p. 443.

²¹ Cf. por último, o Acórdão do STJ de 17 de julho de 1974: "No crime de homicídio preterintencional, previsto no art. 361, parágrafo único, do Cód. Penal são elementos constitutivos o nexo de causalidade entre a ofensa corporal e a morte e a culpa (mera culpa) do agente", *Boletim do Ministério da Justiça*, 239 (1974), p. 77.

²² Cf. EDUARDO CORREIA, "Les problèmes posés, en droit pénal moderne, par le développement des infractions non intentionnelles (par faute)", *Boletim do Ministério da Justiça*, 109 (1961), p. 26.

²³ *Idem*, p. 27.

²⁴ Cf. ob. cit. (nota 3), p. 24 e s.

²⁵ Cf. EDUARDO CORREIA, ob. cit. (nota 14), p. 423.

²⁶ *Idem*, p. 425.

²⁷ Cf. EDUARDO CORREIA, ob. cit. (nota 14), p. 427.

²⁸ É evidente que vai também pressuposta a situação dogmática do perigo. Isto é, numa compreensão paradigmaticamente tradicional, o desvalor do resultado poder-se-á sempre ver "in der Verletzung oder Gefährdung eines Handlungsobjektes (z. B. des Lebens eines Menschen, der Sicherheit eines Verkehrsteilnehmers), das die Strafvorschrift als konkrete Erscheinungsform des geschützten Rechtsguts sichern will", cf. HANS-HEINRICH JESCHECK, ob. cit. (nota 7), p. 6.

²⁹ *Apuđ*, EDUARDO CORREIA, ob. cit. (nota 14), p. 439.

³⁰ Temos para nós que também não é pela introdução de conceitos científicos que se resolvem os problemas jurídicos. Estes pertencem ao mundo normativo e têm de ser resolvidos através dos conceitos que aí são operatórios. Tal não quer dizer que afastemos, como adjuvante, qualquer tipo de pensamento de matriz científica. Pois, mesmo que o quiséssemos estaríamos determinados pela nossa estrutura de pensamento que tem muito de lógico-científico. Não foram, sem dúvida, inconseqüentes, ao nível da consciência discursiva, as revoluções epistemológicas que se operaram no decorrer dos últimos séculos. Por isso, mesmo quando nos embrenhamos na inteligibilidade e compreensão do *normativo* fazemo-lo por meio de conceitos que na origem têm uma carga de lógica binária (*v.g.*, bem-mal) à qual não nos podemos furta. Com isto não afirmamos nenhum *prius*. E não se pense que este tema enferma do vício nefelibata já que ele constitui questão central da mais recente dogmática (cf. CLAUS ROXIN, "Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes", in *Problemas basicos del derecho penal*, Madrid, 1976, p. 149 e s.) como foi objeto de viva discussão, no XII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Hamburgo, 1979, entre IGOR ANDREJEW e MARC ANCEL. Aquele autor lançou o seguinte repto: "Alors, vous savez, quand on discute, quand on expose des idées très sympathiques, très humanistes, alors, je veux savoir où est placée la chance? Où est-elle? Est-ce que nos théoriciens ne devons par prendre en consideration dans nos livres, dans nos traités de droit pénal, avec toutes les idées, tous les paragraphes un chapitre sur la chance!" (cf. *Actes du Congrès*, 1980, p. 115), a que MARC ANCEL não respondeu diretamente, antes se refugiou na fluidez do próprio conceito de acaso (*hasard*); cf. *Actes*, cit., p. 116. No entanto,

toda esta complicadíssima temática não pode ser resolvida nos apertados limites deste trabalho quanto mais numa nota de fim de página. O que importa frisar é que a intromissão do conceito “acaso” no campo do direito penal está baseada num pensamento analógico. Isto é, perante duas situações “idênticas” — o exemplo clássico: a) o automobilista ao fazer uma curva fá-la fora de mão colidindo com um carro que circula em sentido contrário provocando a morte do condutor deste último veículo e b) a mesma situação, só que, neste caso, não vem nenhum carro em sentido contrário ou se vem não há lugar a qualquer acidente — numa, por força do resultado socialmente danoso, vê-se o agente confrontado com a eventual aplicação de uma pena. Por aqui observamos, imediatamente, que se está à partida ligado a um juízo analógico que tendo por base condutas potencialmente idênticas desencadeiam, apesar disso, resultados jurídicos diferentes. Se isto é assim, como nos parece, cf. no sentido de que todo o pensamento jurídico é, em derradeira análise, analógico, A. KAUFMANN, *Analogie und 'Natur der Sache'*, p. 15, *apud*, prefácio, de BAPTISTA MACHADO à tradução portuguesa de *Einführung in das juristische Denken* de KARL ENGELSHOF publicada pela Fundação Calouste Gulbenkian, 3.^a ed., p. XL, nota 54; abertamente na mesma linha, H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Éléments d'une introduction à la philosophie du droit*, Paris, 1976, sublinha: “Mais les seules conclusions ‘logiques’ qui lui soient possibles sont, en dernier ressort, les conclusions à fortiori ou a contrario, grâce à la comparaison des images, grâce à un jugement en fonction d'un modèle, de *terms of reference* qui prennent la forme d'une vue globale. Là logique du droit est analogie”) a solução também só será encontrada numa formulação que tenha em conta os problemas perspectivados numa base tópica e referencial. Não nos podemos, pois, quedar neste grau de percepção e captação da questão. Urge ir um pouco mais além. Assim, quando naquelas circunstâncias se verifica o resultado danoso, o juízo que imediatamente se faz vai no sentido de invocar uma qualquer força “transcendente” que possa justificar os próprios fatos. E para se dar consistência àqueles raciocínios utiliza-se, então, a enorme capacidade da análise analógica. Só que isto, julgamos, parte de pressupostos errados. Já que a produção do resultado se processou não por efeito de forças indetermináveis mas antes por conjugação de fatos que podem na sua crueza ser explicados por uma fria relação causal ou que hipoteticamente se pode admitir que o sejam. Isto que é, à evidência, compreensível muito pouco tem a ver com o juízo de censura que se possa fazer ao agente. E porque é assim, de imediato, a doutrina se apressa na busca de situações que embora similares não levaram à produção do resultado. Por outras palavras, também aqui a conduta do delinquente pode ser suscetível de (desvalor da ação) censura e só porque não se verificou o evento penalmente proibido é que o agente não é punido. Todavia, como bem se compreende, e tendo como pano de fundo a globalidade do problema, verificamos que as situações são diferentes. E tal não pode ser esquecido sob pena, aí, sim, de o direito penal perder uma das suas finalidades precípuas: a da proteção dos bens jurídico-penais fundamentais. De sorte que não concebível aqui o ferrete de se estar a cometer uma qualquer “injustiça” (cf. EDUARDO CORREIA, *ob. cit.* (nota 14), p. 429) já que se tratam desigualmente situações que são efetiva e valorativamente desiguais. O erro está, evidentemente, na pressuposição de que os espaços nocionais levantados pelas duas situações são idênticos. Onde, neste caso, o juízo analógico só em parte é que é logicamente conseqüente. Neste sentido, o resultado com toda a sua densidade normativa não pode ser esquecido, pois há aqui uma verdadeira ilicitude material. É óbvio que com o que se disse unicamente se pretendeu dilucidar a problemática do “acaso” e não da fundamentação da punição por atos negligentes.

³¹ Cf. EDUARDO CORREIA, *ob. cit.*, (nota 14), p. 483.

³² Julgamos que nesta questão, mormente no que toca à negligência inconsciente, se podem sempre colocar problemas a qualquer tentativa de sistematização da punição por negligência. É que nada há que impeça, antes

é teoreticamente plausível, poder conceber-se numa situação na qual o agente sempre tenha conformado, em tensão, a sua consciência axiológica face ao mínimo ético e, apesar disso, ter violado uma norma incriminadora por negligência inconsciente (e.g., por esquecimento). É dizer, pode o agente ter-se ao longo da vida preparado para poder representar os resultados penalmente proibidos e mesmo assim ter violado um tipo legal de crime. Onde, em princípio e segundo esta perspectiva, não lhe pode ser imputado qualquer juízo de censura. No entanto, facilmente se compreenderá que desta sorte estamos impregnados de uma compreensão demasiado simplista que não corresponde à riqueza do caso concreto. As coisas são colocadas nestes planos: ou o agente preparou a sua consciência ético-jurídica para poder representar os resultados penalmente proibidos ou não o fez. Mas como se sabe a tensão axiológica pode, apesar de adequadamente educada e exercida, ser, por força de múltiplas variáveis atinentes à fenomenologia do ser, relaxada, momentaneamente, para níveis eventualmente já censuráveis na medida em que condiciona uma conduta que envolve a violação de um dever objetivo de cuidado. O que faz com que estejamos de acordo com LENCKNER, quando este nos diz que a questão de saber se o agente verdadeiramente podia ter agido de outra maneira é algo “die niemand beantworten kann” (cf. THEODOR LENCKNER, “Strafe, Schuld und Schulfähigkeit” in *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, hrsg. von Göppinger/Witter, t. I, Parte A, 1972, p. 59, *apud*, FRITJOF HAFT, *ob. cit.* (nota 14), p. 94). Ora, o problema apresenta-se, assim, como uma questão em aberto. O que não invalida que, em termos gerais, aquela formulação de fundamentação não seja juridicamente operatória. Por outro lado, tanto a teoria do risco permitido como a do incremento do risco de ROXIN (que ao fim e ao cabo é um alargamento quantitativo da doutrina anterior, cf. CLAUS ROXIN, *ob. cit.* (nota 30), p. 167 ss.) não resolvem, a nosso modo de ver, a problemática da negligência inconsciente. É evidente que se poderá afirmar que tal não está nos seus propósitos, o que faz com que se não possa pedir aquilo que à partida se sabe que não nos pode ser oferecido. Aceite de boa mente esta argumentação, temos, todavia, legitimidade para nos interrogarmos sobre a fundamentação da negligência inconsciente. E no que a esta se refere nada mais ele acrescenta. Neste sentido, a doutrina que melhor pode, em termos gerais, justificar a punição para uma conduta negligente (inconsciente) é aquela que apresentamos primeiramente (cf. p. ex., as resoluções do XII Congresso Internacional de Direito Penal relativamente à Seção I in *Actes du Congrès*, 1980, p. 533-5). O que não dizer, é óbvio, que para a negligência consciente não possam haver formulações teóricas mais capazes de apresentarem soluções consentâneas com os reais valores do direito criminal. Veja-se no que toca ao direito socialista — fundamentalmente coincidente com o que se disse; VÉNIAMINE KLOTCHKOV, “La lutte contre la criminalité d'imprudence”, p. 6-33; VLADIMIR KUDRYAVTSEV, “Criminalisation of actions committed by negligence”, p. 34-43; YAKOVLEV, *ob. cit.* (nota 9), p. 44-50; MITROFAN KOVALEV, “Problems of the effectiveness of criminal law. Measures to combat careless crimes”, p. 51-60, todos in *Problems of penal law in the USSR*, USSR Academy of Sciences, Moscou, 1979; LEKSCHAS, “Offences caused by negligence, their prevention and combatting”, in *Reports of the GDR national group of the International Association on criminal law (AIDP) for the twelfth international congress on criminal law*, p. 1-17; ISTVAN LOSONCZY, “La culpabilité par imprévoyance et sa place dans les systèmes des conditions de punibilité”, in *The comparison of law*, Budapeste, 1974, p. 269-287.

³³ Cf. EDUARDO CORREIA, *ob. cit.* (nota 14), p. 398.

³⁴ Cf. EDUARDO CORREIA, *ob. cit.* (nota 14), p. 399.

³⁵ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal* (Sumários das Lições), 1975, p. 194-5.

³⁶ Cf. EDUARDO CORREIA, *ob. cit.* (nota 14), p. 104 (sublinhado do autor).

³⁷ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.* (nota 35), p. 193.

³⁸ Cf. EDUARDO CORREIA, *ob. cit.* (nota 14), p. 418 (sublinhado do autor).

³⁹ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.* (nota 35), p. 204.

⁴⁰ Cf. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Crimes cometidos em estado de embriaguez*, Coimbra, 1968.

⁴¹ Cf. EDUARDO CORREIA, ob. cit. (nota 14), p. 364 (sublinhado do autor).

⁴² E que assim é veja-se o sugestivo título da comunicação de FERRANDO MANTOVANI nas II Jornadas Italo-Franco-Luso-Espanholas "Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta" agora publicada na *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 24 (1981), p. 456-76, que nela nos alerta para o seguinte: "Mentre le prime (responsabilità oggettiva espressa) possono essere cancellate con interventi abrogativi del legislatore, e sono in via di estinzione, più arduo è liberarsi delle seconde, (responsabilità oggettiva occulta) perché tenacemente si insinuano e si mimetizzano tra le tesse maglie della colpevolezza e richiedono quella vigile predisposizione giurisprudenziale per la responsabilità soggettiva che no è sempre presente in certi atteggiamenti accomodanti dei giudici" (interpolação nossa), p. 461.

⁴³ Julgamos que, neste ponto, a nossa legislação ao querer contemplar penalmente todas as possíveis situações de "impunidade" não curou devidamente dos pressupostos e princípios fundamentais do direito penal. Mais adequado àqueles princípios está, por exemplo, o art. 57 do Código Penal italiano que prescreve: "Salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dei casi di concorso, il direttore o il vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati, è punito, a titolo di colpa, se un reato è commesso, con la pena stabilita per tale reato, diminuita in misura non accedente un terzo." Mas ainda que se determine que o agente tem de ser punido a título de culpa o fato é que a controvérsia doutrinária se mantém árdua e difícil (cf. FERRANDO MANTOVANI, ob. cit. (nota 14), p. 335; GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto Penale*, 10.^a ed., Pádua, 1978, p. 473); ANTONIO PAGLIARO, "La responsabilità per i reati commessi vol mezzo della stampa secondo il nuovo testo dell art. 57 C.P." e ANTONIO GRIECO, "Brevi note sulla responsabilità del direttore di giornale per i reati commessi col mezzo della stampa", ambos publicados em *Scritti Giuridici in onore di Alfredo de Marsico*, II, Milão, 1960, respectivamente, p. 243-259 e 0. 19-33.

⁴⁴ Neste sentido aponta a nossa jurisprudência sem todavia problematizar ou sequer equacionar a questão, cf., por último, acórdão do STJ de 18 de janeiro de 1979, Boletim do Ministério da Justiça, 283 (1979), p. 165.

^{44-a} Cf. FIGUEIREDO DIAS, "Sobre o papel do direito penal na proteção do ambiente", *Revista de Direito e Economia*, 4 (1978), p. 17, nota 33.

⁴⁵ Princípio, saliente-se, que tem expressa consagração na Constituição da República (art. 88) no que se refere às infrações antieconómicas. É claro que a adoção de tal princípio se deve ter como assente relativamente a todas as infrações do direito penal como ensina EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, III, (1), Coimbra, 1980, p. 8, e já antes "Introdução ao Direito Penal Econômico", *Revista de Direito e Economia*, 3 (1977), p. 14 e s.

⁴⁶ Quanto a este ponto, veja-se o trabalho de JOÃO CASTRO E SOUSA, *As pessoas coletivas em face do direito criminal e do chamado "direito de mera ordenação social"*, Coimbra (ed. policopiada), 1972.

⁴⁷ A aceitação de um princípio material da culpa, tal como o tentamos desenhar na sua forma compreensiva, não se coaduna, em geral, com uma responsabilidade "penal" das pessoas coletivas. É, por isso, muito mais curial aceitar-se que a responsabilidade das pessoas coletivas deva ficar a cargo de um direito de mera ordenação social. Tal é o sentido, entre outras, da legislação na Dinamarca como se pode comprovar pelas palavras de RAYMOND SCREVEN: "... La rapporteur (da Dinamarca), souligne, dès lors, que la responsabilité sans preuve d'intention ("mens rea") suppose une législation particulière autre que le code pénal. Des lois de cette nature se sont développées dans la législation danoise et dépassent la centaine. Elles prévoient une responsabilité pénale sur une base objective, de la personne juridique ou d'une personne physique ou des deux" (cf. "Les sanctions applicables

aux personnes morales dans les États de Communautés Européennes", *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1980, p. 168-9, sublinhado e interpolação nossos). Por outro lado, não se desconhece a grande inovação legislativa que se produziu na Holanda através da lei de 23 de junho de 1976, que entrou em vigor em 1.º de setembro desse mesmo ano, alterando o art. 51 do Código Penal no sentido de alargar a responsabilidade penal às próprias pessoas coletivas. Tudo isto vai na esteira do *common law* que começando por aceitar a teoria da responsabilidade delegada facilmente chegou à compreensão teórica da identificação. Só que os dois exemplos (o *common law* e o direito holandês), que acabamos de apontar, correspondem a países cuja doutrina nunca esteve enfeudada a uma noção demasiado fechada do princípio da culpa. No entanto, temos, aqui, apesar de tudo, de distinguir. Uma coisa é aceitação e assunção do princípio da culpa para fundamentar ou limitar a responsabilidade penal da pessoa (física) — e nisso, com uma ou outra pequena *nuance*, todos os quadrantes doutrinários, políticos e ideológicos do nosso mundo cultural estão de acordo, como parece ter ficado atrás demonstrado, outra é a aceitação de uma mesma nomenclatura formal para contemplar casos que, quanto a nós, têm raízes diferentes mas que o seu tratamento é unitário (caso do *common law* e agora o direito holandês) e em nada fere os mais elementares direitos, liberdades e garantias do homem. É mais, se assim nos podemos expressar, uma questão de "sensibilidade jurídica". Ou nas palavras de JEAN CONSTANT, "les différences sont plus apparentes que réelles, plus doctrinales que réelles, plus doctrinales que pratiques" (cf. JEAN CONSTANT, *La responsabilité non individuelle*, Liège, 1978, p. 39). Temos para nós, contudo, que tal "sensibilidade" corresponde a formas de sentir e viver comunitariamente bem enraizadas e profundas e que não são, pois, meros movimentos motivados por alguma "moda" jurídica. Como bem se compreende todo este problema da responsabilidade penal das pessoas coletivas é extremamente complexo. É mais intricado se nos apresenta quando pensamos na responsabilidade das pessoas morais de direito público e na das empresas públicas que hoje — e nomeadamente no caso português — à partida não podemos ter como excluídas do âmbito de uma qualquer responsabilidade que possa ser enquadrada nos termos da chamada ciência total do direito penal (*gesamte Strafrechtswissenschaft*) (cf. relativamente às empresas públicas — cuja caracterização jurídica levanta por sua vez dificuldades problemas, FRANCO BRICOLA, "El derecho penal de la empresa pública. Elementos para una comparación", in *La empresa pública*, Studi Albornotiana, Bolonha, 1970, p. 553-685). Existem, porém, fortes correntes do pensamento penal que, mais por coação do real que por rigor ou sujeição doutrinária, apontam no sentido da responsabilidade penal das pessoas coletivas independentemente da sua natureza pública ou privada (cf. PIERRE DELATTE, "La question de la responsabilité pénale des personnes morales en droit belge", *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1980, p. 191 e s., que transcreve, para aquilo que nos interessa, o Relatório da Comissão Revisora do Código Penal Belga, o qual vai claramente na esteira de uma responsabilidade penal das pessoas coletivas). Corroborando o que acabamos de anotar fiquemos-nos com as palavras do barão JEAN CONSTANT, relator-geral do 10.º Congresso Internacional de Direito Comparado sobre o tema "La responsabilité pénale non individuelle": "Le souci d'une saine politique criminelle doit donc nous inciter à tenter de réaliser une harmonisation des deux tendances par l'adoption d'une compromis qui, sans résoudre ce que d'aucuns ont appelé, le rebus philosophique de la personne morale, permettra de défendre le société contre les agissements délictueux des groupements ou associations" (cf. JEAN CONSTANT, ob. cit., p. 23).

⁴⁸ Cf. EDUARDO CORREIA, ob. cit. (nota 14), p. 234.

⁴⁹ Cf. EDUARDO CORREIA, "Direito penal e direito de mera ordenação social", separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 49 (1973).

⁵⁰ Tese defendida por FIGUEIREDO DIAS numa das suas Lições orais no concurso para Professor Catedrático.

⁵¹ Cf. FIGUEIREDO DIAS, ob. cit. (nota 14), p. 212.

⁵² Assim, FIGUEIREDO DIAS, *O problema* (nota 6) escreve: "sem dever esquecer-se, para além e acima de tudo, de que a doutrina praticamente unânime, nos nossos dias, se mostra adversa a presunções de culpa — em que esta viria a traduzir-se, quando conexcionada com o problema da falta de consciência da ilicitude — em todo o direito penal", p. 53, nota 6.

⁵³ Cf. FARIA COSTA, ob. cit. (nota 2), p. 45.

⁵⁴ Cf. RALPH B. PUGH, *Imprisonment in Medieval England*, Cambridge, 1968, p. 251.

⁵⁵ *Idem*, p. 232.

⁵⁶ Cf. *Ord. Fil.* Livro I, Tít. 77, § 3.

⁵⁷ Vejam-se, todavia, os diferentes e antagónicos códigos de conduta que norteiam os presos e os guardas mesmo nas prisões atuais, HANS VON HENTIG, *La pena*, vol. II, trad. castelhana de José Maria Rodriguez Devesa, Madrid, 1968, p. 345 e s.

⁵⁸ Cf. MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português*, Coimbra, 5.^a ed., anotação ao art. 193, p. 355-6.

⁵⁹ No sentido de perspectivar a culpa numa visão dicotómica, MUÑOZ CONDE, "El principio de culpabilidad", in *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Universidade de Santiago de Compostela, 1976, p. 221.

⁶⁰ Cf. J. L. AUSTIN, "Unfair to facts", in *Philosophical Papers*, 3.^a ed., Oxford University Press, 1979, p. 154-174; LUDWIG WITTGENSTEIN, ob. cit. (nota 9), 6.5 a 6.53 (p. 173-176).

⁶¹ Já que "anche nello sforzo di riconoscere, proprio come nella stessa trattazione sistematica dei problemi, vi è differenza tra risultato speculativo e semplice opinione tra conquiste che rimangono e costruzioni che cadono. E come là, casi anche qui le une e le altre si distinguono per la loro propria importanza già nel processo stesso (cf. NICOLAI HARTMANN, *Filosofia Sistemática*, Milão, 1943, p. 83).

⁶² Para uma compreensão, quanto a este aspecto e não quanto à fundamentação por nós partilhada, em que o princípio da culpa pode ser visto como um valor que satisfaz as mais prementes necessidades, quer do Estado social, quer do Estado democrático, assacando-lhe uma dimensão altamente dinâmica e progressiva, cf. SANTIAGO MIR PUIG, "La Nueva Constitución Española y el Derecho Penal", *Doctrina Penal*, 2, (1979), p. 558-9. O princípio da culpa não é, pois, pertença de nenhuma ideologia nem a ela pode ser reduzido. Ele detém a autonomia do normativo, estrutura-se na complexidade multifacetada do diálogo que realiza com o real problemático do direito penal, desdobra-se na inserção lógico-formal no todo organizante do sistema jurídico e cumpre-se na prática fecunda da realização do justo historicamente situado.

⁶³ Cf. HANS-HAINRICH JESCHECK, ob. cit. (nota 7), p. 650. No entanto, apesar de não estarem sob o império do princípio da culpa não estão em certo sentido, menos protegidas, já que para elas também vale o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) com expressão no § 63.º do novo Código Penal da Alemanha Federal; ver também o que dissemos, *supra* (nota 10).

⁶⁴ Neste prisma as palavras de THOMAS D. PERRY (cf. *Moral Reasoning and Truth (An Essay in Philosophy and Jurisprudence)*, Oxford, 1896, p. 91): "The legislative policy values or objectives reflected in those rules may themselves change; that is, we may change our opinion about the kind of social order we want, and we surely will change it on points of detail."

⁶⁵ Sobre este ponto, em termos gerais, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1977, p. 180 e s. Para uma visão dentro do âmbito do direito penal, cf. HANS-JESCHECK, ob. cit. (nota 7), p. 17 e s.

⁶⁶ De maneira concludente no que toca aos diferentes momentos nele implícitos os ensinamentos de CASTANHEIRA NEVES, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, 1968-69, (ed. policopiada), p. 331 e s.

⁶⁷ Não tem razão, pois, ARNO PLACK quando quer equiparar o "Schulds-
trafrecht" e o "Erfolgsstrafrecht" na incapacidade de oferecerem soluções que preservem o sentido humanitário do direito penal (cf. *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974, p. 261).

⁶⁸ Cf. o que se disse, *supra* (nota 9).

⁶⁹ Cf. BAUMANN, *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, 4.^a ed., p. 121. Cf. também o que se disse, *supra* (nota 2).

BASES CONSTITUCIONAIS DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Nilo Batista

1. A idéia kelseniana de *Grundnorm*¹ costuma, como as sereias, seduzir os navegadores do direito penal, porque é confortável ancorar princípios conformadores do sistema penalístico numa norma que dispensa a demonstração de sua própria validade e da competência da autoridade que a produziu. É confortável por duas boas razões: em primeiro lugar, porque esgota as questões do “fundamento” e “natureza jurídica” da regra penal pesquisada, e em segundo lugar porque restringe a investigação a uma implicação lógico-formal, na qual a existência do texto fundamental é condição suficiente para que exista a regra penal pesquisada. Este segundo nível afasta o jurista da indagação histórica sobre a concreta elaboração do princípio examinado, e seu objetivo desempenho na sociedade dentro da qual opera. O jurista estará capacitado a deduzir das relações lógico-formais entre o Código Penal e a Constituição um controle da “legitimidade” das normas do primeiro, baseado na subordinação; aqui se encontrará a teoria dos limites constitucionais. Porém a mediação do texto constitucional — visto aqui como *Grundnorm* — não deveria desobrigá-lo de levantar a inserção política e social do princípio examinado, como procedimento que não deve ser estranho à construção do saber jurídico.

2. O princípio da reserva legal é seguramente o mais conhecido e vulgarizado de quantos moldam o direito penal contemporâneo, seja pela sua significação política no processo de criação do estado moderno e da revolução burguesa, seja pelo fracasso, já no século XX, de duas investidas contra a legalidade dos delitos e das penas: a soviética e a nazista.² O § 16 do art. 153 da Constituição

¹ HANS Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, trad. J. B. Machado Lisboa, 1966, Ed. A. Amado, vol. II, p. 1 e ss.

² Sobre a definição material de delito, constante dos princípios fundamentais de direito penal para as repúblicas socialistas federadas, aprovados em 12 de dezembro de 1919, cf. ZDRAVONISLOV *et al.*, *Derecho Penal Sovietico*, trad. N. MORA *et al.*, Bogotá, 1970, Ed. Têmis, p. 59 e ss., e ainda as observações de Astúa sobre a analogia, em *Derecho Penal Sovietico*, B. Aires, 1947, Ed. TEA, p. 90 e ss. Sobre a reforma do § 2.º do Código Penal alemão, feito por Hitler em 28 de junho de 1935, cf. NUVOLONE, “La riforma del § 2.º del Codice Penale Germanico”, no volume *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Pádua, 1969, Ed. Cedam, vol. I, p. 1 e ss.

Federal determina que “a instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”. A fórmula, esotérica, reúne matérias absolutamente desvinculadas: na primeira parte, impõe-se ao processo criminal a contraditoriedade da instrução, proscrevendo procedimentos inquisitórios; na segunda parte, estabelece-se, embora elipticamente (porque a lei anterior deve ser anterior ao fato, e não à instrução contraditória), a exigência de reserva legal. PONTES DE MIRANDA dizia que essa redação é um “documento histórico da insuperada mediocridade governante de 1964-1967”;³ é possível filiá-la, historicamente, ao texto da Constituição de 1937, que rompeu a tradição que vinha — até na redação! — da Constituição imperial, aprimorada em 1934 com a explicitação da elipse (anterioridade ao fato), para limitar-se a uma seca regra proibindo a retroaplicabilidade das penas. Não causa espanto que um autor que escreve sob o império do § 16 do art. 153 da Constituição Federal afirme que não há nela “dispositivo expresso e específico” versando o princípio da legalidade,⁴ enquanto quem escrevia sob a regência do § 27 do art. 141 da Constituição de 1946 via ali o princípio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*, com a conseqüente condenação da analogia nas normas penais *stricto sensu*”.⁵

3. Interessa-nos, no presente estudo, confrontar o texto constitucional com o espectro de conseqüências que, comumente, se atribui ao princípio da reserva legal, aferindo dessa forma em que medida a Constituição Federal concedeu-lhe fundamento e limites. Convém, preliminarmente, recordar que a inserção do princípio da legalidade no capítulo dos direitos e garantias individuais, para além de evocar sua origem política, possui uma significação que não pode ser desprezada pelo intérprete, o qual deve recriar, em todos os níveis adequados, os instrumentos que viabilizem a autolimitação imposta pelo estado a seu poder punitivo.⁶

4. A primeira função do princípio de legalidade está na proibição de retroatividade da lei penal, ou seja, da criação de lei posterior ao fato, criminalizando-o, ou exacerbando as penas a ele cominadas. Hipóteses correlatas, versando leis que beneficiem a situação jurídica do acusado, ou extingam o crime (*abolitio criminis*), ou ainda de leis subseqüentes, excepcionais ou temporárias, são tratadas pela doutrina, habitualmente, numa parte da teoria da lei penal (conflito de leis penais no tempo), segundo regras do código penal.

³ *Comentários à Constituição de 1967*, S. Paulo, 1971, Ed. RT, vol. V, p. 242.

⁴ DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito Penal*, S. Paulo, 1978, Saraiva, vol. I, p. 60.

⁵ ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, PG, Rio, 1959, Forense, vol. I, t. 1, p. 47.

⁶ Sobre o valor da “*collocazione sistematica*” do art. 25 § 2.º da Constituição italiana em sua interpretação, cf. FRANCO BRICOLA, *La Discrezionalità nel Diritto Penale*, Milão, 1965, Giuffrè, p. 245 e ss.

Examine-se, entretanto, o texto constitucional: "observada a lei anterior no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu". Verifica-se, desde logo, que a retroatividade de lei mais benigna constitui, entre nós, não um simples episódio do conflito de leis penais no tempo, mas sim uma garantia constitucional! Ou seja: a par da proibição de retroatividade da *lex gravior*, o constituinte prescreveu também a retroatividade da lei mais benévola.⁷

Por outro lado, o texto constitucional determina a observância da lei anterior "no relativo ao crime e à pena", e vale refletir sobre a valência da disposição. Aplicar-se-ia ela somente às normas penais puras, ou seja, aquelas "que definem fatos puníveis e lhes cominam sanções", ou também às normas penais impuras, ou seja, aquelas "que estabelecem princípios sobre a aplicação dessas primeiras, sobre a estrutura e elementos dos fatos puníveis, e sobre a aplicação e execução das sanções cominadas"?⁸ Para ROXIN, analisando a discutida reforma que ampliou de 20 para 30 anos o lapso prescricional dos crimes nazistas, a prescrição não se inclui na matéria da retroatividade vedada.⁹ O texto constitucional brasileiro não permite análoga conclusão. Tudo quanto se refira ao fato punível (p. ex., redução do espectro de uma justificativa, como se fosse suprimida a *vox* "iminente" na legítima defesa), ou tudo quanto se refira à pena (p. ex., retificação gravosa na disciplina da prescrição) deve retroagir.¹⁰ Assistiria integral razão a FRAGOSO, quando afirma a impossibilidade de retroatividade de "alteração pejorativa de dispositivos da Parte Geral do Código Penal,"¹¹ se ressaltasse que escapam à proibição regras sobre a lei penal, regras de processo penal inseridas no código penal, e regras sobre medidas de segurança. Em suma, o texto constitucional, com a amplitude de redação já vista, proíbe que o legislador faça qualquer concessão à retroatividade de normas que promovam constituição ou derivação de tipos penais, ou dos elementos estruturais gerais do crime; normas que digam respeito à cominação, aplicação e execução das penas; e normas sobre punibilidade e responsabilidade.

⁷ Não escapou ao exame arguto de Aníbal Bruno essa observação: *op. cit.*, p. 255. Esse mandamento constitucional, na opinião predominante da doutrina, se impõe à restrição do parágrafo único do art. 2.º CP. Vejam-se ANÍBAL BRUNO *et al.*, *Teoria da Lei Penal*, S. Paulo, 1974, Ed. RT, p. 41; BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal*, S. Paulo, 4.ª ed., Max Limonad, vol. I, t. I, p. 147; ALCINO P. FALCÃO, *Constituição Anotada*, Rio, 1957, J. Konfino, vol. II, p. 215. Veja-se ainda LUIZ FERNANDO DE FREITAS SANTOS: *Reincidência Específica e Retroatividade Benéfica*, RDP 23/105.

⁸ Para a distinção entre normas penais puras e impuras, cf. NILO BATISTA, *Observações sobre a Norma Penal e sua Interpretação*, RDP 17-18/83 e ss.

⁹ *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*, trad. MUÑOZ CONDE *et al.*, Un. de Sevilla, s/d, p. 110.

¹⁰ Sobre a alteração gravosa na disciplina da prescrição pela Lei 6.416/77, e sua inaplicabilidade aos fatos anteriores, cf. NILO BATISTA, *Prescrição pela pena em concreto: fato anterior à Lei 6.416*, RDP 23/112 e ss.

¹¹ *Lições de Direito Penal*, PG, Rio, 1980, FORENSE, p. 96.

5. A segunda função do princípio da legalidade consistiria na proibição da analogia. A questão que aqui se coloca diz com o alcance da proibição: há quem entenda que a proibição da analogia, como decorrência da "exigência da taxatividade", não discerne normas favoráveis ou não favoráveis ao acusado.¹² Prevalece, no entanto, o entendimento de que a analogia *in bonam partem* deve operar efeitos, e a argumentação de DELITALA exprime, em síntese feliz, a opinião comum: "talvez o formalismo legal represente uma vantagem quando serve à garantia das liberdades individuais, mas constitui sem dúvida um dano quando, sem qualquer necessidade, conduz a seu sacrifício, por uma equivocada idolatria da lei."¹³

Parece que, no Brasil, a elevação da retroatividade da lei benigna ao nível de garantia constitucional (n.º 4, *supra*) sugere a solução em favor da analogia *in bonam partem*. A colmatagem, pelo processo analógico, de lei que favoreça o réu significa, em verdade, a produção de lei mais benigna, que deve incidir por força da garantia constitucional. Isto porque a analogia, como se sabe, não "interpreta", e sim "complementa" a lei.

6. A terceira função do princípio da reserva legal estaria em proibir a criação de figuras penais descritas de forma vaga e indeterminada. Como disse de modo insuperável SOLER, vale o mesmo admitir o princípio da analogia, como a Constituição Criminal de Carlos V, ou dissimulá-lo criando tipos que em si próprios sejam analógicos.¹⁴ A esta pode chamar-se de função de taxatividade. O texto constitucional não dispensa qualquer observação a tal aspecto, que deve filiar-se estritamente ao ciclo da expansão lógica do princípio da reserva legal no quadro político da legalidade democrática e no quadro técnico do desenvolvimento da teoria do tipo.

7. A quarta função do princípio da reserva legal estabelece ser a lei a única fonte do direito penal, quanto às normas penais puras. Pode ser apenas entendida como proibição de que ocorra "a criação de crimes e penas pelo costume".¹⁵ Quanto a esta perspectiva, não há dúvida alguma de que o texto constitucional a fundamenta. Pode, contudo, ser também compreendida como aquilo que se chama "reserva absoluta de lei", e será conveniente apreciação à parte.

8. A antinomia entre "reserva absoluta" e "reserva relativa" de lei foi desenvolvida pelo pensamento jurídico-penal italiano, no

¹² ASSIM FRANCO BRICOLA, *L'art. 25, commi 2.º e 3.º della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La Questione Criminale*, n.º 2/3, Bologna, 1980, p. 210.

¹³ GIACOMO DELITALA, *Analogia in bonam partem*, in *Diritto Penale — Raccolta degli scritti*, Milão, 1976, Giuffrè, vol. I, p. 406.

¹⁴ *La Formulacion Actual del Principio 'No hay delito sin Ley Previa'*, no volume *Fé en el Derecho*, B. Aires, 1956, Tip. Argentina, p. 281.

¹⁵ FRAGOSO, *Observações sobre o Principio da Reserva Legal*, RDP 1/85; ROXIN, *op. cit.*, p. 111, consignando que o direito consuetudinário pode intervir "quando se trate de reduzir a penalidade".

esforço de perscrutar as últimas consequências das disposições constitucionais relativas à reserva legal (art. 25).¹⁶ A idéia de “reserva absoluta” arranca da proposição de que “a intervenção repressiva em matéria penal seja sempre o produto da dialética democrática no seio do Parlamento”, pois quando se trata de equilibrar os valores da segurança pública face à liberdade individual, deve considerar-se que “o procedimento legislativo, mesmo com suas imperfeições e lentidão, é ainda o meio mais idôneo para garantir tais bens”.¹⁷ Dessa forma, a *vox* “lei” do texto constitucional mereceria entendida como indicadora de que o Poder Legislativo, por sua representatividade, é o único detentor do poder normativo em matéria penal; segue-se que só a *lei*, em sentido formal, pode criar crimes e cominar penas, e ainda que o legislador “tem a obrigação de disciplinar *de modo direto* a matéria reservada”, escusando-se de transferir qualquer fato da disciplina a fontes distintas da lei”.¹⁸ Para uma concepção relativa de reserva, não apenas se nega o monopólio do Poder Legislativo em assuntos penais — não se questionando, pois, o decreto-lei que cria delitos e penas — como admite-se que a matéria da proibição possa ser parcialmente definida por fontes diversas da lei; poderia caber, portanto, ao legislador, fixar estruturas gerais e diretrizes, a serem complementadas, as primeiras, com observância das segundas, pelo regulamento. Aqui se colocaria a questão da constitucionalidade de certas normas penais em branco de complementação heteróloga.¹⁹

Nunca se aprofundou, no Brasil (se é que alguma vez aflorou), o debate sobre reserva absoluta e reserva relativa de lei. Difícilmente um texto pobre como o do § 16 do art. 153 da Constituição Federal poderia contribuir para o esclarecimento da questão, embora o emprego da palavra *lei* possua, no estado do direito democrático, uma sig-

¹⁶ Na Alemanha, o art. 103, inc. 2.º da Constituição não sensibilizou os juristas para debate similar; idêntica indiferença marca o tratamento que os espanhóis deferem ao art. 25, I, da Constituição de 1978. Num trabalho recente, contudo, invocando o art. 86, 1 da mesma carta, GIMBERNAT ORDEIG anotava parecer-lhe óbvio que “no es posible que un Decreto-Ley tipifique delitos y prevea penas” (*Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, Madrid, 1979, Un. Complutense, p. 23).

¹⁷ BRICOLA, *L'art. 25, commi 2.º e 3.º* ..., cit., p. 182 e *passim*.

¹⁸ MARCO SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milão, 1969, Ed. Giuffrè, p. 85. A uma “integral formulação do tipo por parte da própria lei” se refere BRICOLA (*La Discrezionalità* ..., cit., p. 233), recordando que tal concepção foi favorecida pelo advérbio “expressamente”, que consta do art. 1.º do código italiano.

¹⁹ “Não basta — ensinava PETROCELLI — que o legislador tenha manifestado a vontade de estabelecer certa limitação da liberdade no ordenamento, mas é necessário que tal limitação seja, pelo próprio legislador, determinada, no que concerne ao seu conteúdo limitativo” (*Norma penale e regolamento*, in *Saggi di Diritto Penale*, 2.ª série, Pádua, 1965, Cedam, p. 164). Note-se que o debate sobre as relações entre lei e regulamento foi especialmente estimulado na Itália pela experiência fascista (BRICOLA, *La Discrezionalità* ..., cit., p. 235).

nificação inconfundível. Mas, como se vê, temos aí uma influência do histórico e do político sobre a letra constitucional, redescobrimdo limites de garantia (com ajuda da colocação sistemática do dispositivo) contra uma indiscriminada interferência penal do estado.

9. No Brasil, conhecemos casos de aplicação retroativa de pena, dissimuladas sob a omissão do caráter penal da medida aplicada: outra coisa não foi o banimento de presos políticos cuja saída do país fora imposta como condição do resgate de diplomatas seqüestrados. Sem reserva legal, e sem processo legal, a pessoas sem qualquer nível de responsabilidade era aplicada a pena de banimento.²⁰ Também conhecemos a aplicação analógica da lei penal, e os mais lembrados são os casos em que a palavra “seqüestro”, secularmente identificada, em direito penal, com a *abductio* ou *retentio* de pessoas, viu-se aplicada a aeronaves apoderadas antes da lei incriminadora própria.²¹ Proliferaram entre nós, e subsistem, incriminações vagas e indeterminadas, merecendo relevo certas figuras típicas da lei de segurança nacional, como “devastar”, “depredar”, “praticar sabotagem”, “praticar terrorismo”, etc.²² Quanto a constituir a lei a fonte única de normas penais puras, tivemos uma enxurrada de decretos-leis em matéria penal, principalmente pela hipertrofia do conceito de “segurança nacional” ou pela dutibilidade do conceito de “finanças públicas, inclusive normas tributárias”; não se questionou em nenhum momento se a permissão constitucional incluiu normas *penais* relacionadas a esses campos, e o resultado foi um direito penal de cuja monstruosidade já se falou suficientemente.²³

10. Mais do que as famosas “três palavras retificadoras” de KIRCHMANN, os tiranos têm a possibilidade de inutilizar não só bibliotecas inteiras, mas também os séculos de trabalho humano em elaboração jurídica que há atrás delas. Por isso, tem toda razão GRASSO quando adverte ser “muito duvidosa a correção de fundar todo ou

²⁰ Correspondeu a FRAGOSO chamar a atenção para tal assunto: *Observações sobre o Princípio* ..., cit., p. 84, nota 21. Não vem ao caso examinar aqui as fronteiras que a natureza da coisa dita ao legislador: o banimento, como a privação da liberdade, os açoites e a morte, seguirá sendo *pena*, por mais que o legislador lhe confira *status* de medida administrativa, ou, por absurdo, de recompensa.

²¹ Cf. HELENO FRAGOSO, *Apoderamento Ilícito de Aeronaves*, no volume *Direito Penal e Direitos Humanos*, Rio, 1977, Forense, p. 154; ROSA MARIA CARDOSO DA CUNHA, *Caráter Retórico do Princípio da Reserva Legal*, P. Alegre, 1979, Síntese, p. 83.

²² Cf. HELENO FRAGOSO, *Terrorismo e Criminalidade Política*, Rio, 1981, Forense, p. 98; NILO BATISTA, *Aspectos jurídico-penais da Anistia*, in RDP 26/40.

²³ O TFR, no julgamento do HC 4.648, em 15 de maio de 1980, proclamou a inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 1.650/78. Por este decreto, declarava-se inaplicável aos crimes de contrabando a extinção da punibilidade baseada no pagamento de tributos. Entendeu o Tribunal, acertadamente, que não possuía validade norma penal editada pelo Poder Executivo. Sobre a matéria, cf. CELSO DELMANTO, *Da Inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 1.650/78* (RDP 27/64).

quase todo o sistema das normas penais sobre a interpretação meramente literal de uma proposição do texto constitucional, tomada sem a consideração adequada de suas conexões e referências de ordem histórico-política".²⁴

Diante da sedução do canto de sereia da idéia de *Grundnorm*, quem não quiser obstruir os ouvidos com cera, deve atar-se firmemente ao mastro, de onde veja, por sobre o pélago do sistema de normas, as relações sociais historicamente determinadas, e, a exemplo de ULISSES,

"se pedir me desateis, vós outros de pés e mãos ligai-me com mais força." ²⁵

A NOVA LEI DE SEGURANÇA NACIONAL

Heleno Cláudio Fragoso

I

1. Em 14 de dezembro de 1983 foi sancionada a Lei n.º 7.170, que vem alterar substancialmente a filosofia das leis de segurança nacional que estiveram em vigor entre nós desde 1967. No Congresso a lei foi aprovada rapidamente, pelo voto das lideranças, sem maiores discrepâncias e sem debates que contribuíssem para aperfeiçoar o projeto do Governo, retirando-lhe graves defeitos.

2. A nova lei de segurança é fruto de enorme campanha movida contra a lei anterior, na qual se empenharam os partidos de oposição e inúmeras entidades, com intensa mobilização popular. Tornou-se clara a idéia de que a redemocratização do país era incompatível com a lei em vigor, sendo evidentemente insincero o Governo que falava em abertura democrática e mantinha a lei infame e tirânica. A Ordem dos Advogados do Brasil destacou-se nessa campanha, pronunciando-se repetidamente sobre a matéria, com críticas contundentes, desde os tempos do Decreto-Lei n.º 898.¹

3. Nos últimos tempos, a lei de segurança vinha sendo aplicada pela Justiça Militar de forma draconiana, com observação estrita da doutrina da segurança nacional, o que possibilitava a perseguição de pessoas que se manifestavam contra o Governo, por fatos que nada tinham a ver com a segurança do Estado.² A substituição da lei de segurança havia se tornado inadiável.

II

4. A característica mais saliente e significativa da nova lei é a do abandono da doutrina da segurança nacional. Essa doutrina, profundamente antidemocrática, foi introduzida na lei de segurança

²⁴ PIETRO GIUSEPPE GRASSO, *Il Principio nullum crimen sine lege nella Costituzione Italiana*, Milão, 1972, Giuffrè, p. 60.

²⁵ *Odisséia*, livro XII, v. 121 (trad. ODORICO MENDES).

¹ Fizemos dois trabalhos sobre a lei de segurança, adotados pelo Conselho Federal da OAB como pronunciamento oficial. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Lei de segurança nacional. Uma experiência antidemocrática*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1980; *Id.*, "Sobre a lei de segurança nacional", *Revista de Direito Penal*, n.º 30 (1980).

² Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Advocacia da Liberdade*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 226 e seguintes.

pelo Decreto-Lei n.º 314, de 13 de março de 1967. De acordo com essa doutrina, objeto de proteção jurídica passam a ser certos objetivos nacionais permanentes, entre os quais se incluem a paz pública e a prosperidade nacional, elementos que levam a confundir a criminalidade comum com a criminalidade política. A Ordem dos Advogados do Brasil entendeu que a doutrina da segurança nacional ainda subsiste na nova lei, mas os argumentos apresentados não convencem. Afirmou-se, por exemplo, que a manutenção da jurisdição militar para o processo e julgamento desses delitos deriva da doutrina da segurança nacional. Embora se possa dizer que a Justiça Militar passou a julgar todos esses delitos em função da idéia de *guerra interna*, convém observar que as limitações da justiça ordinária para julgamento de crimes políticos têm acompanhado invariavelmente situações de perturbação política intensa e estados de emergência.³ A nossa antiga lei de segurança (Lei n.º 1.802, de 5 de janeiro de 1953) também previa a competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes contra a segurança externa, e nada tinha a ver com a doutrina da segurança nacional. A verdade é que a competência da Justiça Militar para o julgamento dos crimes contra a segurança interna foi introduzida em nosso direito com o Ato Institucional n.º 2 (art. 8.º), em 27 de outubro de 1965, como reação ao comportamento dos tribunais civis, notadamente o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de pessoas acusadas de crimes políticos. O fato constituiu fenômeno comum nos movimentos políticos, que procuram introduzir severidade na pretensão punitiva revolucionária.⁴

5. Também se alegou que a doutrina da segurança nacional subsistia na prisão cautelar, que a nova lei mantém. A prisão cautelar, no entanto, nada tem a ver com a doutrina, aparecendo no antigo Código de Justiça Militar, de 1938 (art. 132), que passou a ser aplicado aos crimes políticos desde que se adotou a jurisdição militar.

6. Afirmou-se, igualmente, que a definição vaga de certos delitos, que aparece na nova lei, é um sinal de que a doutrina da segurança nacional subsiste. Todavia, as definições vagas em matéria de crimes políticos têm sido uma constante na história do direito penal, remontando ao direito romano.⁵

7. A nosso ver, está bem claro o abandono da doutrina da segurança nacional desde a epígrafe da lei. E, muito particularmente, pela supressão do conceito de segurança nacional, que constava de todas as leis desde 1967, e sua substituição pela expressa referência a bens-interesses políticos como objeto da tutela jurídica.

³ "States of Emergency. Their impact on human rights", Genebra, *International Commission of Jurists*, 1983, 434.

⁴ Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Advocacia da Liberdade*, cit., 2.

⁵ Veja-se a definição de ULPiano para o crime de lesa-majestade, contida no *Digesto* (48.4.1, § 1.º).

III

8. A nova lei aparece com epígrafe onde se diz: "Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento." As leis anteriores limitavam-se à referência a "segurança nacional", pois, em face da doutrina que adotavam, essa expressão compreendia toda espécie de ofensa à segurança do Estado. A nova lei emprega a expressão "segurança nacional" ao lado de "ordem política e social". Na lei não há, em princípio, palavras inúteis, e por isso o intérprete deve entender que "segurança nacional" é coisa diversa de "ordem política e social".

9. A nova lei restringiu o conceito de segurança nacional, de acordo com a tendência mais liberal e democrática. Segurança nacional é o que se refere à nação como um todo, e diz respeito à própria existência do Estado e à sua independência e soberania. Trata-se de segurança *nacional*, ou seja, da nação. Ela não se confunde com a segurança do governo ou da ordem política e social, que é coisa bem diversa. Esse conceito de segurança nacional é o que prevalece no direito internacional. Quando o Pacto de Direitos Civis e Políticos permite a derrogação da garantia de direitos humanos, por motivos de segurança nacional (arts. 12 a 14, 19, 21 e 22), essa expressão significa apenas a garantia de bens relativos a toda a nação, com exclusão de atentados ao governo. Nesse sentido são os chamados "Princípios de Siracusa", aprovados em reunião de peritos convocada pela Comissão Internacional de Juristas e pela Associação Internacional de Direito Penal, celebrada na cidade de Siracusa, na Itália, em abril/maio de 1984, para o estudo das derrogações e limitações previstas pelo Pacto de Direitos Civis e Políticos.⁶

10. *Ordem política* é a estrutura política do Estado, na forma em que a Constituição a estabelece. *Ordem social* é o regime social e econômico que o sistema político estabelecido institui e tutela. A ordem política e social refere-se o que se tem chamado de *segurança interna*.

11. O art. 1.º da lei esclarece: "Esta lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão: I — a integridade territorial e a soberania nacional; II — o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; III — a pessoa dos chefes dos Poderes da União." Criticando o projeto de que resultou o texto definitivo da lei, em parecer aprovado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, sugerimos que esse art. 1.º tivesse a seguinte redação: "Esta lei prevê crimes que lesam ou expõem a perigo: I — a existência, a integridade, a unidade e a independência do Estado; II — a

⁶ O autor participou dessa reunião. Veja-se o excelente relatório do prof. BERT B. LOCKWOOD JR., JANET FINN e GRACE JUBINSKY, "Derogation and Limitation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights", p. 49 e seguintes (mimeo.).

ordem política e social, o regime democrático e o Estado de Direito". Desta forma se teria melhor especificado a objetividade jurídica desses crimes, indicando, com maior precisão, o âmbito da segurança externa e, com mais propriedade, os bens que importa preservar, no âmbito da segurança interna.

12. A referência à proteção dos chefes dos Poderes é imprópria. Ela já está compreendida na tutela jurídica da ordem política vigente e sempre se entendeu que os atentados aos governantes (quando praticados por motivos políticos) atingem a segurança interna. O que esta lei visa proteger não é a pessoa dos chefes dos Poderes da União, mas sim a segurança do Estado. A pessoa de tais chefes é protegida por outras leis penais. O que aqui se contempla é a ofensa aos interesses da segurança interna, através do atentado ou da ofensa realizados com propósito político-subversivo. Isso significa que a pessoa dos chefes dos Poderes, no âmbito de uma lei dessa natureza, é protegida de forma secundária ou reflexa.

IV

13. O art. 2.º da lei estabelece que devem levar-se em conta, na aplicação da lei, a motivação e os objetivos do agente e a lesão, real ou potencial, aos bens jurídicos anteriormente mencionados, sempre que o fato esteja também previsto em outras leis penais. Isso significa que nos crimes políticos próprios (em que a ação, por sua natureza, se dirige a atentar contra a segurança do Estado), o fim de agir (motivação política) é elementar ao dolo. Nos crimes políticos impróprios (crimes comuns cometidos com propósito político) a aplicação desta lei depende de indagação sobre os motivos (que devem ser *políticos*) e os objetivos (que devem ser *subversivos*). E depende também da existência de lesão, real ou potencial, aos bens jurídicos que a lei tutela.

14. As novas disposições são da maior importância. A característica fundamental de uma lei democrática para punir os crimes contra a segurança do Estado é, precisamente, a da previsão do fim de agir e da existência de lesão, real ou potencial, aos bens jurídicos que ela protege. Deve-se dizer que a antiga jurisprudência do Superior Tribunal Militar, abandonada nos últimos tempos, pronunciava-se sempre no sentido de exigir esses requisitos, como elementos dos crimes contra a segurança do Estado.

V

15. Na Parte Geral da nova lei aparece, ainda, uma disposição importante, sobre suspensão condicional da pena (art. 5.º), agora permitida expressamente. No regime da lei anterior, a questão era largamente controvertida, embora o Supremo Tribunal Federal houvesse concedido a medida, no caso de um deputado condenado com

base na lei de segurança. O Superior Tribunal Militar, no entanto, na linha de rigor que o caracteriza nos últimos tempos, vinha recusando a suspensão condicional, sob argumento de que a decisão do Supremo era um caso isolado. No Tribunal Militar havia, no entanto, vários importantes votos vencidos. A questão agora, com a nova lei, está encerrada.

16. Defeitos graves, porém, encontramos também na Parte Geral da lei. O art. 6.º, que prevê causas de extinção da punibilidade, dificilmente se compreende, pois o que está ali previsto já se encontra no CP Militar (art. 123). A disposição é, portanto, absolutamente inútil, e deveria ter sido suprimida.

17. Outro defeito, este muito mais grave, é o que aparece no art. 7.º, onde se prevê a subsidiariedade do CP Militar, e não do CP comum. A legislação penal militar é *especial* e se destina, basicamente, a militares, para preservar as instituições militares, a ordem, a disciplina e a hierarquia das forças armadas. É simplesmente um absurdo aplicar essa legislação a civis, a menos que atentem contra os valores que o direito penal militar visa preservar. A lei que define crimes contra a segurança do Estado é direito penal complementar e a ele se aplicam, subsidiariamente, as disposições do direito penal fundamental, que é o contido no CP comum.

18. No regime do Decreto-Lei n.º 898, a matéria foi intensamente debatida pelos tribunais, no silêncio da lei, tendo o Supremo Tribunal Federal se pronunciado corretamente, no sentido da subsidiariedade do CP comum (RTJ 76/682). A Lei n.º 6.620, no entanto, reagindo contra a jurisprudência do Supremo Tribunal, dispôs expressamente que a subsidiariedade seria do CP militar. A nova lei manteve essa orientação lamentável. É verdade que a consequência mais grave da solução adotada foi evitada, consignando-se na lei que a imputabilidade começa aos 18 anos (art. 7.º, parágrafo único). Essa disposição foi uma das poucas introduzidas pelo Congresso, e veio evitar que a imputabilidade, nos crimes contra a segurança do Estado, começasse nos 16 anos.

VI

19. Na Parte Especial da lei aparecem também defeitos graves. Tomemos, por exemplo, o art. 15, que define o crime de sabotagem, julgando que a expressão "praticar sabotagem" define com nitidez uma conduta delituosa. Uma das críticas mais constantes que se tem feito às leis de segurança que estiveram em vigor desde 1967 é a do emprego de expressões vagas e indeterminadas, que atingem, como se sabe, o princípio da reserva legal. A palavra "sabotagem" não tem significação técnica e não se sabe que atos a configuram. Essa palavra também é empregada como *nomen juris* de um crime contra a organização do trabalho. Todavia, no art. 202 CP comum, a palavra "sabotagem" não aparece como forma de ação delituosa.

Por isso, sugerimos, na crítica que elaboramos ao projeto, e a que já aludimos, que esse art. 15 esclarecesse que a sabotagem se pratica *destruindo ou danificando*. Por outro lado, parece-nos rematado contra-senso punir os atos preparatórios (art. 15, § 2.º). A punição de atos preparatórios não se encontrava nem na lei anterior, nem no draconiano Decreto-Lei n.º 898. O problema fundamental da punição de tais atos decorre de não haver critérios definidos para identificá-los, de modo que a sua punição significa estabelecer perigosa linha de insegurança para a liberdade.

20. No crime de associação subversiva (art. 16), sugerimos, sem êxito, a punição mais branda dos simples filiados. Sempre foi da tradição de nosso direito, nessa matéria, punir mais gravemente os que organizam, comandam e dirigem a associação ilícita, distinguindo-os dos simples filiados. O art. 14 do Decreto-Lei n.º 898 prestou um grande serviço, sendo (tecnicamente mal) aplicado para a punição leve de jovens que integravam, como simples filiados, associações subversivas.

21. No art. 20, onde se punem diversas ações heterogêneas, inclusive o terrorismo, encontramos uma das disposições mais defeituosas da lei. A definição legal do terrorismo apresenta dificuldades técnicas consideráveis, porque não há clara noção doutrinária do que ele significa.⁷ A nova lei é extremamente imperfeita, porque segue a linha casuística de nossas leis de segurança, misturando terrorismo com crimes violentos contra o patrimônio, com finalidade subversiva, que não constituem terrorismo. Por outro lado, a lei reproduz o defeito máximo das leis que têm estado em vigor, pretendendo definir o crime com a referência genérica a "atos de terrorismo". Isso numa lei penal é inadmissível, sobretudo porque não se sabe com segurança o que são atos de terrorismo.

22. Criticando o projeto de que resultou a lei atual, sugerimos que se desse ao art. 20 nova redação, nos seguintes termos: "Praticar atentado contra a vida, a integridade corporal ou a liberdade; causar destruição e dano, através de meios capazes de provocar perigo comum ou que conduzam à difusão de enfermidades, para a criação real ou potencial de intimidação generalizada, com finalidade político-social. Pena: reclusão de 3 a 10 anos. § 1.º — Nas mesmas penas incorre quem pratica roubo ou extorsão, para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. § 2.º — Se resulta lesão corporal grave, a pena pode ser aumentada até o dobro; se resulta morte, pode ser a pena aumentada até o triplo."

23. A emenda que apresentamos, e que foi desprezada, parecia resolver todos os problemas, sendo tecnicamente superior. Há terrorismo no atentado individual indiscriminado, contra a vida, a inte-

gridade corporal ou a liberdade das pessoas. O crime se caracteriza por causar dano considerável a pessoas e coisas; pela criação real ou potencial de terror ou intimidação generalizada, e pela finalidade político-social. Dano considerável resulta de estragos e destruição, em geral decorrente do emprego de violência contra pessoas e coisas. O terror e a intimidação resultam do emprego de meios capazes de causar perigo comum ou que conduzam à difusão de enfermidades. O emprego pela nova lei da expressão "inconformismo político" é particularmente censurável pela perigosa indeterminação, como bem demonstra a aplicação das leis de segurança que temos tido.

24. Em nossa emenda, destacamos, num parágrafo, os crimes violentos contra o patrimônio, para puni-los com as mesmas penas do terrorismo. Esses crimes se limitam ao roubo e à extorsão. Eliminamos a expressão "saquear", porque não tem significação técnica. Saquear, na linguagem comum, significa também roubar e, até, furtar, mas parece claro que na lei significaria despojar violentamente, causando dano patrimonial extenso, certamente acompanhado de outras violências a pessoas. Isso tudo, em termos de direito penal, entra no conceito de roubo.

VII

25. Os crimes de manifestação do pensamento constituem o ponto nevrálgico de uma lei desse tipo. Pode-se dizer, sem medo de errar, que a quase totalidade dos processos movidos com base na lei de segurança, depois da revogação do Ato Institucional n.º 5, refere-se a crimes de manifestação do pensamento. A nova lei apresenta sobre a anterior, nesta matéria, sensíveis modificações. Abandona-se o texto simplesmente lamentável que vinha em vigor, em favor de uma fórmula que faz sentido, se se considera a finalidade da lei. Perigosa é apenas a incriminação da propaganda (e da incitação) de luta pela violência entre as classes sociais. Essa disposição serviu indebitamente para a inclusão na lei de segurança de conflitos de terras, como a experiência demonstrou. É verdade que agora o crime depende, sem a menor dúvida, de motivação política ou de propósito político-subversivo e de lesão, real ou potencial, aos interesses da segurança do Estado.

26. A pena do crime de propaganda subversiva deveria ter sido reduzida para detenção, de seis meses a três anos. Trata-se de crime de perigo e as democracias são tolerantes com as manifestações do pensamento dos que se opõem ao sistema político dominante, punindo os abusos sem severidade. Por outro lado, a propaganda, como incitação indireta, deve ter pena menor do que a prevista para a incitação subversiva.

27. O governo anunciou largamente o propósito de retirar da lei de segurança os crimes de imprensa. Em realidade, é a imprensa que assegura a mais completa articulação democrática da opinião

⁷ Veja-se extensamente sobre a matéria, HELENO C. FRAGOSO, *Terrorismo e Criminalidade Política*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, *passim*.

pública, constituindo o principal instrumento de oposição e sobrevivência das minorias. Contrapondo-se aos regimes totalitários, onde não há, nem pode haver, liberdade de imprensa, a democracia se caracteriza pela liberdade de manifestação do pensamento sobre os atos dos governantes e sobre o rumo a imprimir ao governo da coisa pública. Essa liberdade a Constituição vigente assegura, acolhendo a tradição de nosso direito, desde a Constituição de 1824. Ela encontra na liberdade de imprensa a expressão máxima. Rui Barbosa dizia que, de todas as liberdades, é a de imprensa a mais necessária e conspícua: Sobranceia e reina sobre as demais. Cabe-lhe, por sua natureza, a dignidade inestimável de representar todas as outras.

27. Se o governo pretendeu deixar os crimes praticados através da imprensa fora da lei de segurança, não foi isso o que fez. A lei continua a prever também os crimes de manifestação do pensamento praticados através da imprensa. Isto é simplesmente lamentável. Os inúmeros abusos que tivemos, na perseguição de jornalistas, com base na lei de segurança, por fatos que realmente nada tinham a ver com a segurança do Estado, recomendariam que se deixasse fora dessa lei os abusos da liberdade de imprensa, já previstos na respectiva lei. E isso, em homenagem à significação especial que a imprensa tem num regime democrático. Por essa razão, no parecer que fizemos sobre o projeto, sugerimos a inclusão, nos artigos que tratavam de propaganda e incitação, de um parágrafo em que se deixava expresso que “não constituem meios de propaganda previstos nesta lei os jornais, revistas e livros regularmente publicados no país”. Inspiramo-nos, para essa proposta, no projeto alternativo alemão.⁸ Incluímos, como naquele projeto também se faz, referência aos livros, restabelecendo assim o que se continha na Lei n.º 1.802, segundo correta interpretação do Supremo Tribunal Federal. Os livros são instrumento de cultura e, por sua natureza, meios inidôneos para propaganda ou incitação subversiva, que se expressa com propriedade através de boletins e panfletos.

VIII

28. A nova lei de segurança representa um avanço notável que não pode deixar de surpreender os que se opõem ao sistema político em vigor. A doutrina da segurança nacional, elaborada pela Escola Superior de Guerra, parecia ser a alma do sistema. A nova lei tende a tornar raros os processos por crime contra a segurança do Estado.

29. Essa nova lei, no entanto, está longe de constituir uma solução definitiva em nosso direito, no que tange aos crimes políticos.

⁸ Art. 11 (2) do projeto alternativo, que dispunha: “Propagandaschriften im Sinne des Absatzes 1 Nr. 4 sind nicht in Erscheinungsland allgemein vertriebene Publikationen, namentlich Tageszeitungen, Zeitschriften und Bücher”. *Alternativ Entwurf eine Strafgesetzbuches, besonderer Teil, Politisches Strafrecht*, Tübingen, Mohr, 1968, 46.

Seu defeito máximo é a manutenção da jurisdição militar para o processo e julgamento desses crimes. A Constituição, aliás, estabelece a competência da Justiça Federal (art. 125, IV), permitindo, no entanto, que o foro militar se estenda aos civis para a repressão dos crimes contra a segurança nacional (art. 129, § 1.º). A evolução de nosso direito, nesta matéria, certamente conduzirá no futuro ao retorno à competência da justiça civil, pelo menos para o processo e julgamento dos crimes contra a segurança interna. Por outro lado, cumpre insistir na proposta que já fizemos, no sentido de que esses crimes voltem ao CP, constituindo o último título da Parte Especial. A experiência demonstra que a formulação de leis especiais nessa matéria é sempre inspirada pelo propósito de submeter a repressão desses crimes a critérios de particular severidade, que não correspondem a uma visão liberal. As disposições especiais de natureza processual devem ser eliminadas, especialmente as que se referem à prisão cautelar e à incomunicabilidade. Demos agora, com a nova lei, um passo largo. Temos que prosseguir na caminhada.

COMENTÁRIOS E ATUALIDADES

O PROCESSO COMO FONTE DO DIREITO PENAL ROMANO

Jorge Alberto Romeiro Júnior

Como bem demonstrou UGO BRASIELLO, insigne Professor de Direito Romano na Universidade de Bolonha,¹ o Direito Penal Romano surgiu e evoluiu com o processo penal, ao qual está inteiramente vinculado. As águias tiberinas, ao invés do que se faz modernamente, não estabeleciam uma norma penal constituída de um preceito jurídico e de uma sanção. Diante do fato concreto, entendido como lesivo à coletividade, viam a necessidade de estabelecer para ele uma repressão, criando para o mesmo uma pena, antes de qualquer cogitação de um preceito geral. E como a aplicação da pena impusesse uma forma processual, justamente através desta, iam criando o que resultou no Direito Penal Romano.

Foi o mesmo que aconteceu no campo do direito privado. Concediam aos indivíduos um meio de defesa de seus bens e, depois, é que passavam a se preocupar com a criação do direito subjetivo, uma vez que a ação, obviamente, surgia antes do último. Era, na esfera cível, o cha-

mado processo *formulario* com as suas duas conhecidas fases *in iure* e *in iudicio*, envolvendo as figuras do *praetor* e do *iudex*. As partes compareciam perante o primeiro, expunham a controvérsia e deduziam suas pretensões. O *praetor* começava por tentar a conciliação, a paz. Não logrando harmonizá-las, enviava-as ao *iudex* com a *fórmula* composta da *demonstratio* (exposição dos fatos), da *intentio* (declaração do direito argüido) e da *condenatio* (atribuição de condenar, se demonstrados os fatos), com a célebre conclusão "si paret condemna, si non paret absolvit". A *intentio* era a declaração do direito. Não havia leis. Reflexo disso atualmente, como sabido, é a "Common Law" do direito anglo-americano.

O que expusemos traduz, em outras palavras, o pensamento do brilhante mestre italiano antes citado, que é o seguinte:

"Ora, como é notório que em direito privado os próprios Romanos observaram primeiro a necessidade de conceder ao indivíduo um meio de defesa, para depois perceberem que existia um direito subjetivo, onde, em muitos casos, a ação surge antes do direito, também em direito penal

¹ In *La Repressione Penale in Diritto Romano*, Jovene, Nápoles — 1937; e "Diritto Penale. Diritto Romano", verbete do *Novissimo Digesto Italiano*, volume V, 3ª ed., 1957, p. 960/966.

foram os precursores no convencimento da imprescindibilidade de impedir ou reprimir o fato, antes de verificar se ele constituía um crime e representava a violação de uma norma. Por isso, dos dois elementos que compõem a norma penal, segundo a doutrina moderna, isto é, o preceito jurídico e a sanção, pode-se afirmar que os Romanos, na maioria das vezes, viram aquele depois que a última foi instituída. Os fatos passaram a ser considerados ilícitos para o direito na medida em que começaram a ser reprimidos, e, já que uma repressão não pode existir a não ser com formas processuais apropriadas, o desenvolvimento do direito penal está vinculado, senão verdadeiramente em relação de dependência, ao desenvolvimento do processo.”²

Dáí, não estadearem o verdadeiro espírito da época ilustres especialistas em Direito Penal Romano, como, entre outros, CONTARDO FERRINI³ e GIUSEPPINO FERRUCIO FALCHI,⁴ que focalizaram o sistema penal romano à maneira moderna, agrupando crimes, cada um com sua pena, de acordo com determinado critério, sendo que o último autor referido chegou a dividir o Direito Penal Romano em “parte geral e especial”.

Igualmente não assiste razão a outros autores que negam até a existência do Direito Penal Romano, atendendo a que as sanções e sua aplicação, segundo provas históricas, ficaram ao sabor das vicissitudes po-

líticas e da discricionariedade dos detentores do poder.

É certo que a princípio não havia penas, processo, nem fatos ilícitos determinados. Tudo dependia do arbítrio do magistrado. Existia apenas o poder disciplinar. Era a *coercitio*. No âmbito familiar era exercida pelo *pater familias* e o *dominus* com um poder punitivo juridicamente ilimitado (“*jus vitae ac necis*”), respectivamente, sobre os “*Filli in potestate*” e os escravos.

No circuito da *civitas*, exerciam a *coercitio* os magistrados (reis ou cônsules), punindo com meios aflitivos ou patrimoniais aqueles que, sobpostos ao *imperium* de Roma, desobedecessem seus mandos ou turbassem a ordem e a convivência social.

Todavia, posteriormente, com a imposição de penas a fatos isolados e o estabelecimento da indispensável forma processual para a aplicação delas, surgiram os *delicta* e os *crimina*.

Os *crimina* eram os fatos ilícitos perseguidos com processo público, acusatório (“*unicuique de populo*”) ou inquisitório, mirando ao interesse público ou do Estado, fatos esses que se distinguiam dos *delicta*, ilícitos perseguidos pelo ofendido ou lesado, sob a forma de processo privado (“*ius civile*”) como se se tratasse de uma ação contratual ou de direito privado, visando uma *poena* (condenação aflitiva ou pecuniária em favor e no interesse do ofendido, sem qualquer interesse público).

Os delitos privados do *ius civile* eram quatro:

1) o *furtum*, consistente não só na remoção da coisa, a *amotio*, mas também na *contrectatio*, ato de pôr a mão sobre a coisa, apossando-se dela com *animus domini*;

2) a *rapina*, furto cometido por “*hominis armatis coactione*”;

3) a *injuria*, ofensa não só verbal, mas real, compreendendo a *contumelia*, os “*membri ruptio, ossis fractio, adtemplata pudicitia*”, etc., e

4) o “*damnum injuria datum*” dano a escravos e a animais, infringido *corpore corpori*.

O verdadeiro Direito Penal Romano, como direito público, instituído no interesse da coletividade e não mais do ofendido, surgiu, entretanto e propriamente, com os *crimina*, aparecidos com as formas processuais que, através da história, se mostram em três períodos de evolução, distintos e sucessivos.

No primeiro período, que denominaremos INICIAL, criou o Estado as penas de morte, a de venda como escravo *trans Tiberum* e a de perda do patrimônio para o erário, a fim de punir aqueles fatos que lhe pareciam mais agressivos à coletividade ou à ordem pública, como o *perduellio* (guerra má, guerra ao povo romano, expressa, nos primeiros tempos, na colusão com o inimigo e a deserção) e o *parricidium* (morte do cidadão livre, embora não a do *pater familias*), cujas penas eram aplicadas, respectivamente, pelos *duumviri* e *quaestores parricidi*.

O processo para essas punições era o chamado processo *comicial*, pois das decisões dos *duumviri* e *quaestores* cabia recurso aos *comitia*, recurso esse instituído pela Lei VALE-RIA (500 a.C.), com a “*provocatio ad populum*”, à qual só os cidadãos romanos tinham direito.

Os ilustres Professores HÉLIO TOR-NAGHI e BENJAMIN MORAES FILHO, na prova escrita que fizeram, disputando, em concurso, a Cátedra de DIREITO JUDICIÁRIO PENAL da Fa-

culdade Nacional de Direito, filiaram a atual instituição do protesto por novo júri à “*provocatio ad populum*” dos romanos.

O segundo período é o das *Quaestiones* ou tribunais populares.

Cada *quaestio* era destinada a processar ou julgar um fato ilícito ou um grupo de fatos dele afim.

Era a *quaestio* criada por uma *lex publica* que instituía a forma processual para o julgamento de um ou vários crimes (“*Leges iudiciorum publicorum*”).

Cada crime tinha seu tribunal distinto, seu processo e sua penalidade particular.⁵

A princípio transitórios, tornaram-se, logo depois, permanentes esses tribunais. Por isso, a sua conhecida denominação histórica *Quaestiones perpetuae*.

O processo era acusatório, a acusação livre e cometida a “*unicuique de populo*”, com exceção das mulheres, menores, magistrados e os que, por indigência ou já haverem cometido um delito ou dolosamente denunciado alguém, não inspirassem confiança.

Os juízes, em número limitado, eram cidadãos não menores de 30 anos, representando o povo soberano, e escolhidos por sorteio.

O tribunal era presidido por um pretor ou outro magistrado, que se dizia *iudex quaestionis*.

O acusador pedia ao pretor para acusar (“*ut sibi liceat nomen deferre*”). Deferida a pretensão, prestava juramento de sustentar a acusação até à sentença (“*de perseveraturum*”).

⁵ Veja-se, a respeito, EDUARD LABOULAYE, *Essai sur Les Lois Criminelles des Romains*, Paris, 1845, réimpression de l'édition de Leipzig 1845, Scientia Verlag Aalen, 1973, p. 188.

² In 2ª obra cit., p. 961, trad. do Autor.

³ “Esposizione Storica e Dottrinale del Diritto Penale Romano” in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, a cura di ENRICO PESSINA, vol. I, Milão, 1905.

⁴ *Diritto Penale Romano*, 2ª ed., Pádua, 1937, XV.

in crimine usque ad sustentiam"). Em seguida, lia a acusação ("nominis delatio") e era marcado o dia para a causa ser levada diante do tribunal ("diei dictio") com tempo suficiente para a colheita das provas.

Nas *Quaestiones*, os juizes só podiam afirmar ou negar a responsabilidade do acusado. Afirmada esta, a pena imposta era a legal — sempre fixa e predeterminada — sem jogo de agravantes e atenuantes, em nada influenciando a reincidência.

As penas eram capitais (a princípio, a morte e, depois, a "acqua et ignis interdictio", o banimento, o exílio) e patrimoniais (multas, ressarcimentos e confiscos).

A primeira lei dessa "ordo iudiciorum publicorum" foi a "Lex Calpurnia" que se referia ao "Crimen repetundarum" (concussão ou, genericamente, corrupção), punido com a restituição da coisa recebida e incapacidades, como perda de direitos políticos, remoção do Senado e ineligibilidade.

Impondo a pena de "acqua et ignis interdictio" celebrizaram-se a "Lex Cornelia de Sicarii et Veneficio" e a "Lex Cornelia Majestate", ambas de SILLA. A "Lex Julia de Adulteriis Coercendis" e outras "leges iudiciorum publicorum", cujo ciclo se encerrou na época de AUGUSTO, criaram um número limitado de *crimina*, cujos principais, além dos aludidos, foram "ambitus et crimen sodaliticorum; crimen peculatus et de residuis; vis publica et privata; plagium; falsum e crimini annonari". Infelizmente, essas leis, salvo a "Lex Acilia", que previa, entre outros, o já excogitado *crimen repetundarum*, só chegaram até nós em fragmentos e referências de portes e trechos, através do Digesto.

O terceiro período, conhecido historicamente como da "cognitio extra ordinem" ou "cognitio extraordinaria", é o que melhor demonstra a tese da vinculação ao processo do Direito Penal Romano.

Quando as *leges* não contemplavam determinado fato como criminoso, ou era ele considerado delito privado ("delicta") e havia a conveniência de puni-lo com pena pública, fazia-se isso mediante o processo extraordinário, surgindo, conseqüentemente, os *crimina extraordinaria*, como, *exempli gratia*, os defluentes do "furtum" (que era da classe dos "delicta"), os *crimina extraordinaria* denominados "balnearii", consistentes no furto durante os banhos públicos (o dos "surrupadores de capas", segundo VON BAR) e "abigei", furto de gado.

Estremavam-se, dessarte, os *crimina extraordinaria* dos *delicta* e dos *crimina*, conforme se lê no Digesto (D. 48.16.3 e D. 47.20.1), pelo seguinte: Enquanto os *crimina* eram fatos ilícitos punidos pelas "leges publicorum iudiciorum" e os *delicta* infrações perseguidas pelo lesado ou ofendido, no seu próprio interesse, sob a forma de processo privado ("ius civile"), mirando a uma condenação pecuniária ("poena"), os *crimina extraordinaria* eram todos os demais novos ilícitos, criados posteriormente, embora, às vezes, consistindo na transformação de um *delictum*, que passava a ter uma pena e um processo público.

Vigorou a *cognitio extraordinaria* durante o Império com o seu despotismo.

A mutação processual não foi imediata.

Aos poucos, as *quaestiones* iam sendo substituídas pelo processo "per

jurisdictionem mandatam a principe".

AUGUSTO e TIBÉRIO conservaram a *quaestio perpetua*, mas, já aí, concomitantemente com ela, surgiu a jurisdição do Senado.

O Senado amplia a *lex* com o *senatusconsulto*, que, interpretando-a, estende os crimes previstos por ela a outras hipóteses afins, como, por exemplo, a pena de "Lex Cornelia de Falsis" (punia o falso testamento) que acabou alcançando outros casos de falsidades.

A pouco e pouco foi sendo abolida a justiça popular, substituída por juizes delegados do Príncipe, e a jurisdição do Senado terminou absorvida pelo *Auditorium Principis*.

Os *crimina extraordinaria* não devem a sua origem às deliberações tomadas pelo povo, mas aos Decretos Imperiais, às Resoluções do Senado e à interpretação jurídica. A eles não se aplica a *poena ordinaria* (fixa, determinada, insuscetível de modificação), mas uma sanção flexível, acomodável à relevância da hipótese a punir, ao critério exclusivo do juiz.

Por fim, a jurisdição extraordinária transforma-se na ordinária, em matéria criminal.

A ação penal era, então, cometida, em Roma, aos *praefectus urbis* e *praefectus pretorii* e, nas Províncias, aos *praesides* e *proconsules*, auxiliados por agentes subalternos, denominados "irenarchae, curiosi, legati, stationarii" e *nunciatores*, incumbidos de

investigar os crimes e denunciá-los aos referidos magistrados.⁶

Uma das características dessa fase processual foi o duplo grau de jurisdição, a apelação dos magistrados inferiores para os superiores, cujo mais eminente era o Imperador.

Na classe dos CRIMES EXTRAORDINARIOS podemos distinguir três grupos:

A) Os *crimina* que foram destacados dos *delicta* mais graves, para serem punidos mais rigorosamente, com pena e processo públicos. Assim, do *delictum furtum* saíram os *crimina* dos *balnearii* e *abigei*, já referidos acima, dos *saccularii* (corta-bolsas), dos *effratores* (arrombadores) e dos *expilatores* (saqueadores);

B) As novas figuras de *crimina*, como o *crimen receptatorum* (recepção), o *stellionatus* (burla, fraude) e a *venditio fumi* (simulação de influência para a obtenção de cargos públicos);

C) E aqueles que, segundo VON LISZT,⁷ resultavam da vontade do ofendido, ainda que sem especial disposição de lei a respeito, de transformar os *delicta* em *crimina extraordinaria* pela escolha, entre a "actio ex delicto" do Direito Civil e a "accusatio extra ordinem" do Direito Penal, desta última forma processual, o que parece demonstrar de maneira convincente a nossa tese, objeto deste estudo.

⁶ PESSINA, *op. cit.*, vol. III, p. 114.

⁷ *Tratado de Direito Penal Alemão*, trad. de JOSÉ HYGINO DUARTE PEREIRA, volume I, p. 17, Rio, 1899.

ARQUIVAMENTO E DESARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

Afrânio Silva Jardim

1. Introdução

O presente trabalho não pretende ser um estudo exaustivo e conclusivo da disciplina do arquivamento e desarquivamento do inquérito policial. Seu escopo é o de, após exame perfunctório do sistema vigente e do projeto em tramitação no Congresso Nacional, apresentar algumas sugestões para o aperfeiçoamento da nova codificação.

Desta maneira, procuraremos passar ao largo das grandes questões teóricas que agitam e valorizam o Direito Processual Penal. Somente nos deteremos em tais questões quando se referirem diretamente ao objeto principal do estudo.

Por outro lado, importa salientar que, nada obstante o título fazer referência tão-somente ao arquivamento ou desarquivamento do inquérito policial, tudo o que se disser aplica-se também às chamadas “peças de informação”, cuja disciplina é a mesma. Veja-se o art. 28 do Cód. Proc. Penal.

Ademais, ficaremos restritos ao arquivamento e desarquivamento no juízo de primeiro grau de investigações relativas a crimes de ação penal pública. Oportunamente, em outro trabalho, pretendemos examinar esta mesma matéria em face de crimes de

ação privada ou da competência originária dos tribunais.

Em toda interpretação ou construção que aqui se fizer estarão sempre presentes os princípios que informam o desejável e salutar “sistema acusatório”. Na verdade, somente através de um processo de partes, estruturado dialeticamente, se poderá buscar a verdade dos fatos relevantes ao julgamento da pretensão punitiva deduzida pelo autor da ação penal, sem romper com os valores democráticos inspiradores da nossa sociedade.

O Projeto de Cód. Proc. Penal, embora mantenha o juiz na função anômala de fiscalizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, afasta-o de tudo o mais que tenha pertinência com a atividade persecutória da polícia, em prol de sua indispensável neutralidade e imparcialidade. Ademais, o Projeto torna impedido o juiz que tenha, anteriormente à propositura da ação, indeferido o requerimento de arquivamento formulado pelo Ministério Público (arts. 227, § 2.º e 63, inc. III).

Fique claro, outrossim, que este estudo parte da adoção do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, que terá importante reflexo na resolução de algumas questões rela-

cionadas ao desarquivamento. Aliás, pode-se mesmo afirmar que o desarquivamento é uma consequência lógica daquele princípio.

Assinale-se, ainda, que a exigência de o arquivamento do inquérito ou das peças de informação vir a ser submetido à apreciação judicial nada mais é do que a consagração de um mecanismo de controle externo do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Caso vigorasse o princípio da oportunidade, não haveria lugar para a fiscalização do que não existe — a obrigatoriedade. Poderíamos ter sim um duplo juízo de conveniência ou oportunidade sobre a propositura da demanda penal.

2. Do Arquivamento

2.1. Conceito e natureza jurídica do arquivamento

Diante do código em vigor, o arquivamento, no primeiro grau de jurisdição, é uma decisão judicial que, acolhendo as razões do Ministério Público, encerra as investigações do fato delituoso. Dissemos decisão judicial, no sentido próprio da expressão. Vale dizer, não é um mero despacho como pode fazer crer uma leitura apressada do código. Não é sentença por inexistir processo ou jurisdição, mas simples decisão administrativa (sentido lato). Por ser oriunda do Poder Judiciário, torna-se judicial.

Não obstante a imprecisão do atual Cód. Proc. Penal e do Projeto em tramitação no Congresso Nacional, parece-nos que tal decisão de arquivamento passa a ser do Procurador-Geral quando o juiz, fiscalizando o princípio da obrigatoriedade da ação pública, lhe remete os

autos do inquérito ou das peças de informação. Neste caso, ao juiz não fica nenhuma faixa de apreciação, nada lhe restando senão determinar ao escrivão que arquive os autos, (mero ato material de colocar alguma coisa guardada em seu lugar próprio: arquivo). Na essência, o Procurador-Geral não requer, mas, sope-sando os argumentos do Promotor de Justiça, decide pela cessação das investigações, vale dizer, pelo arquivamento. Nesta segunda hipótese, trata-se de uma decisão material e subjetivamente administrativa, de natureza complexa.

Constata-se, embora de todos sabido, não haver como se confundir a decisão de arquivamento com o ato material de colocar os autos no arquivo. A decisão de arquivamento, seja do Juiz ou de Procurador-Geral, é um ato jurídico (não negócio jurídico), cujos efeitos estão previstos na lei, os quais incidem independentemente de quaisquer outras circunstâncias. O ato de colocar os autos no arquivo não tem qualquer relevância jurídica, não é fato jurídico que determine a incidência de uma norma de direito.

Destarte, se nos afigura aplicável à decisão de arquivamento toda a teoria sobre a existência e validade dos atos administrativos em geral. Tratando-se de ato regrado, todos os seus elementos deveriam ter rígida previsão legal: competência (atribuição), forma (procedimento), objeto, finalidade e motivo.

2.2. Sujeito ativo do arquivamento

Usamos a expressão sujeito ativo em um sentido amplo, pois tecnicamente se trata de saber qual o “órgão” com esta atribuição, vez que a

vontade manifestada será sempre do Estado.

O art. 17 do Cód. Proc. Penal veda à autoridade policial arquivar inquéritos policiais, ou melhor dizendo, decidir pelo arquivamento. Tal proibição é extensiva também às peças de informação, consoante se depreende da redação do art. 28 do mesmo diploma legal.

Maior precisão apresentava o art. 227 do anteprojeto, *in verbis*: “A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito nem quaisquer peças de informação”. Esta regra, pelo seu caráter impositivo, poria fim à praxe de “acautelar” sindicâncias policiais nas delegacias. Sob este aspecto, o Projeto é um retrocesso, pois volta a adotar redação semelhante ao atual art. 17. Veja o teor do art. 220 da citada proposta legislativa.

Desta forma, em face do que dispõe o art. 28 do Cód. Proc. Penal, a atribuição para decidir pelo arquivamento é do Juiz. Caso discorde do requerimento do Promotor na sua fiscalização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, a decisão de arquivamento passará ao Procurador-Geral, conforme deixamos escapar no item *supra*.

É importante notar, entretanto, que tanto o Juiz como o Procurador-Geral terão que se manifestar diante de requerimento do órgão de execução do Ministério Público (Promotoria de Justiça). É vedado ao Juiz arquivar inquérito ou peças de informação de ofício, bem como parece-nos que o Procurador-Geral não pode subtrair a formulação da *opinio delicti* do Promotor, a não ser que tenha advogado as suas atribuições ou que se trate de crime da competência originária dos Tribunais. Mesmo nestes casos,

tal arquivamento deverá ser manifestado (decidido) perante o Juiz ou Tribunal. Neste sentido o Projeto é expresso: arts. 228 e 227, § 4.º.

Lamentavelmente o atual Código de Proc. Penal e o Projeto não disciplinam a relevante questão da atribuição dos órgãos do Ministério Público, hoje entendida como verdadeiro pressuposto de validade da relação processual penal (SÉRGIO DEMORO HAMILTON, *in Reflexos da falta de atribuição na instância penal*, Rev. Justiça, 107/141 e Rev. da Proc. Geral de Justiça do E.R.J. 10/204). O Projeto parece mesmo confundir conflito de atribuição com conflito de competência.

Da mesma forma que se exige um “Promotor Legal” (com atribuição), para o oferecimento da denúncia, também se o exige para o requerimento de arquivamento, que pressupõe a possibilidade de exercitar a ação penal. Note-se que também o Juiz há de ter atribuição (não competência) para decidir pelo arquivamento, a qual ficaria subtraída se o Procurador-Geral pudesse arquivar o inquérito ou peças de informação *intra corporis*, de ofício.

2.3. Causas do arquivamento

Sob o presente título, estudaremos o problema dos motivos ensejadores do arquivamento.

Conforme ficou dito no início, somente faz sentido estudar as causas ou casos de arquivamento em sistema processual que adote o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Naqueles ordenamentos em que vigora o princípio da oportunidade (como acontece entre nós com a ação penal privada), não há que se falar em causas de arquivamento, vez que o titular da ação dei-

xa de exercer a *persecutio criminis in iudicio* ao seu mero alvedrio, com ou sem motivo expresso. Neste caso, poder-se-ia dizer que a causa do arquivamento é a própria vontade do titular da ação. Na verdade, as questões do arquivamento e da obrigatoriedade da ação penal pública são as duas faces da mesma moeda.

O vigente Cód. Proc. Penal carece de um artigo que diga claramente quando o Ministério Público deve requerer o arquivamento e, *a contrario sensu*, quando deve apresentar denúncia. Entretanto, o art. 43 elenca os casos em que o Juiz deve rejeitar a denúncia. Por via de consequência, nestas hipóteses previstas, a ação penal não deve ser proposta e o inquérito ou peças de informação devem ser arquivados. A fórmula genérica “faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”, do inc. III, reduz em muito a utilidade prática do referido dispositivo, embora se torne necessária para abranger a falta de “justa causa” e “a existência de novas provas” exigido pela Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal, como veremos a seguir.

Para nós a justa causa funciona como uma verdadeira condição para o legítimo exercício do direito de ação penal. Levando em linha de conta que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do acusado, o legislador exige do autor o preenchimento de mais esta condição para se invocar regularmente a tutela jurisdicional. Sublinhe-se que as condições da ação são requisitos para o regular exercício deste direito e não condições para a sua existência.

Assim, impõe-se que a denúncia venha acompanhada do inquérito policial ou das peças de informação,

consoante se depreende dos arts. 39, § 5.º e 46, § 1.º, todos do Cód. Proc. Penal em vigência.

In casu, mais categórico e preciso é o Projeto ao dispor, através do seu art. 211, que “a denúncia ou queixa não pode ser apresentada sem estar instruída com os autos de inquérito policial ou peças de informação que mostrem haver justa causa para a acusação”.

Desta maneira, torna-se necessária ao regular exercício da ação penal a sólida demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material do fato típico e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo este conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Ressalte-se, entretanto, que uma coisa é constatar a existência da prova e outra coisa é valorá-la. É preciso deixar claro que a justa causa pressupõe um mínimo de lastro probatório no inquérito ou peças de informação. É necessário que haja alguma prova, ainda que leve. Agora, se esta prova é boa ou ruim isto já é questão pertinente ao exame do mérito da pretensão do autor. Até porque as investigações policiais não se destinam a convencer o Juiz, mas apenas viabilizar a ação penal.

Outra condição da ação penal seria criada pela Súmula n.º 524 do Supremo Tribunal Federal, caso a ação se arrime em inquérito anteriormente arquivado por falta de base para a denúncia, *in verbis*: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz a requerimento do pro-

motor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas". Entendemos, não obstante, que tal jurisprudência sumulada nada mais é do que um outro enfoque do problema da justa causa. O raciocínio é o seguinte: se o inquérito foi arquivado à míngua de provas para justificar a acusação penal, por coerência lógica, não poderá ser formulada a denúncia sem que o autor apresente novo quadro probatório.

De tudo o que acima ficou dito, *de lege lata*, pode-se concluir que a ação penal não deverá ser intentada — e o arquivamento deve ser requerido — quando presente uma das hipóteses do art. 43 do Cód. Proc. Penal, colocando-se a justa causa como uma daquelas condições a que se refere genericamente o inc. III.

Até mesmo a ocorrência de um fato extintivo de punibilidade (art. 43, inc. II) deve motivar o arquivamento do inquérito policial. Se nos afigura juridicamente impossível julgar onde não há processo ou jurisdição, prolatar sentença em procedimento administrativo investigatório. Assim, a extinção da punibilidade deve funcionar como razões de decidir e não como o objeto do *decisum*. A decisão será sempre pelo arquivamento.

Tendo em vista que o conceito de justa causa no processo penal ainda não se encontra devidamente assimilado, bem assim a sua delimitação ou extensão, a título de mera sugestão, apresentamos redação de dispositivo que poderia ser inserido no Projeto, suprimindo-se injustificável lacuna sobre tema tão importante:

Artigo: ... — O inquérito policial e as peças de informação somente serão arquivados, na forma do art. 227, quando:

inc. I — Após a realização de todas as diligências cabíveis, carecer o Ministério Público de prova da existência da infração penal ou de indícios suficientes de sua autoria;

inc. II — Após a realização de todas as diligências cabíveis, restar manifestamente provado não haver infração penal, por ausência de um de seus elementos constitutivos;

inc. III — Estiver evidentemente extinta a punibilidade;

inc. IV — Faltar condição insuperável para o legítimo exercício da ação penal.

2.4. Arquivamento implícito

Entende-se por arquivamento implícito o fenômeno de ordem processual decorrente de o titular da ação penal deixar de incluir na denúncia algum fato investigado ou algum dos indiciados, sem expressa manifestação ou justificação deste procedimento. Este arquivamento se consuma quando o Juiz não se pronuncia na forma do art. 28 com relação ao que foi omitido na peça acusatória. Melhor seria dizer arquivamento tácito.

Arquivamento implícito também ocorre quando, embora estejam sendo investigados vários fatos penalmente relevantes em um só inquérito, o Ministério Público se pronuncia pelo arquivamento integral, embora se re-

fira apenas a um destes fatos apurados, alegando não ser caso de oferecer denúncia. Se o Juiz acolher tal requerimento e, igualmente, omitir na sua decisão aqueles outros fatos, teremos implicitamente arquivadas, ou melhor, cessadas todas as investigações. Esta hipótese é análoga à primeira acima aludida. Na espécie, temos arquivamento implícito em consequência de arquivamento expresso, porém lacunoso.

O arquivamento implícito tem duplo aspecto. Objetivo quando abrange fatos investigados não considerados na decisão. Subjetivo, quando a omissão se referir a um ou mais indicados.

Em face da Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que o aditamento à denúncia pode importar em um desarquivamento do que estava implicitamente arquivado, exigem-se novas provas para validamente fazer-se tal aditamento, muito embora na prática do foro a questão também não tenha sido devidamente percebida.

Constata-se que esta figura anômala, gerada pela deficiência do código no tratamento do arquivamento, será sempre uma consequência da omissão do Promotor e do Juiz. O primeiro promove determinada ação penal, excluindo fatos penalmente relevantes ou sujeitos (indiciados), ou requer arquivamento igualmente lacunoso, não esclarecendo por que assim o faz. O segundo, ao prolatar a sua decisão de recebimento ou de arquivamento, tacitamente concorda com a exclusão feita pelo titular da ação penal ou com a extensão ampla do arquivamento, pois não se pronuncia na forma do citado art. 28 sobre aquilo que ficou omitido.

Assim, mister seria existir uma regra expressa determinando que haja pronunciamento preciso sobre todos os fatos noticiados no inquérito ou peças de informação, seja quando do oferecimento da denúncia, seja quando do requerimento do arquivamento. Também assim dever-se-ia determinar com relação à situação de todos os indiciados. Eis aqui mais uma crítica ao Projeto, que reincide na omissão do atual Cód. Proc. Penal.

Entretanto, havendo sempre a possibilidade de tal dispositivo ser descumprido na prática, não restando dúvida de que o instituto do arquivamento implícito é artificial e danoso à defesa social, outra regra jurídica deveria explicitar que os efeitos do arquivamento somente se fariam sentir em relação ao que ficou expressamente arquivado.

Com isso, ficaria banido de nosso ordenamento jurídico um arquivamento que não foi pedido, vez que uma omissão voluntária não pode ser entendida como algo positivamente desejado. O arquivamento implícito, tal como hoje vem sendo concebido, não condiz com a realidade das coisas. É artificial.

Porém, enquanto não for sepultado o arquivamento implícito através do artigo aditivo ao Projeto em tramitação no Congresso Nacional, torna-se útil continuar com o seu estudo e exame.

É intuitivo que a importância do arquivamento implícito está diretamente ligada aos seus efeitos, com as suas consequências práticas. Veja-se o disposto no art. 18 do Cód. Proc. Penal, ampliado pela Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal.

Nem se diga que esta lacuna legislativa ficaria minimizada pelas regras constantes do art. 233, inc. I, do Projeto, as quais permitem ou de-

terminam o aditamento da denúncia para inclusão de "circunstância de fato não contida na denúncia e que configure crime diverso" e de "crime relacionado ao descrito na denúncia pela conexão ou continência".

Na verdade, tal aditamento somente poderá ser validamente feito, diz o mesmo Projeto, quando a prova destes fatos surja após a apresentação da demanda, ou, usando a expressão do legislador, quando "apurada na instrução da causa". Vale dizer, o aditamento exigirá "novas provas".

Apenas tal requisito (prova surgida na instrução) parece não ser imposto para o aditamento de inclusão de outros acusados, conforme se vê do inc. III, do art. 233 do Projeto. Diante desta regra, razoável seria entender-se impossível o arquivamento implícito no "aspecto subjetivo". Entretanto, uma indagação demonstra o equívoco deste entendimento: como aditar uma denúncia para incluir na acusação um indiciado sem lhe imputar a prática de uma conduta, ainda que de mera participação? Destarte, somos remetidos para o inciso primeiro que condiciona o aditamento a novas provas surgidas no curso da instrução da causa.

Além disto, importa colocar em relevo que estas regras sobre o aditamento somente poderiam resolver o problema do arquivamento decorrente de fatos ou sujeitos excluídos da acusação penal. Quando o arquivamento implícito for consequência de decisão de arquivamento sobre outro fato investigado no mesmo inquérito, tais normas sobre aditamento nenhum préstimo terão, porque não haverá denúncia para ser aditada.

Outro problema colocamos com as seguintes perguntas: a) somente existiria arquivamento implícito se o excluído da denúncia fosse um dos indiciados? b) qual o ato formal que daria a uma pessoa investigada a qualidade de indiciado?

O renomado professor HÉLIO TORRAGHI enfrentou toda esta problemática, diante do sistema vigente, em brilhante parecer integralmente transcrito nas suas *Instituições de Processo Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1977, vol. 2.º p. 340/345. Neste esplêndido trabalho doutrinário, dentre outras importantes assertivas, afirmou o processualista:

"Se vários são os indiciados, o arquivamento em relação a um (ou a uns) decorre automaticamente do fato de não ser ele denunciado. Neste caso, não denunciar é o mesmo que arquivar".

"A exclusão da denúncia importa em arquivamento em relação ao excluído". "A dispensa da formalidade de qualificação e identificação datiloscópica não elide a condição de indiciado. As referidas providências destinam-se a individualizar o indiciado para tornar certa a sua identidade e possibilitar a obtenção de sua folha de antecedentes".

"A autoridade policial que vislumbra a probabilidade de o indiciado vir a ser excluído da denúncia, deve poupá-lo da identificação. Isso não altera a situação de indiciado, até porque tal qualidade não exige nenhum ato formal. Ela decorre da consideração, "prima facie", das provas colhidas e, mais especialmente, dos indícios".

"Em relação ao indiciado não há necessidade de qualquer ato declaratório ou constitutivo dessa qualidade; ela decorre das circunstâncias.

Não é indiciado quem foi qualificado e identificado pelo processo datiloscópico, mas, ao reverso, pode ser feita a identificação de quem é indiciado".

"Se o promotor exclui da denúncia algum indiciado, cabe ao juiz concordar com ele ou dele discordar, porque não denunciar, o mesmo é que pedir o arquivamento em relação ao não-denunciado. E se o juiz concorda com a exclusão é porque também entende que há razões para excluir. Essas podem estar explícitas ou não o estarem por serem manifestas e resultarem da evidência do inquérito".

"Por tudo isso o Direito brasileiro estabelece um sistema de contraste (controle), pelo juiz da denúncia (art. 43) e da não denúncia (art. 28). Se o juiz concorda com o promotor, surge a preclusão, e a situação processual é inalterável sem novas provas".

"É nisso, aliás, que se funda a Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal, que será aplicável à hipótese da consulta, ainda que não se veja na exclusão um arquivamento formal, pois "ubi eadem ratio", "ibi idem ius".

Pelo exposto, há de tomar partido o legislador do futuro: ou acaba de uma vez por todas com o arquivamento implícito, restringindo os efeitos do arquivamento aos casos expressos no requerimento do Ministério Público, como sugerimos anteriormente, ou regula detalhadamente a sua ocorrência, seu objeto e efeitos.

3. Desarquivamento

3.1. Considerações gerais: conceito e natureza jurídica

O desarquivamento do inquérito policial ou das peças de informação não tem merecido por parte da dou-

trina e jurisprudência um tratamento teórico e sistemático mais profundo. Também não será esta a nossa intenção neste passo. Não temos a veleidade de supor pudéssemos preencher a lacuna através deste singelo trabalho. Procuraremos sim lançar algumas idéias ao debate, com o escopo de contribuir para o aperfeiçoamento da lei processual que está por vir. Uma coisa nos parece certa: com relação a este tema, nada é definitivo, tudo há de ser provisório.

Sobre o desarquivamento, o atual Cód. Proc. Penal tem apenas dois artigos. O art. 17 já foi objeto de nosso exame. Resta estudar o art. 18 que reza: "Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas diligências, se de outras provas tiver notícia".

A pretexto de interpretar esta regra, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar jurisprudência reiterada que veio ser resumida no verbete da Súmula n.º 524: "Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas".

Atualmente, toda questão relativa ao desarquivamento vem sendo, na prática, examinada e resolvida através da automática aplicação da mencionada Súmula, como se ela nada mais fosse do que uma interpretação extensiva do art. 18 do Cód. Proc. Penal.

Não se percebeu a real diferença entre o que está dito na norma legal e aquilo que diz a jurisprudência sumulada. Mas a diferença é notória e palpável, dando às regras campos de incidência distintos. Se não vejamos.

Enquanto o art. 18 fala em “novas diligências”, a Súmula fala em “início da ação penal”. E mais: enquanto, para estas duas situações diferentes, o art. 18 exige apenas “notícia de novas provas”, a Súmula pede a existência efetiva de “novas provas”, ou seja, provas já produzidas.

Em outras palavras: o art. 18 regula o desarquivamento, quando decorrente de carência de prova (falta de base para a denúncia), só permitindo a continuação das investigações se houver *notícia* de novas provas. Já a Súmula 524, conforme vimos na parte inicial do trabalho, tão-somente cria uma condição específica para a ação penal quando ela vier lastreada em inquérito inicialmente arquivado: novas provas. Desta diferença é que parte a nossa análise do instituto do desarquivamento.

Caso o projeto não venha a ser modificado, tudo continuará como se encontra no presente, apenas o princípio da Súmula 524 será incorporado ao texto da lei, motivo pelo que a distinção que fazemos continuará a ter absoluta relevância. Os arts. 107, § 1.º, e 538, § 1.º, regulam a retomada das diligências policiais após o arquivamento do inquérito e o art. 227, § 2.º, disciplina o exercício da ação penal, condicionando-o a novas provas em face de arquivamento anterior. Vejamos o teor destas regras jurídicas, respectivamente:

“Depois de ordenado o arquivamento dos autos do inquérito, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial pode proceder a novas diligências, se de outras provas tiver notícia”.

“Surgindo novas provas, e não estando extinta a punibilidade, o Ministério Público pode requisitar à polícia novas investigações”.

“Reiterada a promoção de arquivamento, os autos do inquérito policial serão arquivados, através de decisão do juiz, não mais se admitindo o ajuizamento da ação penal sem novas provas”.

Certo que o desarquivamento pode importar na imediata propositura da ação penal, caso as novas provas tornem dispensável a realização de qualquer outra diligência policial. Mas isso não quer dizer que estes dois momentos possam ser confundidos: desarquivamento e apresentação da demanda.

Como vimos, para o desarquivamento é suficiente a *notícia* de novas provas, legitimando o prosseguimento das investigações encerradas pela decisão de arquivamento. Já a propositura da ação penal dependerá do sucesso destas investigações, ou seja, da efetiva produção de prova nova. Sem tal requisito, faltará justa causa para a ação penal, devendo a denúncia ser rejeitada nos termos do art. 43, inc. III, do Cód. Proc. Penal, da mesma forma que seria rejeitada, se não tivesse sido requerido o anterior arquivamento.

Pelo exposto, o desarquivamento do inquérito policial nada mais significa do que uma decisão administrativa-persecutória no sentido de modificar os efeitos do arquivamento. Enquanto este tem como consequência a cessação das investigações, aquele tem como efeito a retomada das investigações inicialmente paralisadas pela decisão de arquivamento. Tratando-se de arquivamento das peças de informação, o desarquivamento poderá importar no início das investigações policiais e não na retomada do que não existia, como é intuitivo. A natureza de ato administrativo-persecutório é importante para en-

tender por que o desarquivamento não deve ficar na dependência do Juiz. Este exercerá o seu controle quando a ação for proposta, nos termos da Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal, conforme interpretação feita acima.

3.2. Sujeito ativo e procedimento do desarquivamento

Sobre estes temas nada dizem o atual Cód. Proc. Penal e o Projeto em tramitação no Congresso Nacional. Custa crer que o legislador tenha se descurado de matérias tão relevantes. Diante disto, passamos a sugerir fórmula que se harmonize com o sistema acusatório e com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Levando em linha de conta que o arquivamento, em regra, é uma decisão judicial, em trabalho anterior, sustentamos que o desarquivamento deveria ser requerido ao Juiz pelo Ministério Público. Procurávamos uma mera simetria, numa visão simplista do problema. Hoje, pensamos diferentemente, face à finalidade da intervenção do magistrado no procedimento de arquivamento, como fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Diz-se que o legislador optou pelo arquivamento judicial a fim de que, com a independência de que goza o Poder Judiciário, haja um rigoroso controle sobre o não exercício da ação pública. Com este escopo, introduziu-se o Juiz na fase pré-processual, outorgando-lhe esta função anômala de caráter persecutório. Não existisse tal obrigatoriedade de intentar a ação penal pública e este controle não teria o menor sentido. Já afirmamos isto em passagem anterior. Em outras

palavras: o sistema é no sentido de fortalecer a *persecutio criminis in iudicio*.

Destarte, o que a lei deseja é evitar ao máximo arquivamentos em casos em que a ação penal pública se apresente viável, fortalecendo-se a atividade persecutória estatal. No arquivamento, a função do Juiz é tão-somente de fiscalizar o possível descumprimento da obrigatoriedade da ação, submetendo ao Procurador-Geral a *opinio delicti* formulada pelo Promotor de Justiça.

Em sendo assim, não nos parece necessário submeter ao Juiz qualquer requerimento de desarquivamento, vez que, agora, a situação é absolutamente inversa. A retomada das investigações em decorrência de “notícia de novas provas” em nada prejudicará ou debilitará a atividade persecutória do Estado, muito pelo contrário. Note-se que o arquivamento é uma decisão *rebus sic stantibus* que, por conseguinte, não ficará infirmada ou desrespeitada pelo desarquivamento resultante de fato novo. Arquivou-se porque não havia base para o oferecimento da denúncia e inexistiam diligências a serem realizadas. Desarquivou-se porque surgiram novas pistas, notícia de outras provas. Agora, se estas novas diligências darão lastro probatório à instauração de futura ação penal isto é questão a ser examinada pelo Juiz ao receber ou rejeitar eventual denúncia, neste último caso, por falta de justa causa, (art. 43, inc. III, segundo nossa interpretação *supra*).

De outro modo, caso o desarquivamento tivesse de ser submetido ao Juiz, teríamos uma indevida intervenção do Poder Judiciário em uma mera investigação policial-administrativa, de natureza inquisitória. O

Estado-Administração, antes mesmo de manifestar a sua pretensão punitiva em juízo, ficaria coibido de preparar-se para fazê-lo. Seria mais uma função anômala (não jurisdicional) a ser outorgada ao Juiz capaz de prejudicar a sua indispensável neutralidade e imparcialidade. E a gravidade se avulta na medida em que inexistiria recurso contra tal indeferimento.

A toda evidência, com muito mais razão, não pode o Juiz decidir pelo desarquivamento de ofício. Se entendemos não poder fazê-lo mediante provocação do Ministério Público, sem ela a matéria se torna indiscutível. Note-se que o Projeto, em prol da pureza do sistema acusatório, retira do Juiz o próprio poder de requisitar a instauração de inquéritos policiais. Assim, pelo Projeto, não poderia o Juiz requisitar a retomada das diligências, desarquivando inquéritos policiais.

Saliente-se, mais uma vez, que o Juiz poderá sempre rejeitar a futura denúncia do Ministério Público baseada no inquérito desarquivado se ela não vier arrimada em novas provas. Mas, para que estas novas provas sejam apresentadas urge se permita reativar as investigações, através do desarquivamento, diante de "notícia" de novas provas (art. 18 do CPP e art. 107, § 1.º, do Projeto).

Tal controle judicial sobre o regular exercício da ação penal também há de ser feito nos casos de aditamento à denúncia que importe no desarquivamento do que ficou expressa ou implicitamente arquivado. Sobre esta questão já nos manifestamos em item anterior deste estudo. Entretanto, nesta hipótese de desarquivamento através de aditamento à

denúncia, fica patente que o seu sujeito ativo é o Ministério Público.

Por tudo isto, somos no sentido de que o desarquivamento deve decorrer de uma decisão do Ministério Público, fundada em que teve notícias de novas provas e mediante requisição de diligências específicas à autoridade policial. Se as novas provas já estiverem produzidas, somente restará apresentar a denúncia, a qual será apreciada pelo Juiz.

Embora o art. 18 não condicione a retomada das diligências ao pronunciamento do Ministério Público, se nos afigura indesejável e, até mesmo impraticável, que a autoridade policial continue na prática de atos de inquérito enquanto os respectivos autos estiverem arquivados em juízo a requerimento do Ministério Público, titular do direito de ação. Neste aspecto, é mais feliz o Projeto ao dispor que o "Ministério Público pode requisitar novas diligências, surgindo novas provas" (art. 538, § 1.º), ou melhor dizendo, surgindo a "notícia de novas provas" (art. 107, § 1.º).

A questão relativa à atribuição dos órgãos do Ministério Público para realizar o desarquivamento há de ser resolvida pelas respectivas leis orgânicas estaduais. Se estas nada dispuserem, tanto os órgãos de execução (Promotorias de Justiça) como o Procurador-Geral terão atribuição para promover o desarquivamento. Caso ele tenha decorrido de manifestação do Chefe do *Parquet*, nos termos da parte final do art. 28, somente ele deverá ter atribuição para determinar a reativação do inquérito, por uma questão de mera hierarquia institucional.

No Estado do Rio de Janeiro, a Lei Complementar n.º 28, de 21 de maio de 1982, através de seu art. 10,

inc. XXXIII, diz ser atribuição do Procurador-Geral de Justiça "requisitar autos arquivados, promover seu desarquivamento e, se for o caso, oferecer denúncia ou designar outro órgão do Ministério Público para fazê-lo". Diante da redação desta norma, parece-nos que tal atribuição é exclusiva, não concorrente com os outros órgãos de execução.

3.3. Causas do desarquivamento

Por derradeiro, resta examinar as causas que legitimam o desarquivamento, seja do inquérito policial, seja das peças de informação.

É curial que tais causas não de variar segundo o motivo ensejador do arquivamento. Desde logo, entretanto, afasta-se a incidência da citada Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal, pois ela regula não o desarquivamento, mas tão-somente o regular exercício da ação penal baseada em inquérito arquivado e desarquivado. Sobre tal aspecto julgamos já ter esgotado a matéria ao iniciar a parte final do trabalho.

Desta forma, aplicamos o art. 18 do Cód. Proc. Penal para a hipótese de arquivamento decorrente de carência de prova, ou seja, "falta de base para a denúncia". Por conseguinte, este desarquivamento somente poderá ocorrer "se de novas provas tivermos notícia". Basta a notícia de novas provas, estas serão produzidas após o desarquivamento. Isto vale também para o Projeto, tendo em vista a regra do art. 107, § 1.º.

Se o arquivamento tiver se baseado em mera valoração jurídica dos fatos demonstrados no inquérito ou peças de informação, logicamente não tem cabimento se exigir notícia ou mesmo a demonstração de novas

provas. Aqui, o arquivamento não se deu por insuficiência do conjunto probatório, mas pela redução dos fatos provados a tipos jurídicos, na feliz expressão de Eduardo Couture.

Assim, tendo havido simples erro de subsunção, à míngua de vedação legal ou existência de previsão de qualquer outro requisito, o desarquivamento se fará independentemente de qualquer outra causa que não o novo exame jurídico do resultado das investigações, tendo em vista o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. *In casu*, porque não se precisa de qualquer outra prova, ao desarquivamento se sucederá imediatamente o oferecimento da denúncia, dando ensejo ao magistrado à formulação de seu juízo preliminar sobre a admissibilidade da acusação, à luz do que dispõe o art. 43 do Cód. Proc. Penal.

Pode ocorrer ainda que o arquivamento tenha decorrido de uma avaliação jurídica correta de um fato errôneo ou falso. Não há insuficiência de prova, mas prova inverídica. Cremos que, na espécie, aplica-se a solução apresentada para a primeira hipótese: havendo notícia de prova que invalide aquela constante dos autos, procede-se ao desarquivamento para realização das diligências necessárias à produção da nova prova que infirmará a falsa. Quando da propositura da ação penal, caberá ao Juiz examinar normalmente a admissibilidade da acusação.

Todas estas considerações valem para o desarquivamento realizado através de aditamento à denúncia oferecida e que importe em arquivamento expresso ou implícito em relação ao que nela não ficou impu-
tado. Se forem necessárias novas investigações, pois apenas a instrução

criminal deu notícias de novas provas, deve o Ministério Público requisitá-las à autoridade policial para depois, se for o caso, realizar o adiamento com as necessárias novas provas, tendo em vista a Súmula 524 do STF.

Conforme esclarecemos em outras oportunidades, o Projeto também nada esclareceu sobre as causas e procedimento do desarquivamento. Vigorando a proposta legislativa em sua forma original, a perplexidade ora existente permanecerá em toda a sua extensão, motivo pelo qual julgamos oportuno suscitar o debate sobre estas tormentosas questões, mesmo sabendo estarmos pisando em terreno movediço.

Com a finalidade única de contribuir de alguma forma para o aperfeiçoamento das leis processuais e para melhor identificação das conclusões que apresentados no corpo do trabalho, destacamos algumas que reputamos de maior relevância.

4. Conclusões

a) A resolução das diversas questões relativas ao arquivamento e desarquivamento do inquérito policial e das peças de informação deverá ter sempre presente o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e o sistema acusatório, adotados pelo código vigente e indelevelmente consagrados no Projeto em tramitação no Congresso Nacional;

b) A decisão de arquivamento tem natureza administrativa, não se podendo falar em coisa julgada sem que haja jurisdição e processo;

c) O principal efeito do arquivamento é o de cessar as investigações, *rebus sic stantibus*;

d) Por ser um ato administrativo complexo, não pode o Juiz ou o Procurador-Geral arquivar o inquérito policial ou peças de informação sem que neste sentido se tenha manifestado o órgão de execução do Ministério Público (Promotoria de Justiça), sob pena de usurpar sua atribuição para formular a *opinio delicti*. O Projeto deve dispor sobre a matéria;

e) A acusação penal há de encontrar no inquérito ou peças de informação um suporte probatório mínimo relativo a indícios da autoria e existência material do fato típico, bem como de sua antijuridicidade e culpabilidade. Em caso contrário, faltar-lhe-á justa causa, que funciona como uma condição da ação penal;

f) Sendo insuprível a deficiência probatória, o Ministério Público deve requerer o arquivamento, por falta de justa causa para o oferecimento da denúncia, aplicando-se o art. 43, inc. III, do Cód. Proc. Penal, a *contrario sensu*;

g) O Projeto deve conter um artigo claro sobre os casos em que o Ministério Público deva requerer o arquivamento, conforme redação que sugerimos no corpo do trabalho;

h) O Projeto deve conter dispositivo restringindo o objeto e efeitos do arquivamento ao fato e ao indiciado expressamente referidos na respectiva decisão, abolindo, assim, o chamado arquivamento implícito;

i) O Projeto não tratou do desarquivamento de forma diversa do atual código, apenas consagrou expressamente o princípio da Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal;

j) Os arts. 18 do Cód. Proc. Penal e 107, § 1.º, do Projeto têm campo de incidência diverso da Súmula 524 do STF;

l) Os citados artigos regulam o desarquivamento do inquérito policial arquivado por carência de prova, exigindo tão-somente a *notícia* de novas provas;

m) A Súmula n.º 524 do STF e o art. 227, § 2.º, do Projeto, apenas criam uma nova condição ao exercício da ação penal que se baseie em inquérito anteriormente arquivado: novas provas;

n) A atribuição para decidir pelo desarquivamento do inquérito ou peças de informação é do Ministério Público, cabendo ao Juiz receber ou rejeitar eventual denúncia, nos ter-

mos da Súmula 524 do STF ou art. 227, § 2.º, do Projeto;

o) O Projeto deve fixar a atribuição dos diversos órgãos do Ministério Público para a realização do desarquivamento. Enquanto assim não se fizer, tal atribuição continuará regulada pelas leis orgânicas estaduais;

p) O desarquivamento somente sofre restrições quando o arquivamento tiver sido motivado por insuficiência de provas ou provas falsas. Nestes casos, basta a notícia de novas provas para a retomada das investigações.

O CURIOSO DELITO DE VIOLAÇÃO DO CÓDIGO DE BOAS MANEIRAS

René Ariel Dotti

INTRODUÇÃO

1. O projeto de Lei n.º 4.108-A, de 1980, acrescenta à Lei n.º 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social), um novo tipo legal de crime ao elenco do art. 155.

É o seguinte o texto do *disegno di legge*: "Art. 1.º. É acrescentado ao art. 155 da Lei n.º 3.807, de 26 de agosto de 1960, o seguinte inciso V:

"V — de prevaricação, previsto no art. 319, do Código Penal, com aumento de um terço da pena, prestar o servidor da Previdência Social atendimento deseducado ou deixar de prestá-lo a segurado."

"Art. 2.º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação."

"Art. 3.º Revogam-se as disposições em contrário."

2. Na justificação da proposta, o seu autor refere que o diploma n.º 3.807/60 prevê ilícitos penais cometidos no âmbito das atividades da Previdência Social ou contra ela, através de tipos particulares de sonegação fiscal, apropriação indébita, falsidade ideológica e estelionato.

Daí o interesse em "definir uma nova modalidade do crime de prevaricação, qual seja, o praticado pelo servidor da previdência que se omite

de prestar atendimento a segurado, ou que o faça de modo deseducado".

3. A *ratio legis* do projeto estaria na "excessiva burocracia nas repartições ou postos de atendimento da previdência social, bem como de fazer com que os seus funcionários entendam que não são donos da instituição. Os segurados e contribuintes pagando embora para a manutenção da instituição e para a manutenção de seus funcionários têm que, todavia, passar pelo desconforto do atendimento descortês".

4. O parecer da Comissão de Constituição e Justiça opinou pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do projeto.

PARECER

A — O problema da técnica

5. O projeto de lei se ressentia da melhor técnica legislativa. Tal vício foi reiterado na elaboração das leis penais dos anos 60/70 conforme já tem sido amplamente denunciado.

6. Existe uma vasta gama de diplomas de repressão às infrações tributárias, financeiras e econômicas no aludido tempo, que reflete o fenômeno pitorescamente definido por

NÉLSON HUNGRIA como o "prurido legisferante" que "no Brasil é coceira de urticária" ("A nova lei de imprensa" em *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, 1955, VI/265).

Em trabalho divulgado pela *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* (n.º 12) de 1966, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO se referia à "precaríssima legislação penal dos últimos tempos" para arrematar com pessimismo: "tem-se a impressão de que as leis no Brasil são hoje feitas clandestinamente e no que tange ao Direito Penal, que são feitas por leigos" (*O Novo Direito Penal Tributário e Econômico*, p. 63/64).

7. Além dos textos especificamente analisados por HELENO FRAGOSO, já tivemos oportunidade de nos referir à deficiência de outros diplomas elaborados nos anos 60/70 relativamente à ordem econômica. Alguns deles criaram novos tipos de ilícitos criminais e outros previram hipóteses de infrações administrativas e fiscais para sujeitar os seus autores a reações extrapenais. Como exemplos, podem ser mencionados:

Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962 (regula a repressão ao abuso do poder econômico); Lei Delegada n.º 4, de 26 de setembro de 1962 (dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo); Lei n.º 4.511, de 1.º de dezembro de 1964 (dispõe sobre o meio circulante); Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964 (dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias); Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias); Decreto-Lei n.º 15, de 29 de julho de 1966 (estabelece

normas e critérios para a uniformização dos reajustes salariais); Decreto-Lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966 (sobre o sistema nacional de seguros privados); Dec.-Lei n.º 157, de 10 de fevereiro de 1967 (concede estímulos fiscais à capitalização das empresas, etc.); Decreto-Lei n.º 326, de 8 de maio de 1967 (dispõe sobre o recolhimento do IPI); Decreto-Lei n.º 422, de 20 de janeiro de 1969 (altera dispositivos da Lei Delegada n.º 4); Decreto-Lei n.º 1.060, de 21 de outubro de 1969 (sobre a declaração de bens, dinheiro ou valores existentes no estrangeiro, a prisão administrativa e o seqüestro de bens por infrações fiscais); Lei n.º 5.772, de 21 de dezembro de 1971 (Código de Propriedade Industrial); Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (sociedade por ações); Lei n.º 6.435 (dispõe sobre as entidades de previdência privada); Lei n.º 6.437, de 20 de agosto de 1977 (infrações à legislação sanitária federal); Lei n.º 6.649, de 16 de maio de 1979 (regula a locação predial urbana); Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (sobre o parcelamento do solo urbano).

8. Na indicação *retro*, constante de nosso trabalho "O Direito Penal Econômico e a proteção do consumidor" (*Revista de Direito Penal e Criminologia*, vol. 33, de 1982, p. 141-42), cabe perfeitamente mencionar o Decreto-Lei n.º 66, de 21 de novembro de 1966 que deu a atual redação ao art. 155 da Lei n.º 3.807, de 26 de agosto de 1960 (que dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social).

Como se observa, os tipos legais de crime ali mencionados contêm redações defeituosas além de pecarem pelo vício de origem ou seja o critério de criminalizar por *equiparação*, como se a cada norma incri-

minadora não correspondesse uma identidade própria, uma autonomia de conteúdo e de valor.

Sem necessidade de muitos reparos à técnica legislativa, basta verificar que na descrição da conduta "equiparada" ao estelionato, o *legislador da Revolução* menciona as ações de receber ou tentar receber "dolosamente" qualquer prestação de benefício da Previdência Social. A expressão *dolosamente* seria de todo desnecessária posto não existir o estelionato em forma culposa. E depois, o tratamento penal da tentativa igual ao da consumação do delito, é uma exceção rara que o sistema do Código Penal prevê (art. 352) mas não acolhe no capítulo que disciplina os ilícitos patrimoniais. Em tais infrações a tentativa é sancionada na forma comum (CP, art. 12, parágrafo único).

9. A redação do tipo projetado não refoja dos vícios de técnica que comprometem o conjunto do art. 155 da Lei n.º 3.807/60.

Verifica-se que se procura equiparar à prevaricação (de conteúdo doloso inequívoco) — e com a pena aumentada de um terço — as condutas do servidor da Previdência Social que, no trato funcional com o segurado:

a) "prestar... atendimento de-seducado"; ou

b) "deixar de prestá-lo..."

10. Além de ser muito estranho o enunciado da ação consistente em "prestar atendimento deseducado", a segunda modalidade de conduta autoriza uma *dúvida razoável* de fundo pitoresco: a omissão consiste em deixar de prestar o... "atendimento deseducado"?

11. O dolo específico (ou o elemento subjetivo do injusto) no delito de prevaricação qualifica o motivo da conduta ("para satisfazer interesse ou sentimento pessoal"). É suficiente essa constatação para se desacolher a tentativa de equiparar ao *prevaricador* o servidor *mal-educado* ou simplesmente *omisso*.

Também sob a perspectiva do bem jurídico tutelado, a *assemelhação* é impertinente. Enquanto na prevaricação se protege a *Administração Pública*, no tipo de ilicitude projetado se iria amparar a pessoa do particular, pois como declara a *justificação*: "os segurados e contribuintes, pagando embora para a manutenção da instituição e para a manutenção de seus funcionários, têm que, todavia, passar pelo desconforto do atendimento descortês".

B — O problema da hipercriminalização

12. Os atuais movimentos de reforma do sistema positivo vêm reconhecendo a existência de um processo de descriminalização impulsionado por forças sociais com reflexos no Poder de Polícia e no Judiciário quando não se perseguem ou não se punem os autores dos *delitos de bagatela*. É a *descriminalização branca* que abrange não somente os crimes como também as contravenções de pequeno porte ofensivo. A propósito do tema, NILO BATISTA, "Algumas palavras sobre descriminalização" na *Revista de Direito Penal* n.ºs 13/14, de 1974, p. 28 e s.; RAUL CHAVES, "Advocacia e reforma penal", tese à VI Conferência Nacional da OAB, Salvador, 1976, em *Anais*, p. 183 e s.; e RENÉ ARIEL DOTTE, "Descriminalização e Criminalização", em *RF* 271/13,

quando se analisa o fenômeno da *inflação legislativa*.

13. Criminalizar a "deseducação" ou o mero relapso do funcionário no trato com o público, é conceber um direito penal totalitário no âmbito das relações entre os servidores e a população, como se o regime jurídico dos servidores públicos estivesse a necessitar da aplicação da mais grave reação prevista pelo ordenamento positivo que é a pena criminal para fazer com que a Administração funcione a contento.

A disciplina da conduta dos funcionários perante os segurados e os contribuintes da Previdência Social, pode e deve ser regulada pelo Estatuto próprio e a legislação administrativa que o complementa.

14. Em expressiva linguagem, FIGUEIREDO DIAS analisa as três proposições que entende como substanciais para orientar os rumos da Política Criminal do presente e do futuro próximo. Elas dizem respeito ao *quê* da punibilidade, à sua extensão e aos seus limites; ao *se* da punibilidade, isto é, "da definição", já não do comportamento criminal mas de sua consequência jurídica por excelência, a pena; e ao *sentido* das reações antirriminais. A primeira das proposições é assim deduzida: "*uma Política Criminal que se queira válida para o presente e o futuro próximo e para um Estado de Direito Material, de cariz social e democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de actuação ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem*" (Trabalho editado pela Ordem dos Advogados

Portugueses, sob o título *Os novos rumos da Política Criminal e o Direito Penal português do futuro*, Lisboa, 1983, p. 11).

15. Após referir-se à noção de "bem jurídico político-criminalmente útil" e à *ordenação axiológica* dos bens jurídicos num Estado de Direito material, onde toda a atividade estadual se submete à Constituição, FIGUEIREDO DIAS acentua que "a necessidade social" torna-se em critério decisivo da intervenção do direito penal: este, para além de dever limitar-se à tutela de bens jurídicos no sentido assinalado, só deve intervir como *ultima ratio* da política social. Por outras palavras, onde possam ser considerados suficientes meios não criminais de política social, a pena e a medida de segurança criminais não devem intervir" (ob. cit., p. 14/15).

16. No mesmo e preciso sentido é a lição de MUÑOZ CONDE ao tratar do *princípio da intervenção mínima*, ou seja, de que o Direito Penal somente deve interferir nos casos de ataques especialmente graves aos bens jurídicos mais importantes. As ofensas de menor expressão devem ser repelidas por outras sanções jurídicas ou extrajurídicas (*Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975, p. 59).

17. No *direito penal clássico* ou *de justiça*, movimentam-se aqueles bens relacionados "com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem como tal", enquanto que no *direito penal* chamado *secundário*, *administrativo*, *extravagante* ou *econômico social*, se manifestam os bens jurídicos que "se relacionam com a actuação da personalidade do homem enquanto *fenômeno social*, em comu-

nidade ou em dependência recíproca dela" (FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 15 e 16).

18. O "atendimento deseducado" do funcionário ou a omissão em prestar atendimento não constituem formas graves de ofensa a nenhum bem jurídico, esteja ele gravitando em torno do direito penal clássico ou do direito penal secundário.

C — O problema do conteúdo da culpa

19. Não basta, para a caracterização (integral) de uma conduta como criminosa, que ela seja tipicamente antijurídica. A culpa é o fundamento e o limite da medida da pena, conforme exigência dogmática contemporânea (*nulla poena sine culpa*). O princípio vem formalmente consagrado em sistemas positivos recentes como os códigos penais da Áustria (1974) e da Alemanha Ocidental (1975) dispondo que a culpa do autor é a base fundamental para a medida da pena.

20. A afirmação dogmática da culpabilidade como elemento radical e conceitual do delito caracteriza um divisor de águas entre os tempos antigo e moderno do Direito Penal quando, em relação ao primeiro, bastava o simples evento ofensivo, o *exitus* para se impor a reação penal (a pena em função do resultado).

A libertação do primitivo estágio da responsabilidade objetiva, se ainda não se completou de todo, constitui forte tendência dos diplomas penais da atualidade, vedando a punição pelo resultado objetivamente mais grave se, em relação a ele, o agente não o houver causado, pelo menos, culposamente (Código Penal

brasileiro, de 1969/1973, Projeto n.º 1.656-B, de 1983, art. 13).

21. A culpa é a base e a medida da pena. Mas nem toda culpa pode sujeitar o *culpado* à imposição de pena. É necessário que ela resulte de um juízo de valorização que considere adequado o tipo de reação imposta como um corolário lógico do princípio de proporcionalidade.

22. Dissertando sobre o princípio da culpa frente à Constituição, JOSÉ DE SOUZA E BRITO salienta que o princípio se deduz da dignidade da pessoa humana e do direito à liberdade. "Significa", diz ele, "que a pena se funda na culpa do agente pela sua ação ou omissão, isto é, em um juízo de reprovação do agente por não ter agido em conformidade com o dever jurídico, embora tivesse podido conhecê-lo, motivar-se por ele e realizá-lo. A culpa pressupõe a consciência ética e a liberdade do agente, sem admissão das quais não se respeita a pessoa nem se entende o seu direito à liberdade. Implica que não há pena sem culpa, excluindo-se a responsabilidade penal objectiva, nem medida da pena que exceda a da culpa. Mas já não significa que toda a culpa seja punida" ("A lei penal na Constituição" trabalho divulgado na Coletânea *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, 1978, vol. II, p. 200, grifos nossos).

23. O princípio da culpa é reconhecido pela dogmática contemporânea, sob dois níveis: a) a *nível da tipicidade*, o princípio significa que não há conduta típica que não se subsuma às formas do dolo ou da culpa *stricto sensu*; b) a *nível da culpabilidade*, o princípio se expressa com a fórmula "não há pena sem reprovabilidade" (EUGENIO RAÚL ZAFARONI, *Tratado de Derecho Penal*,

parte geral, Buenos Aires, 1981, vol. III, p. 424).

A culpabilidade, na concepção normativa é, portanto, um juízo; ela se consubstancia numa valorização estranha à consciência do sujeito ativo embora apoiada em elementos que nela se encontram. A culpabilidade não é somente a vontade referida a um fato que não deveria ter sido praticado, mas é uma vontade que não deveria ter existido: "*essa non è tanto voluntarietà dell'illecito, quanto volontà illecita*" (BETTIOL, *Diritto Penale*, Pádua, 1982, 11.ª ed., p. 384; "O problema da culpabilidade" em *O problema penal*, trad. de Fernando de Miranda, Coimbra, 1967, p. 151).

24. O "atendimento deseducado" ou a falta de atendimento burocrático não revela um conteúdo de culpa suficiente para merecer o juízo de reprovabilidade jurídico-penal.

Ampliar-se, forçadamente, um suposto "juízo de censura" à margem do senso comum na avaliação das condutas humanas — mesmo que se o pretenda fazer através da lei —, implica em elevar ao máximo o rigor punitivo sem um antecedente de transgressão (social, ético, político,

econômico ou cultural) que o justifique.

25. Em suma, punir-se criminalmente a vontade no "atendimento deseducado" ou a vontade em não prestar atendimento burocrático é o mesmo (embora por tráfego inverso) que tentar punir o riso como forma de desacato.

O assunto, à parte de sua imamente hilariedade, mereceu oportunas considerações de NILO BATISTA (*Revista de Direito Penal*, n.º 19/20, de 1975, p. 111 e s.) analisando o *affaire* ocorrido no interior de São Paulo quando um magistrado prendeu por desacato o advogado porque rira do indeferimento de suas repreguntas. Na análise do caso foi posto em destaque o preciosismo da decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu não ser possível através do *habeas corpus* decidir aquela matéria, por ser complexa, ou seja, dependente de "cuidadosa incursão no campo probatório" para se investigar a natureza, as circunstâncias e o objetivo do riso. Do *riso doloso*.

CONCLUSÃO

26. Em face do exposto, entendemos que o projeto de Lei n.º 4.108-A, de 1980, não pode ser aprovado.

A VIOLÊNCIA ESTRUTURAL E INSTITUCIONAL DA SOCIEDADE CAPITALISTA E A CRIMINALIDADE

Orlando Soares

SUMÁRIO: 1. Introdução. Conceito de violência. 2. A violência estrutural e institucional da sociedade capitalista. 3. A Teoria Crítica do Controle Social na América Latina. 4. A ideologia da Segurança Nacional. 5. O abuso de poder: a violência do ponto de vista da criminalidade econômico-financeira. 6. Conclusão.

1. Introdução

Conceito de violência

De maneira geral, os mestres burgueses conservadores — publicistas, constitucionalistas, politicólogos, criminalistas e outros — sempre enfocaram o tema da violência do ponto de vista das classes proprietárias, exploradoras, economicamente fortes e politicamente dominantes.

Dessa forma, esses mestres assumiram o papel de teóricos e defensores por excelência não só da ordem capitalista vigente, como dos interesses dos respectivos titulares do direito de propriedade dos meios e instrumentos de produção — terra, ferramentas de trabalho, maquinaria, transportes, instalações, recursos financeiros, tecnologia etc. —, como um direito considerado sagrado, intocável, de natureza “divina” mesmo, devendo assim ditos direitos ser resguardados a todo custo, contra as

eventuais investidas e reivindicações de natureza mais ou menos socializantes, de interesse coletivo.

Filosoficamente, no conceito de Régis Jolivet, ex-decano da Faculdade Católica de Filosofia de Lion, a violência constitui “força exterior que obriga a realizar um ato que repugna à vontade”; daí, pois, a escravidão representar “o estado de uma pessoa que é possuída por uma outra como uma coisa ou um animal e que depende em tudo de seu proprietário”, estado esse “contrário à lei natural, pois transforma a pessoa humana em um puro meio, quer dizer, numa coisa a serviço de seus semelhantes” (*Curso de Filosofia*, Agir, 1953, p. 391 e 421).

Entretanto, as concepções desse filósofo católico discrepam frontalmente das tradicionais posições da Igreja Católica, desde quando essa instituição passou a sofrer marcante influência por parte das classes senatoriais, das famílias abastadas e de seus teóricos, que foram conquistando os principais postos de direção dessa entidade, sobretudo após o reinado do Imperador Constantino, que não era cristão, mas concedeu o Édito de Milão (313 d.C.), que, por medida política de pacificação, reconheceu ao cristianismo o mesmo status das outras religiões: “A liberdade de religião não pode ser coagida: é preciso permitir

a cada pessoa, obedecer, nas coisas divinas, aos ditames de sua consciência. É por isso que demos aos cristãos a absoluta liberdade de seguir sua religião.”

Acontece, porém, que a essa altura, de instituição oprimida, que congregava gente humilde, escravos, perseguidos etc., a Igreja tornara-se organização político-econômica forte, possuindo vastas áreas territoriais, passando a defender a escravidão, preparando assim o caminho para a hegemonia, que o papado exerceu mais tarde, como única instituição, que restou do Império Romano do Ocidente, como lembramos noutro trabalho (*Curso de Direito Internacional Público*, 1979, p. 68 e ss.).

No Concílio de Grangra, por exemplo, em 324 d.C., estabeleceu-se que, “se alguém, sob pretexto de piedade religiosa, ensinasse ao escravo a não estimar a seu senhor ou a fugir do serviço, ou ainda a não trabalhar de boa vontade e com toda vontade, que recaia sobre ele o anátema” (Wallon — *Histoire de l'Esclavage*, Tomo III, p. 334).

O monge Agostinho declara: “A missão da Igreja não é fazer os escravos livres, mas fazê-los bons”. Para ele a escravidão era apenas a consequência do pecado, um sofrimento para o pecador, uma expiação para o justo.

Ambrósio (340-397), considerado um dos “doutores” da Igreja, afirmou: “A servidão é um dom divino”, como salientamos noutro trabalho (*Direito de Comunicação*, 2.^a ed., 1975, p. 320).

Na verdade, com o advento da propriedade privada, da escravidão e da exploração do homem pelo homem, foi preciso engendrar toda uma concepção acerca da ilicitude de condu-

tas humanas, como forma de garantir as diferenças de riqueza entre os homens e reprimir toda e qualquer manifestação de inconformismo, com a opressão, repressão e violência, praticadas pelas classes economicamente fortes e politicamente dominantes, exploradoras, que controlam o poder público, o Estado.

Teve razão Rousseau, quando afirmou: “O primeiro homem que, tendo cercado um pedaço de terra, botou na cabeça que “isto é meu” e encontrou gente suficientemente simples para acreditar-lhe, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras e assassinatos; quantas misérias e horrores seriam poupados à espécie humana se alguém tivesse destruído as cercas delimitadoras e dito a seus companheiros: “Tende cuidado em crer neste impostor; estais perdidos se esquecerdes que os frutos da terra a todos pertencem e que a terra em si não é de ninguém” (*Discurso sobre a Origem e Fundamento da Desigualdade entre os Homens*, 1753).

Juridicamente, violência é o constrangimento, físico ou ficto, exercido sobre a vontade de alguém, para obrigá-lo a submeter-se à vontade de outrem. É qualquer força material, ou moral, empregada contra a vontade, ou liberdade, ou resistência da pessoa ou coisa, representando o mesmo que coação.

Segundo Hungria, entende-se “por coação o emprego de violência física (*vis atrox, vis absoluta, vis corpori illata*) ou moral (*vis compulsiva, vis conditionalis, vis animo illata*) para constranger alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Diz-se *irresistível* quando não pode ser vencida pelo coagido, suprimindo-lhe a possibilidade física ou a liberdade de agir

contra a vontade do coator." (Comentários ao Código Penal, vol. 1.º Tom. 2.º, 1955, p. 251.)

Entende Soler que somente o constrangimento moral deve ser chamado "coação", não compreendendo esta a violência física: "Há que distinguir, firmemente, a coação (*vis compulsiva*) da violência física (*vis absoluta*), pois, neste último caso, supõe-se que o violentado atua exclusivamente como corpo, como objeto passivo ou como instrumento, por meio do qual um terceiro executa o crime" (*Derecho Penal Argentino*, II, p. 95), entendimento esse, que, segundo Hungria, parece colidir com o próprio sentido léxico da palavra "coação" (ob., vol. tom. e p. cit.).

Do ponto de vista da Ciência Política, há numerosas controvérsias acerca do conceito de violência, a qual equivale à idéia de interrupção duma "evolução sensata", citando-se, como exemplos, os atos terroristas, os golpes de Estado, as insurreições, revoluções etc., o que tem ensejado, nos dias atuais, o reforço dos chamados órgãos de segurança nacional, para salvaguardar o *status quo* político e social (Paulo Bonavides, *Ciência Política*, Forense, 3.ª ed., 1976, p. 507 e ss.).

Uma vez conceituada a noção de violência, na forma acima exposta, passemos ao tema central do presente trabalho, ou seja, a violência estrutural e institucional da sociedade capitalista e os seus reflexos sobre a criminalidade.

2. A violência estrutural e institucional da sociedade capitalista

As relações de produção da sociedade capitalista, isto é, as relações

entre os homens, no tocante às forças produtivas, organização, produção e consumo de bens, regime da propriedade dos meios e instrumentos de produção, política salarial etc., podem ser apreciadas sobre vários aspectos — sociológico, jurídico, filosófico, econômico —, pois ensejam consequências as mais diversas, especialmente a violência.

Na linha desse raciocínio, salienta Juarez Cirino dos Santos que a violência resultante do modo de produção capitalista pode ser estudada em duas categorias principais:

a) a violência estrutural, que compreende toda violência ligada às relações de produção dominantes, ou seja, o regime de exploração do homem pelo homem, portanto, sob a forma de violência econômica, violência econômico-financeira, exercidas pelas classes economicamente fortes e politicamente dominantes, cujos interesses estão interligados aos das multinacionais, que controlam os principais setores da economia: alimentos, medicamentos, energia, transporte, bens de consumo etc.;

b) a violência institucional é aquela resultante, direta ou indiretamente, das instituições políticas e jurídicas do Estado, como tais entendidos os aparelhos do poder organizado, isto é, os órgãos da administração pública, de repressão policial, judiciária, militar, penitenciária (*As Raízes do Crime*, Forense, 1984, p. 85 e ss.).

No caso específico da violência estrutural brasileira, alinha o referido autor uma série de dados realmente impressionantes, acerca da deterioração crescente das condições de vida e de trabalho do proletariado brasileiro, a saber: 70% da força de trabalho não consegue alimentar a fa-

mília com os salários obtidos na jornada normal de trabalho, sendo obrigados a ampliar essa jornada para 11-12 horas, e, em muitos casos, a ampliação da jornada de trabalho para suprir as necessidades básicas de alimentação oscila entre 14-16 horas; as próprias empresas planejam arbitrariamente a produção tomando como base de cálculo uma jornada de trabalho entre 11-12 horas, ou seja, 1/3 a mais do que seria necessário para o trabalhador, em condições normais, obter o mínimo indispensável para reproduzir-se como trabalhador e procriar a família, como fonte de renovação permanente da força de trabalho consumida nos processos produtivos; os níveis de acidentes de trabalho, nos processos produtivos do capitalismo brasileiro, são os mais altos do mundo, atingindo a casa dos 3 milhões de acidentes de trabalho anuais, com resultado de morte ou de lesões graves; as condições gerais de vida do trabalhador brasileiro são as piores possíveis, ou seja, as condições de saúde são as mais precárias, principalmente pela subalimentação crônica, que produz o aniquilamento físico e mental; a mortalidade infantil é superior a 300 mil crianças, antes do primeiro ano de vida; no tocante à habitação, suas condições são as mais indignas possíveis, em meio à promiscuidade das favelas, palafitas, inexistência de água encanada e de sistema de esgoto, em moradias construídas em terrenos alagados, mangues, ensejando tragédias, como a que ocorreu recentemente, na Vila Socó, em Cubatão (São Paulo), localidade essa em que passava um oleoduto, cujo vazamento provocou um incêndio, que destruiu cerca de 800 barracos, ceifando numerosas vidas (*Folha de São Paulo*, 28-2-84).

Salienta ainda Juarez Cirino, que, segundo estimativas, existem mais de 50.000.000 (cinquenta milhões) de brasileiros literalmente passando fome; no setor da educação, não existem escolas para os filhos do trabalhador; os menores analfabetos, com idades compreendidas entre 6-17 anos atingem a assustadora cifra de ... 20.000.000 (vinte milhões), em parte porque a verba real destinada à educação é de 6% do orçamento da União, enquanto a Constituição exige 20% desse orçamento para aquele fim; na área da saúde, o abandono é total, desde a idade pré-escolar, pois, os postos de assistência médica são absolutamente insuficientes, daí por que o governo da União encontrou como única saída a indicação da esterilização, como medida de controle do aumento da população miserável, que atinge a cifra alarmante de 100.000.000 (cem milhões) de brasileiros (ob. cit., p. 91-93).

Indiscutivelmente, a maior ou menor incidência de doenças num país reflete as suas condições sanitárias, higiênicas, alimentares etc., decorrentes da conjuntura político-econômico-social, sendo expressivos a respeito os alarmantes índices de incidência de doentes no Brasil, segundo dados de 1977, a saber: doenças — chagas, 10.000.000; esquistossomose, 12.000.000; ascaridíase (Vermínose), 56.000.000; ancilostomíase (Vermínose), 27.000.000; tuberculose, 500.000; infectados com tuberculose, 35.000.000; hanseníase, 150.000; doentes mentais, 10.000.000; câncer, ... 520.000; cegueira, 500.000; problemas de visão, 35.000.000 (*Rev. Bras. de Ciências Jurídicas*, n.º 1, 1981, p. 103).

No tocante ao proletariado urbano, submetido à violência permanen-

te do modo de produção capitalista, estima-se o seu número em 12.500.000 de trabalhadores, enquanto o proletariado rural, submetido permanentemente a essa violência estrutural, é estimado em 4,9 milhões, ou seja, 1/3 da força de trabalho agrícola.

Na área rural, devem ser acrescentados os assalariados temporários, chamados "bóias-frias", trabalhadores rurais esses que vivem nas periferias dos centros urbanos, sendo que a sua integração nos processos produtivos é eventual, ocorrendo somente nas épocas de maior atividade agrícola (geralmente nas colheitas), e que correspondem à categoria mais aniquilada da classe trabalhadora brasileira, atingindo, aproximadamente, 10 milhões de pessoas; esses trabalhadores estão, ainda, sujeitos à expropriação por parte dos intermediários ou contratadores dos serviços, junto aos empresários agrícolas, intermediários esses cuja alcunha — "gatos" — bem identifica a sua ação rapiante (Juarez Cirino — ob. cit., p. 92-93).

No que concerne à violência institucional, ela se enraíza nas matrizes legais do Direito Penal, se desenvolve nas linhas do Direito Processual Penal e culmina no Sistema Penitenciário, em que os poderes legislativo, judiciário e executivo do Estado se concentram para garantir os fundamentos e o funcionamento da sociedade capitalista, num fenômeno em que as instituições políticas e jurídicas do Estado se fundem, na realização de uma tarefa comum: o processo de criminalização, repressão e punição, como formas de sustentação estrutural e institucional do sistema de dominação e exploração do capitalismo.

Em síntese, a violência institucional é resultante da atuação dos aparelhos do poder organizado das classes exploradoras, economicamente fortes e politicamente dominantes, que impõem as normas e a disciplina das relações sociais, em proveito daquelas, por meio das instituições jurídicas do Estado (ob. cit., p. 96 e ss.).

Em outras palavras, os princípios acima examinados correspondem àquilo que constitui os fundamentos da Teoria Crítica do Controle Social na América Latina, como veremos adiante.

3. A Teoria Crítica do Controle Social na América Latina

Evidentemente, as críticas e a análise acerca das bases do sistema de exploração econômica e dominação política do capitalismo e seus reflexos sobre a criminalização e repressão penal não escaparam aos fundadores e principais teóricos do marxismo, embora não o tenham feito de forma sistemática, pois isso competiria, especificamente, aos criminólogos, através da construção da teoria, que se convencionou chamar de controle social.

Em outras palavras, o controle social — especialmente o de natureza penal — é imposto às massas exploradas, segundo as normas e os interesses das classes exploradoras, economicamente fortes e politicamente dominantes, quer através do processo de criminalização — da greve, das práticas sindicais, da manifestação do pensamento etc. —, quer em seus aspectos processuais repressivos, propriamente ditos, ou seja, a repressão política, policial e militar.

Tal panorama, por certo, se apresenta sob múltiplos aspectos, dentro

do quadro da organização social, do modelo econômico existente, das estruturas jurídicas e outras, com particularidades específicas, acessórias — não fundamentais —, em cada país latino-americano, o que enseja, do ponto de vista criminológico, a elaboração daquilo que Lola Aniyar de Castro propõe se denomine Teoria Crítica do Controle Social na América Latina, em substituição às concepções e aos postulados da Criminologia Tradicional.

Com efeito, partindo-se das propostas dessa Teoria Crítica, conclui-se que, até então, a Criminologia vinha exercendo, não uma função de investigação científica renovadora, capaz de propor mudanças na estrutura social, mas, fundamentalmente, um papel conservador, uma função legitimadora do *status quo*, isto é, do sistema de ilegalidades, opressão, exploração econômica e injustiças sociais, que têm caracterizado os diferentes regimes políticos, no curso da evolução humana.

É evidente que a situação e as particularidades diferem, em relação a cada sociedade, no tempo e espaço, inclusive, na atualidade, no que diz respeito à problemática específica dos países desenvolvidos e dos subdesenvolvidos.

Contudo, as realidades sociais da América Latina, ainda que diversas entre si, respondem a uma lógica uniforme, ditada pela política que divide o mundo em países centrais (desenvolvidos, industrializados) e periféricos (subdesenvolvidos ou em desenvolvimento), dentre estes, os latino-americanos, que, malgrado tal condição, têm intrinsecamente, não só possibilidades materiais, mas também capacidades individuais, que lhes permitem converter-se numa força ho-

mogênea, a fim de fazer valer os interesses dessa região.

Esta corrente de pensamento representou, sem dúvida, a chave para o questionamento da Criminologia Tradicional, abrindo amplas perspectivas para a Nova Criminologia, a Criminologia Crítica ou Radical (Lola Aniyar de Castro, *Conocimiento y Orden Social: Criminología como Legitimación y Criminología de la Liberación* — Instituto de Criminología, Universidad del Zulia, Venezuela, 1981).

A propósito, nesse mesmo contexto se insere o tema A Educação como Mecanismo de Controle Social Informal, previsto para discussão por ocasião do II Encontro do Grupo de Criminologia Crítica Latino-Americano, a realizar-se em agosto de 1984, na cidade de Medellín, na Colômbia. Como se vê, esse tema é da maior amplitude, abrangendo, por exemplo, a legislação sobre educação, análise da ideologia transmitida na escola, jogos infantis, estereótipos nos mestres, processos de estigmatização etc.

Em síntese, tudo isso leva à confirmação do enunciado marxista, segundo o qual *as idéias dominantes são as da classe dominante*, enunciado esse que parte do princípio genérico segundo o qual as relações de produção (infra-estrutura) é que determinam a superestrutura ideológica, ou seja, o conjunto de ideologias dominantes, do ponto de vista político, moral, religioso, educacional, econômico, jurídico, artístico etc.

Quer dizer, em cada época e em cada sociedade, a organização da produção, o sistema de trabalho, as concepções sobre o direito de propriedade e outros constituem as bases em que se apóiam as ideologias e as estruturas políticas, jurídicas, religiosas

dominantes, condicionando o modo de vida e a maneira de pensar.

Mas, se é verdade que o modo de vida determina a maneira de pensar, esta também influi sobre aquele, provocando constantes impulsos e movimentos no sentido de renovação e mudanças sociais, culturais, científicas e outras, impulsos e movimentos esses que constituem os mecanismos da milenar luta do novo contra o velho.

Na atualidade, pode-se dizer que a principal força — o guante —, que dificulta o livre curso das discussões ideológicas, no esforço de renovação cultural, política, jurídica, é a chamada Doutrina da Segurança Nacional, que constitui a superestrutura ideológica por excelência, que garante a permanência dos regimes militares, declarados ou dissimulados, na América Latina, ideologia essa cujas principais características examinaremos adiante.

Saliente-se, desde logo, que essa ideologia constitui, indubitavelmente, uma das fontes alimentadoras das práticas, que traduzem a violência estrutural e institucional dos regimes militares latino-americanos, na atualidade.

4. A Ideologia da Segurança Nacional

Como salienta Joseph Comblin, o fato que mais conhecemos sobre os sistemas militares latino-americanos, na atualidade, é a sua permanente prática da violação, quase institucionalizada, dos Direitos do Homem, levando ao desaparecimento das liberdades democráticas e dos direitos individuais.

Embora a natureza dos regimes militares latino-americanos, nos diferentes países, revele algumas particularidades nacionais, demonstra, no entanto, sua inspiração numa fonte comum: a chamada Doutrina da Segurança Nacional.

Um fato é incontestável: na atualidade, essa Doutrina vem diretamente dos EUA, embora tenha antecedentes europeus, em suas origens longínquas, ou seja, na Alemanha e na França, antecedentes esses que serviram de ingrediente para a elaboração da concepção do Estado autoritário, militarista e corporativista, base comum no nazi-fascismo, que inspirou diversos regimes similares, como o Estado Novo no Brasil, em 1937.

A viga mestra da Doutrina consiste na idéia de que as instituições militares, os órgãos de segurança nacional e a Justiça militar são os mentores e guardiães dos objetivos nacionais permanentes (integridade territorial, segurança nacional, poder nacional, estratégia nacional), destinados à manutenção do *status quo* capitalista, tendo em vista a *bipolaridade*, isto é, a concepção de que o mundo está dividido em dois campos antagônicos, em permanente conflito: de um lado, a civilização Ocidental, na qual está engajada a América Latina, e, de outro, os países socialistas.

Cronologicamente, essa Doutrina surgiu na época da "guerra fria", desenvolvendo-se e conquistando adeptos nos diversos países latino-americanos, de forma sistematizada, principalmente através do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR), assinado no Rio de Janeiro, em 1942, e que ainda rege as relações entre os exércitos americanos.

Nesse contexto, numerosos oficiais das Forças Armadas dos países latino-americanos passaram a frequentar centros de estudos militares, nos EUA e noutros pontos do Continente, como no Forte Gulick, na zona do Canal do Panamá, onde esteve, por exemplo, o general Pinochet, chefe da Junta Militar do Chile.

Aos poucos, a Doutrina foi sendo elaborada, inclusive com a colaboração de autores, dos diversos países latino-americanos, como brasileiros, argentinos, chilenos etc.

No Brasil a Doutrina foi enriquecida com os estudos dos generais Meira Mattos e Golbery do Couto e Silva. Na Argentina, fundou-se, com esse propósito de aperfeiçoamento doutrinário, o Instituto de Estudos Geopolíticos; no Uruguai, o Instituto Uruguai de Estudos Geopolíticos; no Chile, a Academia Superior de Segurança Nacional, instituições essas que divulgaram diversos trabalhos.

Por seu turno, a participação do Brasil na II Guerra Mundial possibilitou a aproximação de chefes militares brasileiros com os seus colegas norte-americanos, desenvolvendo-se, a partir daí, estreitas relações de amizade e intercâmbio profissional, especialmente por parte daquele que, mais tarde, com a deposição do presidente João Goulart, se tornou o presidente da República, marechal Humberto de Alencar Castelo Branco, que fora chefe do Estado Maior das Forças Armadas, até o momento da deposição daquele governo, em 1964.

É inquestionável a transmissão das experiências e concepções dos chefes da Escola de Guerra norte-americana em relação à Escola Superior de Guerra (ESG) brasileira, através da Comissão Conjunta de Defesa Brasil-Estados Unidos, com o

objetivo de trocas de alto nível em assuntos de segurança, o que aliás não encontra similar, em outros tratados bilaterais na América Latina.

Segundo o Conselho dos Chefes de Estado-Maior dos EUA, "a guerra generalizada é o conflito armado entre grandes potências, na qual os recursos totais dos beligerantes são postos em ação, e na qual a sobrevivência de uma delas representa um perigo". Quer dizer, segundo essa concepção, uma guerra entre os EUA e a URSS não poderia ser senão uma guerra generalizada.

Nesse contexto, a guerra contemporânea se apresenta sob a forma de "guerra fria", que se tornou um pretexto para tudo o que acontece ou possa acontecer sobre a face da Terra.

Foi também nos EUA, que se formou a idéia da guerra revolucionária, aspecto predileto dos militares latino-americanos, e pretexto para ver, em qualquer manifestação popular, movimentos guerrilheiros, guerrilha urbana ou rural. Em outras palavras, potencialmente, no próprio povo se encontram os inimigos dos objetivos nacionais permanentes, da ordem, do sistema capitalista, do estabelecimento, ou seja, o complexo político-industrial-militar dominante.

No que tange ao papel das instituições civis, isto é, os poderes políticos do Estado, ou órgãos da soberania nacional — legislativo, executivo e judiciário —, a Doutrina reserva papel proeminente ao executivo, cujo chefe chama a si todos os casos em que supostamente esteja envolvida a "segurança nacional", abrangendo uma vasta gama de assuntos, tais como aluguéis de imóveis, política salarial, movimento estudantil-operário, educação, eleição de pre-

feitos em certos municípios etc., através do guante da Lei de Segurança Nacional.

O Presidente do regime militar, militarizado ou da Junta tem então poderes excepcionais para impor a repressão ou justificar a violência, a invasão de domicílios, as prisões arbitrárias, as torturas, os desaparecimentos de pessoas, por meio dos órgãos específicos, como os existentes no Brasil, ou seja, o DOPS (Departamento de Ordem Política e Social), o CODI (Centro de Operações de Defesa Interna) e outros; a DINA (Departamento de Informação Nacional) no Chile; a AAA (Ação Anticomunista Argentina), e assim por diante (Joseph Comblin — *A Ideologia da Segurança Nacional, O Poder Militar na América Latina, Civilização Brasileira*, 1978).

Em suma, esse Estado Militarista tem como objetivo principal viabilizar um modelo econômico elitista, em função da produção de supérfluos, lançados ao mercado pelas multinacionais ou transnacionais, privilegiadas com a concessão de exploração de reservas minerais, energéticas, beneficiadas com créditos, incentivos oficiais e cessão de extensas áreas territoriais, destinadas a projetos agropecuários, com interesses voltados para a exportação.

Como se vê, em tudo isso, é indistigível a atuação do complexo político-industrial-militar, na América Latina, deduzindo-se daí a existência dum mecanismo, que representa uma espécie de prolongamento ou filial da matriz, localizada nos EUA — o Pentágono e suas agências, dentre elas a famigerada CIA (Agência Central de Inteligência) —, mecanismo esse que desempenha as mais variadas funções, tais como ações

diplomáticas, políticas, espionagem, intervenções, desestabilização de governos, trama e execução de golpes de Estado, assassinatos de personalidades, planejamento industrial, expansão de mercados, produção e tráfico de armamentos etc., quer nos próprios EUA, quer na América Latina e noutras regiões do Globo, sob a hegemonia estadunidense (Jack Raymond — *O Poder do Pentágono*, RJ, 1965).

A esse respeito, a Biblioteca Kennedy, em Boston, é pródiga em documentos, depoimentos e outros elementos comprobatórios, acerca da ingerência dos EUA nos assuntos internos de outros países, como lembramos alhures (*Curso de Direito Internacional Público*, 1979).

Por isso, naturalmente, diversos dos chamados *brasilianistas* dispõem de fontes autênticas, para os trabalhos que têm elaborado, acerca da política externa estadunidense em relação ao Brasil.

Nesse contexto, por exemplo, Alfred Stepan realizou várias pesquisas em torno de acontecimentos político-militares brasileiros, com exuberância de dados e informações, obtidos nos órgãos oficiais norte-americanos, contribuindo, assim, de maneira valiosa e com espírito científico, para a elucidação de fatos aqui ocorridos, cuja trama, por trás dos bastidores, a opinião pública brasileira desconhecia.

Sobre a eficiência da atuação do embaixador norte-americano no Brasil, Lincoln Gordon, como partícipe da trama, que culminou com a deposição do presidente João Goulart, em 1964, lembra o referido autor que o presidente dos EUA enviou congratulações aos golpistas, muito antes de Goulart deixar o Brasil, com destino

ao exílio. A partir daí, o citado embaixador passou a defender ardorosamente a concessão de ajuda ao governo militar, então instalado em nosso país.

Salienta ainda que cerca de 80% do grupo de militares, que apoiavam o governo Castelo Branco, estavam estudando em escolas militares norte-americanas.

Ao analisar as concepções políticas da oligarquia brasileira, acerca do papel dos militares, na manutenção do *status quo* constitucional, lembra que as Constituições adotadas em 1891, 1934 e 1946 eram praticamente idênticas, no tocante às principais atribuições, acometidas às Forças Armadas, como principais mantenedoras e guardiãs das instituições estabelecendo-se uma sutil disposição, na qual se determina que a obediência dos militares ao presidente da República ficava condicionada "dentro dos limites da lei"; quer dizer, a critério da interpretação dos chefes militares, e quando eles assim entendessem, retirariam o seu apoio ao presidente, depondo-o.

Em outras palavras, se o presidente da República tivesse tendências progressistas e desejasse, dentro da legalidade constitucional, promover reformas de base, que contrariassem os interesses das classes exploradoras, economicamente fortes e politicamente dominantes, bem como dos chefes militares, oriundos em grande número dessas mesmas classes, então, as Forças Armadas retirariam o seu apoio ao presidente: foi o que ocorreu com o governo João Goulart (*Os Militares na Política*, Ed. Artênova SA, RJ, 1975, p. 59, 95 e 179).

Os anos que se seguiram, após a instalação do regime militar no

Brasil, em 1964, e, sobretudo, depois do advento do Ato Institucional n.º 5, em 1968, foram marcados por um profundo agravamento da violência estrutural e institucional, com reflexos sobre a criminalidade em geral.

Como lembra Heleno Fragoso, surgiu então no país uma criminalidade política extremamente grave, que significou para grande número de jovens enormes sofrimentos e sacrifícios: grupos de esquerda se radicalizaram e passaram a praticar assaltos a bancos, homicídios, seqüestros, apoderamento ilícito de aeronaves e outras práticas.

Vários grupos de atuação política ilegal se formaram, convencidos de que era preciso enfrentar a ditadura militar, pela violência.

Os diversos grupos de atuação política eram sempre formados de pessoas muito jovens, recrutadas no meio universitário, que se iniciavam através de "Grupos de Estudo".

Surgem, então, os roubos a bancos, visando levantar fundos para a luta armada. Era um tipo de criminalidade inteiramente desconhecido entre nós. Os subversivos é que ensinaram aos delinquentes comuns que roubar um banco é incomparavelmente mais fácil e proveitoso do que assaltar os cidadãos comuns. Os roubos a banco atingiram naquela fase números fantásticos, proporcionando uma enorme quantidade de recursos. Isso alarmou o sistema, ou seja, o regime militar.

Em 1969 estava em vigor a nova e implacável lei de segurança nacional. Os diversos órgãos de repressão das Forças Armadas e da polícia política organizaram-se e começaram a atuar com inaudita violência, com largo emprego da tortura.

A tortura transformou-se na rotina da investigação policial, usualmente, através de choques elétricos, em partes sensíveis do corpo, colocando-se o preso, homem ou mulher, inteiramente despido, com um capuz na cabeça. O capuz e a ausência de roupas supostamente destinavam-se a levar o preso a se sentir psicologicamente inseguro. A violência sexual contra mulheres e homens era comum. Havia também torturas psicológicas, consistentes em fuzilamento simulado, ameaças de morte e de torturas em outras pessoas da família.

A Anistia Internacional publicou, em 1972, o seu impressionante "Relatório sobre as acusações de tortura no Brasil". O Subcomitê relativo a organizações e movimentos internacionais da Câmara dos Deputados dos Estados Unidos (*House of Representatives*) também publicou, em 1975, um documento notável sobre a tortura em nosso país. A Comissão Interamericana dos Direitos Humanos pronunciou-se mais de uma vez, condenando o governo brasileiro pela tortura infligida a presos políticos. O Papa Paulo VI também se referiu abertamente à matéria.

Estava suspenso o *habeas corpus*; as informações dos órgãos de repressão às autoridades judiciárias eram feitas com o deliberado propósito de confundir os fatos. O poder público atuava como atuam os delinquentes. Depois que os presos se recuperavam das torturas, e após terem feito "confissões" completas e minuciosas, as autoridades comunicavam a prisão aos órgãos judiciários, indicando falsamente a data em que fora realizada (*Advocacia da Liberdade*, Forense, 1984, p. 144 e ss.).

Esse o terrível saldo resultante da aplicação da Doutrina da Segu-

rança Nacional, ensinada pelos EUA às Forças Armadas, quer do Brasil, quer dos demais países latino-americanos, ensinamentos esses que autorizam a cometer faltas contra o direito tradicional, em nome dos "interesses superiores da nação", dos quais, supostamente, as Forças Armadas são as únicas intérpretes.

Na Argentina, como se sabe, as atrocidades foram ainda mais clamorosas, estimando-se o número de desaparecidos em cerca de 30 mil pessoas, cujos cadáveres estão sendo agora localizados, em cemitérios clandestinos, lixeiras onde foram cremados diversos corpos, muitos deles ainda com vida, afora os presos políticos lançados ao mar.

Em suma, a institucionalização da tortura, nos dias atuais, como forma de atuação governamental, posta em prática pelos órgãos de repressão policial e política, espécie de herança macabra do nazi-fascismo, teve em mira assegurar, pelo terror e intimidação, a implantação dos regimes ditatoriais na Grécia, Argentina, Brasil, Uruguai, Chile e outros, onde foram impostos modelos econômicos elitistas, traçados pelas multinacionais e executados pelos aliados internos desses países, como lembramos alhures (*A Prática da Tortura Através dos Tempos*, Rio, 1979).

5. O abuso de poder: a violência do ponto de vista da criminalidade econômico-financeira

Em sentido genérico, a expressão abuso de poder equivale a abuso de autoridade, ou seja, o uso imoderado ou exorbitante do poder público, por parte de um dos seus agentes, quando no exercício das funções próprias do seu cargo, situação essa que,

no Brasil, é disciplinada pela Lei n.º 4.898, de 9.12.1965, que regulou o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade, disposições legais essas que, aliás, jamais tiveram qualquer eficácia.

Entretanto, para efeito de estudos criminológicos, mais precisamente, no esforço da construção da Teoria Crítica do Controle Social na América Latina, a expressão abuso de poder assume conotações particulares e específicas, como veremos adiante.

De fato, as concepções tradicionais acerca da idéia de poder têm sido objeto de várias considerações, nos últimos anos, sobretudo após a Reunião Inter-regional de Expertos das Nações Unidas sobre "Delitos e Delinquentes fora do Alcance da Lei", em Nova Iorque, em 1979, como salienta Lola Aniyar de Castro (*La Realidad Contra Los Mitos*, Maracaibo, 1982).

Nesse contexto, as chamadas *cifras douradas* da criminalidade correspondem aos criminosos que têm o poder político e o exercem impunemente — os chamados *criminosos do colarinho branco* —, abandonando-se os cidadãos e a coletividade à exploração pela oligarquia, ou dos que dispõem de um poder econômico que se desenvolve em detrimento do conjunto da sociedade.

A expressão *crimes do colarinho branco*, como se sabe, foi cunhada para identificar o comportamento de uma "pessoa de elevado status sócio-econômico que viola as leis estabelecidas para regular suas atividades ocupacionais e principalmente as referentes aos gerentes de negócios e aos executivos".

Por sua vez, o poder opera em vários níveis ou esferas; há centros de poder político, como assembleias, administração, exército, polícia, magistratura, municípios, partidos políticos etc.; assim como existem também centros de poder econômico e centros de poder ideológico.

Dai, "todo abuso de poder forma parte do mesmo exercício do poder que se encontra dentro de uma formação social determinada, e obedece aos seus mecanismos" (Lola Aniyar, ob. cit., p. 127 a 133).

Versando sobre o tema *Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios*, salienta Heleno Fragoso que, no Brasil, o Direito Penal tem sido amargo privilégio dos pobres e desfavorecidos, que povoam nossas prisões horribéis e que constituem a clientela do sistema. A estrutura geral de nosso direito punitivo, em todos os seus mecanismos de aplicação, deixa inteiramente acima da lei os que têm poder econômico ou político, pois estes se livram com facilidade, pela corrupção e pelo tráfico de influência.

A América Latina se caracteriza, como se afirmou na conferência de Puebla, por uma escandalosa distância crescente entre pobres e ricos e a desumana pobreza de extensas faixas da população. Há fome e desnutrição, salários aviltados, desemprego e subemprego, enfermidades crônicas, analfabetismo, mortalidade infantil, falta de moradia adequada, injustiça nas relações internacionais, especialmente nas transações comerciais, situações de neocolonialismo econômico e cultural, por vezes tão cruel como o colonialismo político.

Nosso direito tem permanecido fiel à regra segundo a qual a responsabilidade criminal é pessoal e subjetiva. As pessoas jurídicas não

podem cometer crimes. Segundo Bricola, no entanto, num estudo luminoso, essa regra não tem valor ontológico e é apenas expressão da força das leis do poder econômico. Se se pretende permanecer fiel à regra da responsabilidade penal subjetiva, é indispensável prever, para as pessoas jurídicas, sanções administrativas comparáveis às sanções penais.

Constitui um dos fatos mais destacados do mundo contemporâneo a evolução fantástica das empresas transnacionais, que operam largamente na América Latina. Convém, assim, examinar em que medida é necessária e possível a repressão penal dos abusos cometidos por essas sociedades. Os atos de corrupção realizados pela Lockheed na Itália, na Holanda e no Japão, que alcançaram repercussão internacional, são apenas um dos exemplos de ações delituosas. Sugere-se a elaboração pelos órgãos internacionais de códigos de conduta, que regulem a atividade dessas empresas, embora os seus efeitos sejam bem limitados (*Revista de Direito Penal e Criminologia*, Forense, Rio, n.º 33, p. 122-129).

A esse respeito, foi incisivo o Tribunal Russel: "A coalizão de interesses entre a burguesia nacional e as companhias multinacionais tem por consequência inelutável a corrupção da classe política e a repressão social em seu interior."

É, em verdade, com o propósito de proteger os interesses das multinacionais que se massacra, se tortura, se oprime em Santiago como em São Domingos, no Haiti como em São Paulo."

Tanto nos países desenvolvidos, como naqueles que se encontram em vias de desenvolvimento, são brutais e escandalosas as fraudes, sonegações

e prejuízos ocorridos no campo econômico, financeiro e fiscal, como se apurou no âmbito da Organização das Nações Unidas (*Revista de Direito Penal*, n.º 27, p. 5 e ss.).

Nos EUA, o operoso senador Ester Kefauver celebrou-se pela dedicação, durante vários anos, em sua atuação parlamentar, na investigação das fraudes e da corrupção por parte das grandes empresas comerciais e industriais em seus desdobramentos e ligações com o crime organizado, concluindo enfaticamente: "Existe nos Estados Unidos um sindicato criminoso que abarca todo o país... Este sindicato, que o transtorna todo, é uma união estruturada solta, porém, estreitamente ligada, de grupos criminosos locais que cooperam para um enriquecimento comum."

Difícil estabelecer uma nítida divisão entre o crime organizado nos EUA e os negócios em geral: o capital comum circula intimamente entre as duas vertentes desses negócios (Hans von Hentig, *Estudios de Psicología Criminal*, V, *El Gangster*, Madrid, 1965).

As imunidades diplomáticas têm servido de disfarce para um sem-número de crimes, relacionados ao tráfico de drogas, armas, aliciamento de mercenários, espionagem industrial e comercial, corrupção, suborno etc. Nesse sentido, tornou-se particularmente escandaloso o episódio ocorrido na embaixada brasileira na França, em que o seu titular recebeu a alcunha de "embaixador dez por cento", pelo fato de perceber esse percentual, em decorrência dos negócios realizados pelo seu país, fato esse denunciado pelo célebre Relatório Saraiva, jamais, porém, divulgado ou apurado em suas últimas consequências.

Na Venezuela, a delinquência está nitidamente organizada, segundo o depoimento de Lola Aniyar de Castro (*Criminologia da Reação Social*, Rio, 1983, p. 42).

No Brasil, há exuberantes indícios do crime organizado, ligado aos negócios em geral, à corrupção econômico-financeira, como lembramos alhures (*El Crimen Organizado*, Jurisprudencia de Lomas de Zamora, n.º 32, Buenos Aires, 1983).

Nem mesmo funcionários do Banco do Vaticano — Instituto de Obras para a Religião, IOR — escapam da corrupção econômico-financeira, como ficou apurado no caso da falência do Banco Ambrosiano (*Jornal do Brasil*, 27.8.1983).

6. Conclusão

No presente trabalho, oferecemos uma visão panorâmica diversificada, acerca dos múltiplos aspectos relacionados à violência estrutural e institucional da sociedade capitalista, bem como os seus reflexos e desdobramentos, no tocante à criminalidade em geral.

Como vimos, a problemática em foco envolve aspectos históricos, sociológicos, políticos, econômicos, morais, religiosos etc., relacionados ao fenômeno jurídico-penal.

Em suma, podemos concluir que partimos do raciocínio dialético, segundo o qual, nas sociedades primitivas, igualitárias, baseadas no comunismo rudimentar, eram mínimas as ações anti-sociais e insignificantes os desvios de comportamento humano, malgrado certas práticas selvagens, como o canibalismo, os combates pes-

soais, até o yazamento dos olhos etc. (*tese*); entretanto, com o advento da propriedade privada, dos meios e instrumentos de produção, da escravidão, e da exploração do homem pelo homem, foi preciso engendrar toda uma concepção acerca de ilícitos penais — criminalização —, como forma de garantir as diferenças de riqueza entre os homens e reprimir toda e qualquer manifestação, que contrariasse essa ordem de coisas, o que gerou permanente conflito social, expresso na luta de classes, em consequência da opressão e repressão exercidas pelas classes exploradoras, economicamente fortes e politicamente dominantes, sobre as classes trabalhadoras, exploradas (*antítese*); desse modo, só com a transformação social e a construção duma nova sociedade, com bases justas, fraternas e igualitárias — o socialismo —, o homem se ressocializará, tornando assim inexpressivo o fenômeno da criminalidade, da violência generalizada, que caracterizam a atual organização social capitalista, dividida em classes dominantes e dominadas, que vivem em permanente e irreconciliável antagonismo de interesses (*síntese*).

Estamos, pois, diante dum desafio histórico — a luta pelo socialismo —, luta essa na qual os mestres burgueses progressistas e democratas em geral deverão desempenhar um papel marcante, decisivo, com um devotamento sem limites e fé inabalável, no esforço de construção dessa nova ordem social, para um futuro radioso de liberdade, bem-estar e cultura.

A PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE NO TRATAMENTO DO DELINQUENTE, APAC, UMA EXPERIÊNCIA VITORIOSA

Moacyr Benedicto de Souza

1. A palavra "tratamento" aplicada aos delinquentes tem sido muito questionada. Restritivamente empregada se identifica com terapia. Assim, v.g., o tratamento prisional através do trabalho se denomina laborterapia ou, para os puristas da língua, ergoterapia, embora este último termo seja mais empregado para pequenos trabalhos manuais destinados ao tratamento de doentes mentais. Na própria ONU, a expressão, antes aceita pacificamente, vem sendo posta em discussão, com vistas à utilização de um vocábulo de conteúdo mais preciso, sem os inconvenientes dessa interpretação restritiva, que, não raro, faz crer tratar-se de tratamento médico, psicoterápico, quimioterápico etc.

É preciso, pois, colocar a expressão em foco no seu verdadeiro e útil sentido, posto que nem todos os condenados necessitam de um tratamento no sentido restrito, como os acima referidos. Assim, tratamento deve ser entendido como um processo de estimulação e valorização do senso de responsabilidade do preso, a fim de que, através de técnicas apropriadas, readquirir sua condição de ser social, e, como tal, seja dotado, não apenas de um complexo biopsíquico, mas, também, de um equipamento ético. O

conjunto de Regras Mínimas para o Tratamento dos Delinquentes, editadas pela ONU, defende essa conotação.

Por consequência, na falta de outra mais abrangente tecnicamente devemos continuar a utilizar a expressão tratamento no sentido que a penologia lhe vem emprestando.

2. Esse conjunto de ações, medidas e atitudes que objetivam a ressocialização do condenado não deve constituir tarefa exclusiva do Estado. O preso reconhece, aceita e mesmo dá mais valor ao trabalho do voluntário. O profissional sente dificuldades maiores, pois o presidiário vê nele sempre um agente do Estado opressor e os diretores dos presídios, notadamente nas prisões fechadas, se mostram mais preocupados com os problemas de segurança e disciplina do que com o problema da recuperação, o que dificulta sobremaneira a atuação dos terapeutas. Disso resulta, conforme salienta o Professor Manoel Pedro Pimentel, que o mecanismo do sistema dá prevalência às metas informais do presídio em detrimento de suas metas formais.¹

1 MANOEL PEDRO PIMENTEL, "O Advogado e a Realidade do Direito Penal", in *Revista de Direito Penal*, vol. 24, Editora Forense, Rio, 1977, p. 79.

Na moderna penologia, a participação da comunidade constitui uma das pedras angulares de um sistema prisional. O estabelecimento penal é o ambiente burocratizado do funcionário que necessita ser fiscalizado por pessoas estranhas. Sem uma efetiva participação comunitária as metas programáticas se tornam falazes, tanto em relação ao homem em regime de privação de liberdade como também em relação ao egresso e ao liberado condicional. Se é fundamental a reeducação do condenado para reintegração social, não menos fundamental é a educação da sociedade para recebê-lo. A tarefa é, pois, dupla. Recuperar o preso e preparar o ambiente social para o seu retorno, especialmente o familiar, que, não raro, conserva ressentimentos dificilmente superáveis.

3. A participação da comunidade no tratamento do delinquente constituiu um dos cinco temas do V Congresso nas Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, realizado em setembro de 1975, no Canadá. No rol das formas de participação, destaque foi dado à visitação, tanto regular como saltuária. Outras modalidades, segundo resumo elaborado por Arminda Bergamini Miotto, também foram propostas: correspondência; cooperação com o trabalho externo; agenciamento e fornecimento de oportunidades de trabalho para egressos definitivos e liberados condicionais; assistência material, social, moral, religiosa e jurídica, tanto ao preso e sua família como à vítima e sua família; e colaboração com as administrações prisionais na solução dos mais

variados problemas que incidem sobre o tratamento dos condenados.²

A visitação — repetimos — foi dada maior ênfase. Com espírito de caridade ou como obra de misericórdia constitui a mais antiga forma de participação da comunidade. No próprio Evangelho, Cristo reconheceu sua fundamental importância: "Estive preso e você me visitou". O condenado, notadamente na prisão fechada, sente necessidade de um contato com pessoas estranhas ao sistema para um "arejamento" do ambiente. Ele tem anseios e preocupações com os que deixou no mundo de que foi apartado. E o visitador é o elo benéfico que o aproxima desse mundo que ele almeja reviver. Para isto, exige-se de quem se disponha a esse mister boa qualificação e adequada preparação.

Com o evoluir dos tempos as formas de assistência foram se diversificando, para comporem, já em épocas mais recentes, um leque de possibilidades que, com maior ou menor amplitude, corresponde às modalidades recomendadas pela ONU.

Entretanto, salvo algumas exceções, entre nós a assistência aos presos e seus familiares é feita de maneira esporádica e precária por grupos efêmeros, especialmente em oportunidades festivas. São senhoras piedosas, via de regra, que decidem visitar presidiários, levando-lhes algum conforto espiritual e material, como ocorre nas festas natalinas ou nas comemorações do "Dia do Encarcerado".

Este tipo de assistência, que se não integra em um programa de tra-

2 ARMINDA BERGAMINI MIOTTO, "Formas de Participação da Comunidade no Tratamento dos Delinquentes", in *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, ano XII, n.º 48, p. 197.

tamento penitenciário, pouco ou nenhum benefício pode trazer à ressocialização do condenado, causando muitas vezes, embora não intencionalmente, problemas para a administração presidiária. E mais do que isto. Pode até ser prejudicial ao preso, levando-o a alimentar a ilusão de que seu problema está sendo resolvido ou agravar os problemas já existentes ou, ainda, propiciar-lhe um estado de espírito desfavorável por não aceitar tais manifestações de comisseração pública.

É preciso, pois, que toda a comunidade e não apenas uns ou outros de seus representantes se conscientize da elevada missão que lhe cabe na tarefa de redenção do homem que transgrediu a lei penal. Para isto, deve ser despertada e convenientemente preparada a fim de que sua participação corresponda a um efetivo programa assistencial e não apenas caritativo e, portanto, capaz de propiciar ao Estado a desejável colaboração na solução de tão magno problema. É o reconhecimento da validade da sociedade civil e seus reflexos na ordem política.

4. O problema da assistência aos condenados e às suas famílias, embora possa parecer uma novidade que se pretende incluir na reforma penal em estudo, a exemplo de outros países, já é contemplado na legislação brasileira.

Assim, a Lei n.º 3.274, de 2 de outubro de 1957, que "Dispõe sobre Normas Gerais de Regime Penitenciário" prevê assistência moral, material e jurídica aos sentenciados, liberados condicionais, egressos definitivos, bem como às famílias dos mesmos e das vítimas.

Todavia, embora a disciplina legal assim o determine, na realidade

o que se tem observado, conforme já salientamos, é a falta de sistematização dessas atividades.

5. O "pacote" de reforma penal, já no Congresso Nacional para discussão e aprovação, procura disciplinar uma efetiva participação da comunidade na execução de uma Política criminal, criando mecanismos hábeis destinados a afastar o empirismo com que vem sendo realizada.

A primeira forma de participação diz respeito a uma das inovações no sistema de penas. Coerente com as modernas tendências do Direito Penal, procura instituir as "penas restritivas de direito", com o caráter de pena principal, das quais a "prestação de serviços à comunidade" é uma das espécies. Visa-se, pois, estabelecer uma verdadeira reciprocidade entre as atividades do condenado e a ação da comunidade, porquanto sem esta, sem a sua colaboração, não é possível entender-se aquela modalidade de pena.

Para institucionalizar a participação da comunidade, o Projeto de Lei de Execução Penal prevê a criação, em cada Comarca, de um Conselho da Comunidade, integrado por um representante de associação de classe, um advogado e um assistente social. Incumbe a esse órgão, segundo a mesma proposta de lei, a visitação, pelo menos uma vez por mês (o que reputamos insuficiente) aos presídios e estabelecimentos de internamento existentes na Comarca. Como órgão alheio ao sistema, desligado da burocracia penitenciária, será, inclusive, um colegiado fiscalizador, com força social considerável. Para isso, terá funções mais amplas do que a simples visitação: entrevistar presos, diligenciar para a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor

assistência ao condenado e apresentar relatórios mensais ao juiz da execução e ao Conselho Penitenciário.

6. Outro aspecto referente à participação comunitária diz respeito aos Patronatos, cuja origem encontramos na Itália, no século XVI. Podem ser particulares ou públicos. Sua missão é a assistência ao egresso definitivo (o que reputamos tão ou mais importante que a assistência ao preso), ao liberado condicional e ao albergado.

Entre nós, além do que dispõem os arts. 63 do Código Penal e 725 do Código de Processo Penal, encontramos a previsão de instituições desse gênero na Lei n.º 3.274, já citada.

É bem verdade que no Brasil alguns Patronatos foram instituídos em diversas unidades da Federação, sendo que a maioria com a denominação de "Casa de Egresso". Destaque podem ser dados a bem poucos e entre eles o "Patronato Lima Drumond", fundado em 1947, no Rio Grande do Sul; o "Patronato São Paulo", criado por César Salgado, na Capital paulista; o "Patronato de Ajuda ao Reeducando", instituído em São Paulo pelo magistrado Roberto Telles Sampaio; e o "Patronato Socoroba", fundado por Ruy Rebello Pinho, na cidade do mesmo nome.

O Projeto de Lei de Execução Penal de 1981 prevê, em seus arts. 77 e 78, os Patronatos públicos e particulares, com a finalidade de assistir aos egressos e albergados, orientar os condenados à pena restritiva de direitos, fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana, previstas no Projeto de Reforma do Código Penal, e ainda, colaborar na fiscalização do cumpri-

mento das condições da suspensão e do livramento condicional. Assim, o Patronato, com tão amplas atribuições, se constituirá em um órgão da execução penal, ao lado do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Juízo da Execução, Ministério Público, Conselho Penitenciário, Departamentos Penitenciários e Conselho da Comunidade, conforme se lê na Exposição de Motivos do mencionado Projeto.

Nos dias atuais, a APAC (ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS) vem exercendo, com êxito, as funções inerentes aos Patronatos, como veremos.

7. O sistema APAC teve seu marco inicial em São José dos Campos-SP, no ano de 1972, quando o advogado Mário Ottoboni, recém-formado pela Faculdade de Direito do Vale da Paraíba, aproveitando dados de pesquisas levadas a efeito durante o curso, passou a liderar um grupo de idealistas na busca de uma reformulação do penitenciarismo brasileiro, pelo menos no que dizia respeito às cadeias públicas, indevidamente utilizadas no cumprimento de penas privativas de liberdade. A eles, em 1973, veio juntar-se, nos objetivos programados, o magistrado Sílvio Marques Neto, que, naquele ano, assumira a 2.ª Vara da Comarca, a qual tinha, inclusive, a competência da Corregedoria de Polícia e Presídios.

Em 15 de junho de 1974, com a aprovação de seu Estatuto Social, a APAC adquire personalidade jurídica, sendo declarada de utilidade pública pela Lei n.º 1.712, de 20 de setembro de 1974. E o Provimento n.º 02/75, de 30 de setembro de 1975, da Corregedoria de Polícia e Presídios, regulamentou, com base no que já vinha sendo realizado, as atividades da entidade.

Posteriormente, com a edição da Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, e considerando que a APAC poderia cumprir as finalidades previstas no Artigo 725 do Código de Processo Penal, foi baixado novo Provimento, o de n.º 01/78, de 1.º de junho de 1978, com suporte no Artigo 34 do Provimento XCII do Egrégio Conselho Superior da Magistratura e na Consolidação de Normas da Corregedoria Geral da Justiça.

Desde o início de suas atividades, sua ação em favor da humanização da pena se desenvolveu em ritmo crescente, servindo mesmo de apreciável subsídio para a elaboração da Lei n.º 6.416/77, na reformulação do Artigo 30 do Código Penal. Isto porque, o Presidente Ernesto Geisel, em uma de suas visitas a São José dos Campos, tomando conhecimento da obra que a entidade vinha realizando, determinou ao Sr. Ministro da Justiça a realização de estudos sobre o sistema. Em decorrência, os técnicos do Ministério da Justiça, Dr. Hélio Fonseca, Diretor do Departamento Penitenciário Federal, e a Professora Arminda Bergamini Miotto, Assessora do Gabinete do Ministro para Assuntos Penitenciários, estiveram na sede da APAC estudando, minuciosamente, o trabalho que vinha sendo desenvolvido, apresentando, a final, relatório circunstanciado a respeito. Facilmente se identifica no Artigo 30 e seus parágrafos do Código Penal vigente, após a reforma determinada pela Lei n.º 6.416/77, a presença das linhas mestres do sistema APAC. Também entende-se que diversos dispositivos da Lei Federal n.º 1.819, de 30 de outubro de 1978, que disciplinou no âmbito do Estado de São Paulo a execução das medidas preconizadas pela citada lei federal, se inspiraram na

experiência pioneira dos apaqueanos. Efetivamente, as modificações introduzidas no Projeto de que resultou esta lei só se efetivaram após a visita da Comissão de Deputados Estaduais à APAC joseense.

Em 30 de março de 1982, o Presidente da APAC de São José dos Campos recebeu do Sr. Diretor da Divisão de Inspeção e Controle do Departamento Penitenciário, órgão do Ministério da Justiça, um ofício de conteúdo bastante significativo. Nele, aquela autoridade solicita informações "quanto aos trabalhos já iniciados e das áreas abrangidas e, ainda, dos planos em andamento nesse Estado ou em outros, desenvolvidos por essa Associação em favor dos condenados pela justiça, a fim de que possa esta Divisão, mediante o conhecimento e a troca de experiências, estudar os meios para incentivar e auxiliar a criação de entidade desse tipo em todo o País."³

8. Como tudo que inova e, por isso mesmo, fere idéias e métodos já enraizados, os obstáculos que se opuseram aos promotores do sistema, tanto nos primeiros anos de vivência como no ano de 1979, com a mudança do Juiz Corregedor dos Presídios, foram incalculáveis. Incompreensões, humilhações, perseguições e ameaças são apenas alguns aspectos da sórdida campanha que setores inconformados, porém sem nenhum conhecimento do que se vinha fazendo em favor da redenção do condenado, desencadearam contra os abnegados apóstolos dessa grande causa.

Mas a sementeira, lançada com muito amor e perseverança, tinha que produzir frutos opimos. Hoje, o sistema ganhou dimensão nacional. São

³ Ofício DEPEN/DIC/347 — Ref. Proc. 4.902/82.

89 APAC's em atividades em 9 Estados da Federação e sua ação já repercute fora de nossas fronteiras. Recentemente, uma delegação de técnicos do Ministério da Justiça de Guiné-Bissau esteve na sede da APAC joseense, durante uma semana, levantando dados sobre sua estrutura e resultados colhidos. A República de São Domingos também já se manifestou oficialmente sobre a obra desenvolvida em São José dos Campos e solicitou informes detalhados sobre o sistema. Convites para conferências em vários países latino-americanos têm chegado à Presidência da entidade.

A APAC é, hoje, mencionada em congressos penitenciários e criminológicos. Respeitáveis nomes nessas áreas têm-se manifestado elogiosamente a respeito da associação. A Professora Arminda Bergamini Miotto de há muito, em palestras e artigos para revistas especializadas, vem tecendo louvores à obra iniciada em São José dos Campos. No Congresso da ONU para Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente de 1978, essa ilustre penitenciarista apresentou à discussão, dentro da temática oficial, o sistema desenvolvido pela APAC. Por seu turno, em seu livro "A Religião nos Presídios", a Dra. Marina Marigo Cardoso de Oliveira destaca, com tintas fortes, a filosofia dos homens que conduzem a APAC pioneira e a lucidez e perseverança de seu trabalho, refletindo na queda vertiginosa da reincidência. Mostra que, dos 96 homens que até então tinham passado pela associação, apenas 1 voltou a delinqüir, e que na recuperação de toxicômanos, em que a possibilidade de cura sempre se situou em taxa não superior a 5%, os apaqueanos alcançaram sucesso em 95% dos ca-

sos.⁴ A revista "Cidade Nova", em número dedicado ao problema da criminalidade, registrava em 1978, com destaque, o seguinte: "APAC, UM MÉTODO QUE DEU RESULTADO: um trabalho digno de nota, no campo da recuperação de detentos é o que está sendo feito em São José dos Campos pela APAC. Trata-se de uma associação formada por um grupo de cursilhistas, liderados por Mário Ottoboni, secretário administrativo da Câmara Municipal e Sílvio Marques Neto, juiz corregedor do presídio. Com pouco mais de quatro anos de existência, a APAC já obteve resultados animadores. Dos 140 ex-presidiários que deixaram a cadeia de São José dos Campos, tendo passado pelo lento processo de recuperação da entidade, apenas um retornou ao crime. É, sem dúvida, algo notável, quando se pensa que num regime de detenção fechada o grau de reincidência chega a atingir cerca de 70%. Para obter esses resultados foram usadas técnicas de terapia religiosa ou não e assistência à família do preso... Ao sair da prisão, muitos presos já têm um emprego conseguido pelo casal cursilhista seu "padrinho", que, tendo iniciado a obra de recuperação, prossegue-a, dando-lhe toda assistência possível."⁵

Em julho de 1981, nos dias 2 a 5, realizou-se em São José dos Campos, promovido pela APAC local, com a colaboração da Prefeitura Municipal, o "I Congresso Nacional das APAC's", com a participação de 50 associações congêneres. Nele foram discutidos os grandes temas do pe-

⁴ MARINA MARIGO CARDOSO DE OLIVEIRA, *A Religião nos Presídios*, "Série Estudos Penitenciários", vol. 2, Edição Cortez & Moraes, São Paulo, 1978, p. 72-76.

⁵ "Cidade Nova", Ano XX, nº 6, julho de 1978, p. 9.

nitenciarismo nacional e medidas para um gradativo aperfeiçoamento do sistema. Treze moções foram aprovadas e constituída a Confederação Brasileira das APAC's, cuja Presidência foi confiada ao iniciador do sistema, Dr. Mário Ottoboni. O II Congresso está previsto para o mês de julho de 1984, em cidade a ser designada.

9. A escala de recuperação do condenado se fundamenta nos seguintes itens: "a) matar o criminoso para salvar o homem; b) disciplina com amor; c) a religião como fator básico da emenda; d) o preso ajudando o próprio preso; e) assistência e orientação concomitantes ao preso e respectiva família; e f) sistema progressivo de cumprimento da pena."⁶

No desenvolvimento desse esquema procura, antes de tudo, restabelecer no presidiário a confiança em si mesmo, proporcionando-lhe, através de um diálogo fraterno, uma consciência de responsabilidade e respeito. E isto, através da manipulação de um instrumento que rareia cada vez mais no mundo de hoje, especialmente no ambiente prisional — o amor.

A religião é a base de todo o processo de recuperação, pois, como afirma Ottoboni, aquele que descobre Deus e o coloca em seu existir passa a respeitar o seu semelhante e tudo que lhe pertence.⁷ É tão importante o conforto espiritual da religião nas almas dos presidiários que eles, via de regra, aceitam uma educação religiosa, quando oferecida, e muitas vezes tomam a iniciativa de solicitá-la, conforme se consignou no con-

gresso da ONU, reunido em Paris, em 1956. Só após a descoberta ou reencontro com Deus é que o condenado pode iniciar, na APAC, sua caminhada na busca de um novo amanhã.

Observa-se, entretanto, que os trabalhos publicados sobre a tão discutida "questão penitenciária" raramente, muito raramente, fazem referência à religião. O mesmo se observa nas discussões e recomendações de congressos e simpósios.⁸ Essa ausência de enfoque e debate do problema religioso, colocando o tema da reabilitação em termos meramente materiais, responde, em grande parte, pelos insucessos dos esforços ressocializadores nos estabelecimentos penais.

Dentro desse quadro nada animador, encontramos, todavia, algumas manifestações, tanto no exterior como entre nós, de nomes de grande expressão advogando melhor atenção à assistência religiosa à população prisional.

O grande CARNELUTTI situa-se entre eles. Para o mestre italiano, segundo nos dá conta HÉLIO TORNAGHI, "a solução do problema do crime e da pena, que não encontrou nos livros de ciência, ele a vai achar (é CARNELUTTI quem o diz), no livro da fé. Quanto ao problema do crime: JESUS, falando aos discípulos acerca do Juízo final, colocou os encarcerados ao lado dos doentes, dos desnudos, dos peregrinos (sem pouso), dos sedentos, dos esfaimados (a passagem a que CARNELUTTI se refere está em São Ma-

8 Vale, entretanto, ressaltar que a Dra. MARINA MARIGO CARDOSO DE OLIVEIRA teve sua tese, "A Religião nos Presídios", aprovada no II Seminário Paulista de Administração Penitenciária, realizado em São Paulo, em fevereiro de 1977, na qual propunha que, "sendo a religião fator de maior relevância na recuperação e reabilitação dos presidiários", impunha-se, entre outras medidas, a instituição de um "Serviço de Assistência Religiosa ao Presidiário". (Cf. IMESC ILUSTRADO, Ano I, vol. I, nº 2, 1978, p. 32).

teus, 25:34). Os encarcerados são doentes, mas do espírito. O mal deles é como o dos seqüiosos ou esfomeados. Mas de que têm sede ou fome? Quanto à questão da pena: os homens alcançarão o prêmio (a visão beatífica) por haver alimentado os famintos, dessedentado os sedentos, hospedado os viajantes, vestido os nus, visitado os enfermos, procurado os presos. Ai está, portanto, a solução: ir até os encarcerados e como SÃO FRANCISCO (DE ASSIS) descer até eles, encará-los, beijá-los. É preciso dar-lhes amor. Nisso está o segredo da vitória na luta contra o crime."⁹

De elevada significação é o pronunciamento do criminólogo HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO: "Alguns cientistas ortodoxos em sua pretensa sabedoria almejam lóbrigar um antagonismo entre a religião e a ciência. Contra-senso! Já está devidamente delucidado hoje que tudo quanto corresponde a uma situação de mais consciente e real compreensão da problemática religiosa em face da ex-cogitação científica, reside em que ambos os campos, ao contrário de se antagonizarem, devem-se entrosar porque, enfim, só terá a lucrar a ciência com as luzes que o apuramento espiritual da religião lhe poderá trazer". E remata: "Este mesmo ponto de vista defendi no Congresso Internacional de Criminologia de Paris, de 1950, quando reclamei contra a falta do Grande Ausente — Deus — nas preocupações de um conclave que justamente cuidava de problemas do crime, da anti-socialidade, dos comportamentos humanos aberrantes ou insólitos. Tratando-se de homens, não

9 HÉLIO TORNAGHI, *Instituições de Processo Penal*, vol. 1, 2ª ed., Ed. Saraiva, 1977, p. 95.

se deveria afastar o criador, obviamente. Antes, atender para o supremo bem ético que daí dimana. E a minha posição naquele Congresso foi, felizmente, muito bem acolhida. Os Anais do mesmo certame científico dão conta da minha intervenção."¹⁰ Que magistral lição!

Outros expressivos nomes do penitenciarismo nacional advogam alguma atenção à assistência religiosa nos presídios. Em obra publicada em 1973, o Professor MANOEL PEDRO PIMENTEL esclarece ter constatado que algumas recuperações foram obtidas pela influência da religião levada ao condenado até então descrente.¹¹ Mesmo o renomado especialista na matéria, AUGUSTO THOMPSON, que sempre se manifestou em termos contundentes sua descrença na possibilidade de a prisão reformar o homem, em entrevista concedida ao Grupo de Trabalho constituído, em 1976, pelo Governo do Estado de São Paulo, visando a coleta de dados e opiniões para aperfeiçoamento e a sistematização da assistência religiosa prisional, fez ver que a religião é bastante útil no processo de recuperação e que a prática tem demonstrado sua eficiência.¹² Também o DR. PATRÍCIO GOMES DE SÁ, na época Diretor do Instituto Penal Lemos Brito, declarou ao citado Grupo de Trabalho estar ciente de que a religião é fator dos mais importantes na recuperação psíquica e moral do condenado.¹³

Na APAC não há a imposição de uma religião, mas procura-se cons-

10 HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO, *Criminalidade*, Editora Resenha Universitária, São Paulo, s/d, p. 127-128.

11 MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Estudos e Pareceres de Direito Penal*, Ed. Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, 1973, p. 23.

12 Cf. MARINA MARIGO CARDOSO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 174.

13 Cf. MARINA MARIGO CARDOSO DE OLIVEIRA ob. cit. p. 174.

6 "Conheça a APAC", opúsculo, publicado pela APAC de São José dos Campos, 1981, p. 6.

7 MÁRIO OTTOBONI e SÍLVIO MARQUES NETO, *Cristo chorou no cárcere*, 3ª ed., Edições Paulinas, São Paulo, 1978, p. 90.

cientizar o preso da necessidade de professar uma delas. Na grande maioria nos casos (98%), se declaram católicos ou optam pelo catolicismo. Em toda a existência da APAC o número de não-católicos jamais superou a 2. Vale ressaltar que elementos pertencentes à Igreja Evangélica dos Estados Unidos estiveram, há algum tempo, na APAC de São José dos Campos estudando o sistema com o objetivo de transplantá-lo para aquele país.

10. Sendo a APAC uma associação, todos os associados, quaisquer que sejam suas convicções religiosas ou políticas, participam dos trabalhos de recuperação dos condenados. Dentre eles, a Diretoria indica aqueles que exercerão atividades assistenciais junto a determinado reeducando, orientando-o, auxiliando-o e fiscalizando sua atuação. Dessa missão se incumbem um casal de associados, designados, respectivamente, "padrinho" e "madrinha", enquanto que o condenado por eles assistido passa à condição de "afilhado". Atualmente, a APAC de São José dos Campos conta com 44 casais de "padrinhos", responsabilizando-se por 3 ou 4 "afilhados" cada um deles.

O papel desses casais dentro do sistema é de extrema importância, pois sua atuação incide não só sobre os reeducandos que devem orientar, como também se estende às respectivas famílias. E aqui está um aspecto de grande relevância — a assistência às famílias dos presidiários. É sabido que os familiares sofrem os efeitos indiretos de uma condenação. Sofrimentos, dificuldades de toda ordem, quando não se desagregam. São inúmeros os problemas que afligem uma família face ao *status* de condenado de um de seus membros, es-

pecialmente, quando se trata de seu chefe. Aos "padrinhos", com habilidade e perseverança, através de visitas constantes, cabe a tarefa de manter unida as famílias de seus "afilhados", assistindo-as moral, social, econômica e juridicamente.

Mensalmente, cada casal deve apresentar à direção da APAC um relatório de avaliação sobre os progressos de seus "afilhados" na escala de recuperação, bem como dos aspectos gerais de sua atuação sobre seus familiares.

O reeducando que deixar de cumprir as normas estabelecidas no vigente Provimento do Juiz Corregedor, Regimento Interno, Portarias e Ordens Internas, será punido com a perda de regalias, rebaixamento de estágios, revogação de benefícios e perda de "padrinhos", conforme a gravidade da infração.

Além dos casais "padrinhos", há que se destacar a ação dos casais "coordenadores". A estes cabe supervisionar diversas atividades, entre as quais jornadas e seminários, missas no presídio ou fora dele, terços no presídio, reflexões, encontros com familiares de presos, novenas, "escolinha", catequese de presos, visitas de diretores, plantões de diretores, reuniões folclóricas, reuniões de grupos de presos, campanhas de gêneros alimentícios e agasalhos e reuniões do Conselho de Solidariedade e Sinceridade. Este órgão, auxiliar da Diretoria da Associação, criado pelos próprios reeducandos e por eles composto, desempenha papel de importância na orientação e fiscalização da disciplina dos apaqueanos, além de exercer outras atribuições previstas no Regimento Interno.

11. O sistema se desenvolve, progressivamente, em 4 etapas: Estágio

Inicial, I Estágio, II Estágio e III Estágio.

O Inicial é cumprido em prisão fechada de máxima ou média segurança. E aqui se revela, a nosso ver, o momento mais importante da atuação apaqueana, já que os associados terão que trabalhar com "presos de grade", quase sempre perigosos.

Ingressando no presídio, o condenado é visitado para uma doutrinação com vistas a uma "mudança de vida". Nos primeiros contatos sua reação é negativa. Mas, a pouco e pouco, a perseverança dos visitantes vai ganhando a confiança do preso, o que representa um grande passo na escalada da recuperação. Neste ponto, questionários são apresentados e respondidos pelo condenado, envolvendo sua vida pregressa, sua família, preferências profissionais e interesses intelectuais. Vencida esta etapa e de posse de dados sobre o recluso ou detento, o processo de ressocialização é iniciado, após o interessado ter firmado um compromisso de que aceita a assistência da APAC, inclusive indicando a religião que professa e solicitando a designação de "padrinhos". Como a maioria se declara católica (98%), embora muitos não praticantes, o Estágio Inicial se desenvolve em etapa única, adaptada também aos que professam outros credos, com atividades compreendendo leituras aconselhadas, participação em palestras sobre valorização humana e religião, troca de correspondência com os dirigentes da Associação, missa mensal no presídio, concursos envolvendo composição livre e o tema sobre a "higiene na cela". O contato com os "padrinhos" é freqüente e uma pesquisa sócio-econômica junto à família do preso é feita 30 dias após o início do "tratamento". Mensalmente os

"padrinhos" devem apresentar um circunstanciado relatório informativo relatando os progressos obtidos em cada caso. A APAC de São José dos Campos tem no momento (janeiro de 1984) 28 presos em Estágio Inicial.

O I Estágio, da mesma forma que o anterior, se desenvolve com os reeducandos em celas e, se possível, separados dos que cumprem o Inicial. Já agora o processo se torna mais dinâmico, pois a desinibição dos presos facilita a tarefa assistencial. A promoção ao novo Estágio exige a cessação da periculosidade, se existente, e a demonstração concreta, por parte de cada um de que deseja voluntária e efetivamente ser recuperado. Isto, após o cumprimento de 1/6 da pena. Neste Estágio, que se desenvolve em 3 etapas, algumas regalias são previstas, tais como passar o preso um domingo por mês com sua família ou com a família dos "padrinhos", ser autorizado a realizar trabalhos fora do presídio, freqüentar cursos profissionalizantes de 2.º ou 3.º graus, ir à igreja de seu credo, bem como participar de outras atividades fora do estabelecimento penal que venham a concorrer para a sua ressocialização. Em todos os casos, evidentemente, autorizado pelo Juiz Corregedor e assistido e observado pelo respectivo "padrinho". Além disso, as atividades de ressocialização iniciadas no Estágio anterior são ampliadas e intensificadas, perfazendo 25 itens a serem cumpridos nas 3 fases citadas. A APAC de São José dos Campos tem no momento (janeiro de 1984) 99 condenados em I Estágio.

A passagem para o II Estágio, obviamente, deve ser uma conquista do reeducando. O regime passa a ser semi-aberto, na forma estabelecida pelos Arts. 40 a 44 da Lei Estadual

n.º 1.819/78. A promoção, deferida pelo Juiz Corregedor, após manifestação do Diretor do presídio, é objeto de uma solenidade à qual comparecem "padrinhos" e familiares do preso promovido, além de associados e diretores da instituição. Esse Estágio, que se desenvolve em 2 fases, é cumprido no "Centro de Reabilitação da APAC", com a observância de 20 itens previstos no Regimento Interno. A APAC de São José dos Campos tem no momento (janeiro de 1984) 18 reeducandos em II Estágio.

O III Estágio, última fase do cumprimento da pena, se desenvolve, igualmente, no "Centro de Reabilitação" da instituição, em regime de prisão-albergue, com obediência ao disposto na Lei Estadual n.º 1.819/78, no que lhe diz respeito. Nesta etapa a assistência dos "padrinhos" ainda se faz necessária. Cabe-lhes zelar pela constância do reeducando no emprego, ou, quando isto não é possível, ajudá-lo na obtenção de nova "colocação", a fim de evitar que permaneça na ociosidade, ensejando a revogação do benefício.

Quando o sentenciado percorre toda a escala de recuperação da APAC e conquista a condição de albergado, se mostra exemplar no cumprimento de suas obrigações. Entretanto, quando o albergado conquista o benefício na própria sentença condenatória, dificilmente se submete às normas disciplinadoras da entidade, pois não se considera um "preso". A APAC de São José dos Campos tem no momento (janeiro de 1984) 9 reeducandos em III Estágio.

12. A assistência da associação se estende também aos que deixam o presídio, tanto pelo cumprimento da pena como pelo gozo dos benefícios do livramento condicional, da liberdade vigiada ou do *sursis*, pois o ajustamento ou reajustamento do egresso, definitivo ou não, constitui problema de elevada preocupação. Muitos consideram a assistência pós-penal mais relevante que a própria assistência penal. Considerando a demonstrada contribuição da entidade na assistência aos diversos tipos de egressos, o Juiz Corregedor de Presídios da Comarca de São José dos Campos, através da Portaria n.º 41/81, resolveu atribuir à APAC "a fiscalização do cumprimento das condições e normas de conduta impostas a sentenciados em *sursis*, livramento condicional e liberdade vigiada", acrescentando o ato normativo que "essa fiscalização será discretamente exercida, de modo a não prejudicar o indivíduo em suas atividades profissionais, sociais e familiares".

13. A experiência da APAC é realmente vitoriosa. Enquanto que nas diversas regiões do Brasil e mesmo em países de elevada postura cultural e econômica o índice de reincidência situa-se em torno de 70% e 75%, entre os que receberam a orientação e a assistência da associação apenas 5% retornaram ao crime. Tal constatação prova e comprova que o delinqüente é recuperável. Basta que se lhe dê um tratamento condizente com sua condição de ser humano, para que se disponha a seguir um novo estilo de vida.

DACTILOSCOPIA

Uaracyr Sampaio Tavares

A dactiloscopia, processo de identificação individual, hoje largamente empregado por todas as polícias adiantadas do mundo, não é invenção dos nossos dias. Sua idéia vem de muito longe, sendo, apenas, sua sistematização e emprego, como sistema normal de identificação individual, produto do esforço e da capacidade científica de dois gênios: Juan Vucetich e Francis Galton.

Parte da criminalística, que se baseia na anatomia e na antropologia, tratando da identificação das pessoas por meio de impressões digitais (desenhos papilares), finalizando estabelecer uma identidade, acreditamos, porém, a despeito da importância de que se reveste, cada vez mais, na crescente complexidade dos reclamos de ordens várias, representar, não raro, verdadeiro retrocesso, resultante, talvez, em alguns casos, do seu mau uso.

Para que se possa ter uma noção exata deste direcionamento, faz-se necessário o reexame conceitual de certos institutos afins, os quais, por vezes, só por desaviso, são confundidos, *v.g.*, identidade e identificação.

1. Identidade e Identificação

São coisas que se não confundem. Antes, distinguem-se, porque ao con-

junto de caracteres individualizadores de uma pessoa ou coisa, fazendo-a distinta das demais, designamos por identidade, enquanto identificação é processo por que se pode estabelecer uma identidade. Identidade é soma de caracteres. Identificação é emprego de meios tendentes a determinar uma identidade. Identificar, em consequência, é estabelecer a identidade de uma coisa ou pessoa a que se deseja reconhecer.

Identidade, em suma, é a prova da personalidade, meio pelo qual se verifica que dado indivíduo é o que se procura reconhecer para determinado fim, ou que outrem presume que ele seja.

Para Tardieu, identidade é o conjunto de investigações e a verificação dos sinais físicos, com o auxílio dos quais é possível estabelecer, durante a vida ou depois da morte, a individualidade de pessoas desconhecidas, ou, ainda mais, a participação de tal ou qual indivíduo em certos atos determinados.

Para Legrand du Saule, é a determinação da individualidade de uma pessoa.

Galdino Ramos, citado por Sílvio Terra e Pedro Mac Cord, médico dos mais ilustres, que tanto dignificou a Medicina Legal, discordando, alude que as investigações e a verificação a que se refere Tardieu constituem

em si a identificação, já que, para ele, identidade é o alvo dessas indagações, que objetiva saber se tal indivíduo é, de fato, aquele que diz ser ou aquele a quem se busca reconhecer para um determinado fim.¹

2. Processos utilizados na identificação

Basicamente, dois são os processos utilizados na identificação humana: um médico-legal e outro judiciário, este também chamado policial.

O primeiro processo, para o qual se exigem conhecimentos e técnicas médico-legais, além do entendimento de ciências afins, de certo, não será versado neste trabalho, porque, em verdade, pertence aos médicos, sobretudo legistas.

Interessa-nos, assim, como base de sustentação à tese a ser desenvolvida ao longo, a identificação judiciária² ou policial que consta da Antropometria e da Dactiloscopia, residindo sua fundamentação na caracterização de criminosos e na generalização.

1 SYLVIO TERRA e PEDRO MAC CORD, *Polícia, Lei e Cultura*, Gráfica Guarany, Rio, 1939, p. 278.

2 Costuma-se dividir a identificação em Médico-Legal e Judiciária, esta também denominada Policial. A identificação Médico-Legal, realizada sempre por legistas, pode ser genérica ou específica. Genericamente, compreende a determinação da espécie, raça, sexo, idade, estatura. A específica relaciona-se à pesquisa de tudo que possa individualizar o examinado, como, *v.g.*, malformações, mutilações, cicatrizes, tatuagens, sinais individuais (unhas roídas, manchas, verrugas), ou profissionais, como a calosidade de certos profissionais (sapateiro, alfaiate). Vejam-se, mais detalhadamente, HÉLIO GOMES, *Medicina Legal*, Freitas Bastos, 11ª ed., p. 54 e segs., e ERNESTINO LOPES DA SILVA JÚNIOR, in *Manual de Medicina Legal*, Editora Sugestões Literárias, 4ª ed., Coleção Polícia e Criminologia, 1969, SP, p. 11.

lidade de indivíduos, por processos céleres, que dispensam os conhecimentos médicos obrigatórios.

3. Antecedentes da Identificação

Nos dias atuais, seguindo-se os ensinamentos da maioria dos tratadistas, entre os quais o emérito Arnaldo Amado Ferreira,³ no atinente ao seu histórico, podemos, sem dúvida, dividir a identificação humana em dois períodos perfeitamente delineados: um pré-científico e outro científico.

3.1 *Período pré-científico* — Neste período, bárbaros e desumanos foram todos os processos utilizados à análise dos atributos da pessoa humana. Levaram os processos à desfiguração dos criminosos, os quais, indelevelmente, carregavam exposta a seqüela identificadora nas partes mais nobres.

O mestre Arnaldo Amado Ferreira registra que caldeus e babilônios, que adotaram o Código de Hammurabi,⁴ infligiram todo tipo de tortura aos condenados. Amputaram dedos e mãos; ablaram nariz e orelhas; vazaram olhos e extraíram violenta e desumanamente os dentes dos criminosos, estigmatizando-os, tudo sob forma de identificação.

3 ARNALDO AMADO FERREIRA, Da Técnica Médico-Legal na Investigação Forense, Revista dos Tribunais Ltda., SP, 1962, vol. I, p. 6.

4 Rei da Babilônia. Consta que, nos últimos anos de seu reinado, provavelmente, no ano 2085 a.C., teria redigido um Código, cujo texto é o mais antigo que chegou até os nossos dias. Trata-se de uma compilação de preceitos de leis mais antigas e de normas de direito costumeiro, cf. PAUL REHME, in *Historia Universal del Derecho Mercantil*, Editora Revista de Direito Privado, Madri, p. 41 e ss.

Gregos e romanos, por seu turno, prossegue o mesmo autor, inscreveram, na testa, nas mãos e, posteriormente, nos braços, as próprias iniciais da infração cometida.

Na Índia, com ferro em brasa, eram os indivíduos marcados na fronte.

Na Idade Média, freqüente foi a perfuração dos olhos com ferro pontiagudo, a frio ou incandescente, como, também, o enchimento, com chumbo derretido ou pimenta moída, das cavidades orbitárias, como forma de punição a determinados delitos. Amputavam-se, ainda, o nariz do ladrão ou vagabundo, enquanto os blasfemadores, acaso livres da morte pela fogueira, sofriam mutilação da língua, ou tinham os lábios marcados a ferro em brasa.

Como veremos ainda, o emprego dos castigos se estendeu até o início de nossa era contemporânea.

Também na França com o emblema da realeza, na era incomum ferir-se o ladrão com uma flor-de-lis, nas espáduas ou em quaisquer das faces do rosto. Criminosos primários eram marcados com a letra V e os reincidentes, desde que recolhidos às galés, com as iniciais GAL.

A despeito de a Revolução Francesa ter abolido os métodos arbitrários, revela Locard que a prática foi restabelecida, em 1806, perdurando até os idos de 1823.

Espanha e Portugal, além de outros países europeus, de praxe, usavam marcar os criminosos e os escravos fugitivos com o ferro em brasa, no rosto, até que a prática foi abolida. Antes, porém, para facilitar o reconhecimento dos ladrões condenados, determinava-se o sinal com fogo em uma das espáduas, porque, que-

rendo emendar-se, nunca poderá ser visto o dito sinal de modo que os infame.⁵

O ferro em brasa, nas partidas espanholas, foi abolido graças ao sentimento cristão de seus governantes da época os quais acabaram entendendo que *la cara del ome fixo Dios a su semejanza, e por ende, ningún juez non debe penar en la cara*.⁶

D. João III, em Portugal, por sua vez, impulsionado pelo sentimento espanhol, respeitando à criatura humana, sua integridade, ordenou, por igual, fossem suspensas as seqüelas faciais dos criminosos pelo ferro em brasa, por se não afeiar a face do homem que é a melhor cousa que nele há.⁷

Deve-se, porém, ao período humanitário do Direito⁸ o desaparecimento das formas estúpidas de identificação, respeitando, em consequência, a pessoa e a dignidade humanas.

5 ARNALDO AMADO FERREIRA, ob. cit., p. 7.

6 *Idem*.

7 *Idem*.

8 Movimento filosófico que trouxe desenvolvimento marcante ao *jus puniendi*, recebendo seu coroamento em 1874, com o surgimento da extraordinária obra de Beccaria: *Dei delitti e delle pene*. Insurgiu-se o autor contra os castigos corporais, como pena e meio para obter confissões; contra o privilégio à repressão da delinquência; contra o arbitrio absoluto dos juizes de seu tempo; contra a aplicação de penas bárbaras, etc. Postulou, com sabedoria, não ser com a gravidade da punição que se alcança eficaz combate à criminalidade, senão pela sua certeza. O movimento, como leciona HELENO CLAUDIO FRAGOSO, lança a idéia do respeito à personalidade humana e se funda em sentimentos de piedade e compaixão pela sorte das pessoas submetidas ao terrível processo penal e ao regime carcerário que então existiam (*Lições de Direito Penal* — Parte Geral, José Bushatsky Editor, SP, 1976, p. 43).

A rigor, nesse período, a identificação do criminoso, verdadeiro suplicio, era, em última análise, uma espécie de pena,⁹ pena afliativa e infamante que atingia não só a integridade física do indivíduo, como, ainda, sua honra, privando-o da estima pública. Conquanto se distinguísse, desta forma, o homem honesto do criminoso, no rigor, não era um processo nobre e digno pelo qual se determinasse a identificação de uma pessoa humana.

Ousamos, por isso, sustentar que, no passado, confundiu-se a identificação do criminoso com a punição consequente de sua conduta delitiva.

A medida que os povos adquiriram maior civilização e atingiram melhores padrões de cultura, avançando, novos métodos de identificação humana foram propostos à identificação de todos os cidadãos, indistintamente. Benjamin Bentham sugeriu a tatuagem^{9-a} e Icard, em Marselha, mais tarde, o uso da parafina injetável, subcutaneamente, variando,

9 Pena é a sanção afliativa imposta pelo Estado, através de ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de um ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos (Cf. SEBASTIÃO SOLER, in *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1970, vol. 2º, p. 342 — apud DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito Penal*, 1º vol. — Parte Geral, 3ª ed., Saraiva, 1978, p. 469).

9-a Para uns, etimologicamente, tatuagem se origina de *to-tau*; para outros, de *ta-tatu*, significando desenho, no polinésio. São realizadas através de perfurações com agulhas, escarificação ou incisão com infiltração de substância corante, na derme, finalizando deixar gravado um desenho desejado. Seu estudo se reveste de grande importância porque, não raro, são encontradas em vagabundos, vadios ou ociosos. A sua motivação pode ser a mais variada, classificando-se em políticas, amorosas, afetivas, históricas, belicosas, acidentais, etc...

para os criminosos, a quantidade e posição, conforme o fato típico e a sua perigosidade.

A fotografia foi outra proposição. Porém, pelos inconvenientes, conquanto se pensasse, inicialmente, que seria a solução, não vingou senão como meio subsidiário. Tem contra si os disfarces, os retoques, a mudança dos traços fisionômicos ao correr dos tempos, além da conhecidíssima problemática dos sósias.

Sobre a fotografia judiciária, aliás, é de Elysio de Carvalho, a quem muito se deve a polícia científica, a ilustração de que, depois da antropometria de Bertillon, constitui a sua invenção mais notável a aplicação da fotografia ao inquérito policial.

A fotografia aplicada à reprodução de todos os aspectos dos locais de crimes, suicídios, desastres, acidentes, etc. tornou-se um auxiliar imprescindível em absoluto da justiça, e isto simplesmente porque, reproduzindo fielmente a fisionomia de um lugar e corporizando detalhes insignificantes, invisíveis para o observador mais perspicaz, vale como um testemunho irrecusável do fato e constitui, na frase de Reiss, a memória artificial da autoridade judiciária.¹⁰

Contudo, na espécie, como bem assinala Hélio Gomes, o retrato inspira pouca confiança, visto que, além de suscetível de falseamento por truques e técnicas especiais e não se

10 Realiza a fotografia, todavia, dentro da atividade criminal, nos crimes contra a pessoa, patrimônio, acidentes, desastres, incêndios e perícias gráficas, papel de grande utilidade. Tornou-se uma necessidade à apuração de fatos relevantes e de interesse policial ou judicial, prescrevendo a lei, inclusive, na representação das lesões encontradas, no cadáver, dever a perícia, quando possível, ser ilustrada fotograficamente (CPP — art. 165).

conservar fiel nas várias etapas da vida humana, nos casos de sósias, onde há indicação de extrema parença, sua prova torna-se nula.

Recentemente, em reconhecimento fotográfico que realizamos, determinada vítima, sem nenhuma vacilação, indicou e ratificou expressamente ser determinado indivíduo o autor de fraude que lhe causara considerável prejuízo. Vindo, mais tarde, em nossa presença, vítima e provável infrator, a vítima embaraçada, nada obstante guardar grande semelhança entre aquele e a fotografia, resolutamente, declarou não se tratar da mesma pessoa.

Em grande parte, deve-se a não ratificação ao temor que a vítima tem de, mais tarde, tomar conhecimento de que o reconhecido, ainda que cuidados sejam aplicados na produção do ato, venha a saber que a sua denúncia ou condenação apoiou-se, entre vários elementos de convicção, também, no reconhecimento.

3.2 *Período científico* — Com o advento dos trabalhos técnicos, podemos dizer que teve início a fase científica da identificação, a qual conta com os trabalhos de Alphonso Bertillon, técnico da polícia francesa.

Descendente de uma família de sábios da qual herdou os atributos de inteligência e de investigação, nasceu em 23 de abril de 1853 e estudou química médica em Paris e, ainda, em Chermont Ferrand, além de inglês e matemática em Londres.

Bertillon é o autor do método que é chamado de bertillonage. Funda-se o método em dados antropométricos, em descrição abreviada das marcas particulares e sinais individuais. O criminoso é submetido à rigorosa inspeção física, tirando-se-lhe as medi-

das somáticas, classificando-se seus sinais, anomalias e outros caracteres individualizantes. Implementava-se o método com a fotografia sinalética,¹¹ o retrato falado¹² e, posteriormente, acresceu Bertillon as impressões digitais à ficha de identificação do criminoso.

3.3 *Postulados do método de Bertillon* — Proposto em 1878, o método, oficialmente, foi adotado pela polícia francesa, em 1893. São seus pressupostos: a) a fixidez quase absoluta do esqueleto humano a partir dos 20 anos de idade; b) a diversidade extrema dos esqueletos uns em face aos outros; e c) a facilidade e relativa precisão como podem ser tomadas as medidas do esqueleto.

Para efeito de classificação, preconizou o autor onze medidas, a saber: a) diâmetro ântero-posterior da

11 Fotografia sinalética é um processo pelo qual se permite a identificação dos criminosos pelas marcas ou cicatrizes corporais ou quaisquer outros sinais.

12 Retrato falado é sistema de anotação de cada um dos traços fisionômicos. Consiste na descrição aproximada da pessoa que se afirma autora de um fato típico. Na sua maior parte, os detalhes do retrato são encontrados na cabeça do indivíduo, cuja face segue uma classificação convencional, na qual se apresenta quadrada, redonda, piramidal, oval, losangular, bicôncava, trapezoidal e/ou assimétrica. O perfil pode apresentar-se contínuo, paralelo, anguloso, arqueado, interrompido, prognativo, ortognático, prognático, etc. O crânio pode ser em quilha, achatado, zigomas proeminentes, parietais desviados. Estudam-se, também, no retrato, as rugas, nariz, ventas, septo, cabelo, barba, pálabras, sobrancelhas, lábios, olhos (formato e seus matizes), queixo, boca, dentes, orelhas, pescoço, além do que são anotadas a tonalidade da voz, maneira de andar, linguagem empregada e tudo mais que for necessário ao esclarecimento da autoria. Atualmente, até com relativo êxito, com emprego de modernas técnicas, o retrato tem sido elaborado pela SSP, no DGPC.

cabeca; b) comprimento da orelha direita; c) diâmetro transversal da cabeça; d) diâmetro bizigomático; e) comprimento do pé esquerdo; f) comprimento do dedo médio esquerdo; g) comprimento do dedo médio; h) comprimento do dedo mínimo; i) comprimento do antebraço; j) estatura;; l) envergadura; e m) altura do busto.

No assinalamento descritivo, as fichas eram anotados com os caracteres morfológicos, como a altura e largura da fronte, dimensões e formas do nariz e da boca, etc.; caracteres cromáticos, como a cor dos cabelos, da pele e dos olhos; caracteres complementares, informando as particularidades de cada pessoa e, de resto, os sinais particulares, registrando as marcas, cicatrizes, manchas, tatuagens, amputações, aquiloses, deformidades, tudo descrito minuciosamente.

As fichas, contendo anotações dos dados antropométricos, em milímetros, traziam fotografias dos indivíduos, vistos de frente e de perfil direito, na redução de 1/7, de sorte que, por cálculo, se podia obter o tamanho da pessoa em seus mínimos detalhes, como, por ex., a estatura da testa, aspecto da fenda palpebral, diâmetros da boca e do nariz, altura do pavilhão auricular, entre outros elementos.

Entretanto, a não concordância de medidas tomadas por técnicos diversos, aliada à exclusão de menores e de mulheres,¹³ inicialmente, levou-o a transigir, estabelecendo uma ta-

13 Há registro de que Bertillon teria suprimido as medidas das mulheres porque o cabelo não permitia a passagem do compasso medidor, tornando inglória a tarefa à vista da considerável margem de erro. O exame dos fundamentos do seu método leva à inferência de que os menores, por igual, estariam excluídos, até a idade de 20 anos.

la de tolerância para o aferimento e, depois, ceder à dactiloscopia, hoje, universalmente, aceita por todas as polícias do mundo.

Em que pese em desuso, o método bertillonage oferece grande valor histórico por ser, efetivamente, a base de todo o processo científico da identificação civil e criminal.

4. Outros Métodos

Na área científica, outros métodos foram apresentados. Entre os diversos, citamos o gométrico, de Matheios; o craniográfico, de Anfosso; o odontológico, de Amoedo; o otométrico, de Frigério; o oftométrico, de Capdeville; o palmar, de Wilo e Stokes; e poroscópico, de Locard; o dermatográfico, de Bentham, e outros que não mereceram acolhida e até simpatia dos técnicos em virtude da precariedade e deficiência de seus resultados.

5. Dactiloscopia

5.1 *Etimologia* — Trata-se de palavra grega, derivada de *dakty* — dedo — e *scopein* — examinar. Seu emprego deve-se ao médico e jornalista, Dr. F. Latzina, que a sugeriu a Vucetich, em substituição à expressão iconofalangometria que havia dado a seu método ou processo dactiloscópico.

5.2 *Conceito* — Definiu-a Juan Vucetich com a ciência que se propõe a identificar as pessoas fisicamente consideradas, por meio das impressões ou reproduções físicas dos desenhos formados pelas cristas papilares das extremidades digitais.¹⁴

14 A Dactiloscopia nos parece um capítulo da Antropologia Geral, cujos conhecimentos são aplicados às ciências médico-legais e jurídicas. Apresenta-se como sistema ou método de identificação humana pelas

5.3 *Finalidade* — Objetiva a identificação individual, tanto civil como criminal. Serve-se, para tanto, dos vestígios produzidos pelas linhas papilares cutâneas que formam os desenhos das polpas digitais.¹⁵ Permite a identificação de reincidentes, do cadáver e, em casos duvidosos, leva à autoria de um fato típico a cargo de quem haja, na sede do fato, sua impressão digital como vestígio de sua presença.

5.4 *Aplicabilidade* — Método simples, mas de notabilidade incontestada, aplica-se a partir do sexto mês de vida intra-uterina e, no cadáver, desde que não destruída a pele.¹⁶

5.5 *Origem* — A semelhança da identificação, podemos, do mesmo modo, dizer que a dactiloscopia se apresenta, historicamente, em dois períodos: um pré-científico e outro científico.

No exame dos antecedentes da dactiloscopia, vários são os documentos e monumentos onde foram afixadas impressões digitais.

Cavernas pré-históricas, como escreve Arnaldo Amado Ferreira, do sul da França e do norte da Espanha,

15 Polpas digitais é o conjunto de cristas e sulcos existentes nas extremidades dos dedos, apresentando muitas variedades. Impressão é o reverso do desenho, exibindo-se como um ajuntamento de linhas brancas e pretas sobre determinado suporte, cf. GENIVAL VELOSO FRANÇA, Editora Guanabara Koogan S.A., 1977, ps. 24-35.

16 ARNALDO AMADO FERREIRA, ob. cit., p. 10.

impressões digitais ou dígito-papilares. O tronco será a Papiloscopia que, em geral, trata da identificação do homem, através das impressões papilares. Como espécies, figuram a Quiroscopia e a Podoscopia, tratando, respectivamente, da impressão das palmas das mãos e plantas dos pés (plantares).

em monumentos megalíticos existentes na Bretanha, foram achados desenhos ou impressões. Ésquilo, trágico grego, em suas Coéforas, menciona-as ao contar como Electra previu a vinda de seu irmão Orestes, ao encontrar vestígios de impressões plantares e digitais parecidas com as suas, no túmulo paterno.^{16-a}

Os chineses utilizaram-na como assinatura em diversos documentos, apondo-as, inclusive, ao pé das atas de divórcio, por força das leis de Yung-Hwvy, no século VII.

Artistas orientais, na Idade Média, assinavam suas obras de arte pelo mesmo processo, afixando a impressão do polegar.

A prática da fixação do polegar em contrato ou escritura sobre cera ou laca mole foi assinalada no Sião, Camboja e na Índia.

A despeito de tudo, Vucetich refere-se que os vestígios não induzem à aceitação de que tivessem sido aplicados à identificação ou sido estudados sob o ângulo científico.

Em decorrência do embaraço com que os antigos se depararam na identificação dos indivíduos pelo exame das impressões digitais é que teve início, recorda Arnaldo Amado Ferreira,¹⁷ o emprego dos chamados anéis-selos, sinetes que foram verdadeiros substitutivos artificiais dos desenhos digitais.

Na recordação de velhos hábitos, revela que José, ao ser nomeado primeiro-ministro, recebeu o anel do faraó bíblico; Amon, para exterminar os judeus de seu tempo, recebeu-o do rei persa. Pérdigas, quando Alexandre Magno o nomeou sucessor, deste re-

16-a ARNALDO AMADO FERREIRA, ob. cit., p. 10.

17 *idem*.

cebeu o anel-sinete. Diversamente, não ocorreu com Felipe ao ser nomeado regente por Antônio Epifânio. Os romanos — senadores e cavaleiros e, posteriormente, todo cidadão livre por nascimento —, procuravam o anel-selo como símbolo.

Até hoje, nas cerimônias de núpcias, perdura o velho hábito da troca de anéis, parecendo o costume simbolizar a troca da posse recíproca da individualidade ou personalidade de cada um dos cônjuges.

S. Santidade, o Papa João Paulo II, no Brasil, na favela do Vidigal, doou um anel a um favelado, observando-se que o anel de pescador sempre foi usado pelos Papas na assinatura dos breves.

O período científico se inicia, bem dizer, no século passado com os estudos de Galton, Coutagne e Florence, com a análise científica e metódica dos desenhos digitais.

Galton, por exemplo, perante a Sociedade Real de Londres, em 1889, discorreu acerca de um trabalho elaborado por Florence, cujo título era "As impressões nas pesquisas jurídicas", ao tempo em que A. Frecon criava a tese "Das impressões em geral e de sua aplicação na prática da medicina judiciária".

Na literatura, trabalhos de Marcelo Malpighi,¹⁸ Frederico Ruysch e de Albinus são sugestivos. Herschell, inclusive, foi quem primeiro reconhe-

ceu a imutabilidade das impressões digitais, aferição feita pelo seu próprio indicador direito, que não sofreu variação das particularidades papilares no decurso de aproximadamente vinte e oito anos.

Seguiram-se os trabalhos de Huschke, em 1844; de J. Engel, em 1856; de Gratiole e Alix, em 1868, publicando este importante trabalho sobre as disposições das linhas papilares, das mãos e dos pés, demonstrando as diferenças entre as mãos do homem e as dos primatas.

No Arizona, Thompson empregava a impressão do polegar para assinar cheques, protegendo-se de eventuais falsificações.¹⁹

É, porém, a Francisco Galton, em 1888, autor de conferência brilhante sobre a matéria, que se deve a glória de ter demonstrado, irrefutavelmente, a importância da dactiloscopia, na identificação humana, espancando dúvidas ainda subsistentes acerca de sua finalidade, sendo, pois, seus estudos valiosos e inestimável contribuição ao próprio sucesso da Dactiloscopia.

Galton, certo de que a bertillonagem não oferecia segura garantia, lançou mão das impressões digitais para a identificação dos reincidentes. Todavia, seu processo de verificação não era suficientemente prático, sobretudo porque, para comparar duas impressões, necessário impunha-se transportar para o papel algumas das principais direções seguidas

19 Nos dias atuais, a vida comercial intensa, além das variadas espécies de cheques (ao portador, nominativo à ordem, marcado, visado, cruzado, "traveller's check", etc.), seria impraticável proteger-se de eventual fraude ou falsificação com a aposição da impressão digital na cambial, ainda que se revista de maior garantia em relação à produção de espécimens gráficos.

por essas linhas, chegando à identificação, somente, então, pelo cotejo dos pormenores.

O primeiro trabalho sistematizado sobre os desenhos digitais, entretanto, deve-se a João Evangelista Purkinje, fisiologista de renomada e natural de Leimeritz, na Boêmia.

Purkinje, em 1823, em Breslau, publicou a tese "Comentario de examine physiologico organi visus et systematis cutanei", onde, pela primeira vez, apareceram os desenhos papilares classificados em nove tipos fundamentais.²⁰

É, porém, a Juan Vucetich, do gabinete de La Plata, na Argentina, que reconhece a autoria de um sistema ou processo simples e mundialmente aceito pela sua clareza, rapidez e menos dispêndio na classificação das impressões digitais.

Indubitavelmente, Bertillon foi um sábio e muito lhe deve a polícia científica, mas será erro, e grave, afirmar-se poder seu método competir, na sede da identificação individual, com a dactiloscopia, que tem ao seu lado todas as vantagens.

No Brasil, renomados patrícos se interessaram e estudaram a fundo este tema, incluindo-se os mestres Afrânio Peixoto, Félix Pacheco, este ex-diretor do Gabinete de Identificação e de Estatística, Elísio de Carvalho e muitos outros.

Contemporaneamente, estudaram-no os doutores Leonídio Ribeiro Filho, Flaminio Fávero, Arnaldo Amado Ferreira, Joaquim da Silva Prado, Hélio Gomes, Ernestino Lopes da Silva Júnior, Miranda Pinto, Genival Velloso França, Sílvia Terra e Pedro Mac

20 Os tipos fundamentais de PURKINJE são o arco, o arco angular, a bolsa lateral, a presilha, a bolsa central, o verticilo espiral, ovoidal, circular e presilhas geminadas.

Cord, além de vários outros, cujos conhecimentos honram e dignificam a cultura do nosso País.

Inteiradas as autoridades brasileiras do seu valor, o processo de identificação dactiloscópica foi adotado em 1903, incluindo-se o Brasil entre os primeiros a fazê-lo, em substituição à antropometria, sofrendo, apenas, este método sul-americano de Vucetich, em relação às subclassificações, ligeiras modificações.

6. Juan Vucetich

Nasceu na Dalmácia, sob o império austro-húngaro, em 20 de julho de 1858. Emigrou, em 1884, para a Argentina, onde acabou se naturalizando cidadão argentino. Empregando-se na Polícia Central de Buenos Aires, encarregava-se do serviço de identificação antropométrica dos criminosos. Neste serviço, teve sua atenção atraída para as impressões digitais do engenheiro Don Francisco Seguí, que havia esquecido sobre a mesa do Chefe de Polícia, o número 18 da Revista Científica de 2 de maio de 1891.

No predito número, H. de Varigny descrevia, em seu trabalho intitulado "Des empreintes digitales d'après Galton", as investigações que a respeito das impressões realizara em sua terra o inglês Galton. E como Vucetich, em junho do mesmo ano, fora encarregado pelo Chefe de Polícia para organizar o serviço de identificação pelo sistema antropométrico, com a incumbência de anexá-lo ao gabinete de Estatística, o próprio Chefe de Polícia, folheando a revista, fora despertado pelas referências que a respeito das impressões digitais fizera Varigny, profetizando, a par das anotações, se Vucetich não seria ca-

paz de completar com esse processo o sistema antropométrico e, ainda, instituir um sistema por meio das impressões digitais.²¹

Conta-se que, até aquela data, Juan Vucetich não conhecia absolutamente nada de impressões digitais, dedicando-se a partir daí à árdua tarefa de obter impressões digitais nítidas que lhe permitissem o estudo comparativo e destarte encontrar a maneira por que devia utilizá-las no seu serviço.

Data de dezembro de 1891, na Argentina, a utilização oficial das impressões digitais na identificação dos criminosos, acabando por identificar, no ano seguinte, o assassino Rojas que, no local do crime, deixara impressões sangrentas de seus dedos.

7. A Base do Sistema Vucetich

O processo ou sistema tem por base o Delta, pequeno triângulo formado pelo encontro dos três sistemas de linhas.

No estudo das linhas papilares que percorrem em face velar da última falange, podemos dividi-las em três grupos fundamentais, a saber: um disposto na base da falange, denominado basal; outro que percorre as suas bordas marginais; e, finalmente, um terceiro estabelecido no centro da polpa digital, chamado central.

As linhas marginais, chamadas diretrizes, que, em certas impressões, são notadas próximas à base, de uma borda ou de outra, divergem entre si, abrangendo as do lado oposto. Resultam deste afastamento espaços que, enfim, terminam formando quase que

um triângulo isósceles. São linhas dispostas em ângulos mais ou menos obtusos que envolvem o núcleo central da impressão, cuja figura é que forma um Delta grego, maiúsculo, porém.

O Delta é a característica fundamental na classificação de uma impressão digital.

Vucetich, em seus estudos, tomando por base sua classificação e a presença ou não destes deltas, dividiu os desenhos digitais em 4 (quatro) tipos básicos ou fundamentais: o ARCO, a PRESILHA INTERNA, a PRESILHA EXTERNA e o VERTICILO, tipos que se caracterizam, respectivamente, pela ausência de delta, como o arco; pela presença de um delta à direita do observador, como a presilha interna; pela presença de um delta à esquerda do observador, como a presilha externa; e pela presença de um delta à esquerda e outro à direita, como o verticilo, descrevendo as linhas papilares círculos concêntricos ou espiralóides, no centro da polpa digital.

Na simbologia, estes tipos são representados por letras maiúsculas, para os polegares e, por algarismos, para os demais dedos.

Assim, VERTICILO = V — 4; PRESILHA EXTERNA = E — 3; PRESILHA INTERNA = I — 2; e ARCO = A, restando a expressão já identificada por VEIA, que, acima de tudo, termina auxiliando a própria memorização.

Em outras palavras, quando o arco, a presilha externa, a presilha interna e o verticilo se oferecem nos polegares, de ambas mãos, na convenção, são designados pelas letras A, I, E e V.

Se, no entanto, as figuras surgirem nos outros dedos, na mesma con-

venção, são designados pelos algarismos 1, 2, 3 e 4, respectivamente, em que A = 1; I = 2; E = 3; e V = 4.

Convém, ainda, atentarmos que as letras são, sempre, empregadas aos polegares e as anotações numéricas aos demais dedos, dispostas de tal ordem que um arco, no polegar, escreve-se A; e, nos demais dedos, é representado pelo algarismo 1 (um).

7.1 *Fixação de uma fórmula dactiloscópica* — Fórmula dactiloscópica é a sucessão de letras e algarismos que configuram os tipos fundamentais de uma pessoa, a partir do polegar direito até o mínimo esquerdo, representada por uma fração, na qual se escreve, na parte destinada ao numerador, a mão direita, designada por SÉRIE e, no local reservado ao denominador, as anotações da mão esquerda, que é designada por SEÇÃO, conforme o modelo abaixo:²²

SÉRIE A 2. 4. 4. 3.

SEÇÃO I 1. 2. 3. 2.

A série compreende a fundamental correspondente ao polegar direito e a divisão aos quatro dedos restantes da mesma mão (indicador, médio, anular e mínimo).

Da mão esquerda ou seção, escreve-se a letra correspondente ao polegar, que se chama subclassificação e os algarismos correspondentes aos quatro outros dedos, da mesma mão, chamados subdivisão.

Dividem-se ainda estes quatro tipos fundamentais em subtipos, a saber: ARCO SIMPLES (se for apenas curvo); ARCO ANGULAR (quando a curva for quase fechada em ângulo);

22. Fórmula tomada da obra de HELIO GOMES, p. 87.

PRESILHA LONGITUDINAL (quando acompanha o comprimento dos dedos); PRESILHA TRANSVERSAL (quando fica deitada); PRESILHAS VERTICILADAS (quando, em chegando ao tórulo fácil, enrolam-se como se fossem fazer um verticilo).

Sem qualquer dificuldade os subtipos de um verticilo são definidos pelo seu próprio nome.

7.2 *Pontos característicos* — São detalhes reservados e somente revelados após exame metucioso de uma coisa ou pessoa, permitindo sua distinção, principalmente quando a priori entre si os seres guardam aparente identidade, distinguindo-se, porém, pelos seus próprios caracteres intrínsecos e extrínsecos.

Na dactiloscopia, não é impossível, no exame de dactilogramas de diversos indivíduos, o encontro, dentre eles, de dois que sejam portadores da mesma fórmula, ou seja, duas fichas com semelhante classificação. Ao desavisado talvez possa parecer que os desenhos papilares sejam idênticos. Todavia, não os são, posto que, do contrário, desserviria a Dactiloscopia à própria finalidade a que se propõe. Diferenças subjacentes são reveladas através de um exame metucioso que realçam os traços distintivos.

Pontos característicos são, pois, particularidades que apresentam as linhas papilares no seu percurso através da polpa digital.

No encontro de 12 a 20 destes pontos, numa e noutra impressão, o analista pode afirmar, à evidência, que foi estabelecida a identidade de uma pessoa, sendo o estudo de valia inestimável na diferenciação de indivíduos dactiloscópicos muito semelhantes.

21 SILVIO TERRA e MAC CORD, ob. cit., p. 313.

Segundo Vucetich, que se deteve no exame de tais pontos, em sua obra "Dactiloscopia comparada", esses pontos são os seguintes: a ILHOTA, que é um pequeno fragmento de papila; a CORTADA, que se identifica pela presença de um fragmento de papila maior do que a ilhota; ENCERRO, que se caracteriza quando duas papilas, antes, paralelas, unem-se, nas extremidades, encerrando uma pequena porção da polpa digital; FORQUILHA, quando uma papila se separa em ângulo agudo; BIFURCAÇÃO, quando a papila se separa em ângulo curvilíneo.²³

A relevância destes pontos está em que diferenciam, ou caracterizam ou individualizam os dactilogramas.

7.3 Combinações — Combinações numerosas podem apresentar os diferentes elementos das impressões e, assim, com as variedades e mais os pontos característicos, milhões são as possibilidades de cálculos dessas combinações, sem que sejam deparados dois indivíduos com iguais impressões.

7.4 Arquivamento — Idealizou o gênio Vucetich, ainda, dois armários, contendo cada um 180 (cento e oitenta) gavetas, guardando-se, no primeiro, as fichas das Séries A, I e E e das Seções, A, I e V e, no segundo, aquelas que possuíssem a Série V e as Seções A, I, E e V, além de outras destinadas ao registro das figuras anômalas, representadas estas pelos defeitos conhecidos por sindactilia, megalodactilia, polidactilia, microdactilia, ectodactilia e, do mesmo modo, os casos de anciloidade e amputação.

²³ ARNALDO AMADO FERREIRA, ob. cit., p. 49.

8. Conclusão

Este é o estudo sumário que fazemos da Dactiloscopia, sua origem e evolução. Processo eficaz e infalível de identificação individual que, ao nascer, recebeu, inicialmente, de seu autor, a designação de ICNOFALAN-GOMÉTRICO, ao qual cedeu lugar o ANTROPOMÉTRICO, de Alphonse Bertillon, que, objetivando criar um processo racional, digno e humano, levou anos a fio a estudá-lo, ensinando o desaparecimento das seqüelas anteriormente referidas e produzidas como meio identificador dos que se dispusessem à infringência de preceitos erigidos em tipos penais.

Do exposto, concluímos não ser a identificação dactiloscópica um processo tendente a determinar, unicamente, a identidade de criminosos, senão, também, ao estabelecimento de uma identidade que tanto pode ser civil como criminal, moderna e cientificamente. Processam-na, por isso, além dos órgãos das polícias federal e estadual, outros da Administração Pública em geral, conquanto só os que se ocupem da pesquisa de antecedentes criminais estejam autorizados ao fornecimento das respectivas folhas.^{23-a}

^{23-a} Foi a Lei nº 947, de 29 de dezembro de 1902, que introduziu a identificação dactiloscópica criminal, no Brasil, substituindo a antropometria. Esta lei foi regulamentada pelo Decreto nº 4.764, de 5 de fevereiro de 1903. A identificação civil é mais moderna, tendo sido somente adotada em 3 de agosto de 1907. A identificação da pessoa humana, a partir do momento em que se possa colhê-la, deveria ser elaborada ao tempo do registro do nascimento, encarregando-se os cartórios de pessoas naturais de sua remessa às polícias estaduais e ao Serviço Nacional de Identificação, sediado em Brasília. Pelo Decreto nº 52.144, de 17 de junho de 1963, o Ministério da Justiça, por intermédio do Departamento de Polícia Federal, está au-

Contrariamente aos suplicios da antiguidade, a identificação não deve assumir o caráter punitivo, ainda que a infração cause certa repercussão. Argumenta-se que ela não é sanção nem tem como pressuposto a culpabilidade, senão a própria necessidade de estabelecer identidade.

Sem embargo de opiniões mais abalizadas, entre as quais as que sustentam devesse ocorrer a identificação só após a denúncia ou condenação do indivíduo, é indubitoso cons-

torizado a assinar convênios com os Estados e Territórios destinados a promover intercâmbio de informações no setor de identificação, de modo a permitir, na Capital da República, no Instituto Nacional, a centralização de prontuários criminais de todo o País e a utilização dos mesmos, em proveito dos órgãos policiais e judiciários. De acordo com o mencionado convênio, as Secretarias de Segurança se obrigam a preencher formulários informativos conforme instruções que o Instituto fornece. O Manual de Orientação do Sistema de Identificação Criminal, que tem como objetivo a instrução dos conveniados em relação ao correto preenchimento dos Boletins do Sistema, poderia versar sobre a identificação civil, instruindo-se o registro de nascimento sobre essas instruções e finalidade. Aliás, aquele sistema, integram-se, também, os boletins de distribuição judicial e de decisão judicial. O primeiro visa informar para qual órgão o procedimento é distribuído, sua data e número de seu registro. Dito boletim, no esclarecimento insito no Manual, é emitido pelo INI e, posteriormente, encaminhado, juntamente, com a folha de antecedentes criminais, aos institutos de identificação das unidades da federação. É, ainda, encaminhado à unidade policial instauradora do inquérito ou processo para sua anexação à contracapa dos autos correspondentes para complementação em Cartório Judicial, tal o de Decisão Judicial, remetido na mesma ocasião. As instruções para preenchimento são claras e bem elaboradas, não requerendo, pois, qualquer dificuldade ao atendimento das cláusulas estatuídas no convênio, salvo à evidência a necessidade de acrescer-se aos conveniados servidores para o desempenho do novo encargo.

tituir constrangimento a sua ordenação contra pessoa já devidamente identificada precedentemente, visto que, subjacentemente, se nos afigura resquício do período pré-científico em que se utilizava o recurso de ferir as partes mais nobres daqueles afirmados delinquentes.²⁴

²⁴ No mesmo sentido da dispensabilidade ao portador de preexistente registro nos órgãos policiais de identificação, entre nós, os renomados juristas ARI FRANCO, *Código de Processo Penal*, 4ª edição, vol. I, p. 54; EDUARDO ESPINOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Editora Rio, vol. I, 1976, p. 287, cujas palavras tratamos: "além de tomar as declarações dos indigitados autores, a autoridade policial os sujeitará ao processo de identificação, sempre quando possível pelo sistema dactiloscópico, providenciando para ser junta aos autos a respectiva folha de antecedentes judiciais, cujo esclarecimento, se necessário, deve ser iniciado imediatamente, mediante providências da própria autoridade policial, no inquérito, a fim de que, como ocorre muita vez, não fiquem processos parados em juízo, aguardando os resultados de outros movidos contra os réus. A identificação, dessa forma, visa, não só a permitir o conhecimento da vida judiciária anterior do indiciado, como também levar ao conhecimento do instituto competente a circunstância de estar sendo suspeitado da atual transgressão penal. Por isso, o art. 23 do novo Código de Processo Penal atribui, como obrigação, à autoridade policial, quando fizer remessa do inquérito ao juiz competente, dar, em ofício, ao Instituto de Identificação e Estatística, ou à repartição congênere, a notícia do juízo, ao qual tiver sido distribuído o mesmo inquérito, com os esclarecimentos sobre a pessoa do indiciado e a infração penal, de que é acusado... Sendo essa a finalidade da identificação, está-se a ver não há por que sujeitar a tal medida o indiciado que, exibindo carteira de identidade, documentar a realidade de já estar identificado no distrito da culpa; de acordo com as indicações da mesma carteira, o Instituto de Identificação terá conhecimento da acusação e estará apto a fornecer a folha de antecedentes judiciais. O que nunca se poderá dispensar — prossegue o autor — é a tomada da im-

Pela evolução do instituto, temos refugir a exigência a sua finalidade, negando-se o avanço da ciência no estudo da identificação humana.

Não incientes de que o assunto é polêmico, o processo deve inspirar segurança e tranqüilidade ao cidadão que, cumprindo um dever cívico, identifica-se precedentemente, em órgão oficial, que lhe confere um registro, capacitando-o aos diversos atos da vida social e jurídica.

pressão do polegar do indiciado nas três partes destacáveis do boletim individual, de que trata o art. 809 do Código, a cujo comentário remeteu ao leitor. Veja-se, também, HELENO CLAUDIO FRAGOSO, in *Jurisprudência Criminal*, vol. II, Editor Borsol, RJ, 1973, p. 271, para quem a providência a que alude o art. 6º, VIII do CPP constitui medida vexatória imposta ao cidadão indiciado, que a lei presume inocente, não se justificando no caso em que já se acha ele identificado no lugar em que o fato ocorreu. Em sentido contrário, porém, já decidiu o STF não constituir constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente (Rec. Ext. nº 82.662-DF, Rel. AN, 1ª T., em 5 de dezembro de 1975, in "D. de Justiça", de 19 de março de 1976, RTJ, 77/646 — Súmula 568), conquanto se tenha notícia da concessão de *habeas corpus* a portadores de registro policial, tendo como suporte fático a existência, nos assentamentos policiais, de elementos de sua individualização, como, *v.g.*, fotografia, de elementos de sua individualização, sinais morfológicos e impressões digitais, armazenados em verdadeiros bancos de dados. A dispensabilidade sustentada repousa sobretudo no fato de que a identificação civil e criminal, dentro da estrutura organizativa policial, se processa, de regra, num só órgão (IPF), que detém, em última análise, todo o material necessário ao fornecimento das informações acerca do indivíduo identificado previamente. Sobre a recusa à sujeição da identificação, ainda que esta se dirija aos portadores da cédula oficial, inobstante assumam caráter claramente contravençional, implica na infringência do disposto no art. 330 do Cód. Penal, presentes à espécie os elementos do tipo de desobediência.

Infratores ocasionais, às mais das vezes, ainda que portadores da cédula de identidade, são apenados antes do pronunciamento judicial.

Referimo-nos à imutabilidade, perenidade e variedade dos desenhos papilares, os quais, a qualquer momento, oferecem segura pesquisa, objetivando a investigação dos registros lançados contra o eventual infrator.²⁵

Walter P. Acosta, na sua preciosa obra *O Processo Penal*, Coleção Jurídica da Editora do Autor, p. 51, 14.ª ed., 1979, alude que, "com fundamento na individual dactiloscópica que recebe, e depois de confrontá-la, graças a uma série metodizada de pesquisas em seus arquivos, com a coleção de individuais que possui, o Instituto de Identificação fornece à delegacia de polícia, ou juízo criminal, conforme o caso, para juntar aos autos (do inquérito policial ou da ação penal), a folha de antecedentes, ou folha penal do indiciado" documento que consigna todos os re-

25 São princípios válidos para todos os tempos e lugares. São imutáveis porque não se modificam por doença, desgaste ou mesmo ação voluntária do próprio indivíduo. Perenes porque se conservam durante toda a existência da vida e, na morte, quando subsistirem os tecidos. Variáveis, porque se não conhece, até hoje, hipótese de dois indivíduos com iguais desenhos, inclusive gêmeos do mesmo ovo, nada obstante a semelhança assinalada em alguns casos. Estas qualidades, por si, revelam o valor máximo atribuído à Dactiloscopia, da qual a impressão digital, sob todos os efeitos, é a prova mais completa, mais positiva e mais concludente da identidade das pessoas. É, de fato, uma necessidade social, considerada mundialmente indispensável na seleção de elementos que não devem, como nocivos à tranqüilidade e à segurança pública, ser confundidos com outros que lhes sejam sobretudo homônimos que a vida civil tanto nos revela.

gistros criminais porventura lançados, anteriormente, contra o mesmo, com anotações relativas à delegacia de origem, à data da infração penal e às decisões proferidas.

Como assinalou, "é o registro moral do indiciado", cujos desvios prévios são processados, entre nós, no Instituto Félix Pacheco, nome dado ao seu incentivador, com o concurso de técnicos de órgão de processamento de dados do Estado.

Enfatizamos devesse este tipo de identificação, dentro da investigação policial, ser aplicada, somente, aos seguintes casos:

1.º) quando o indivíduo não haja sido, previamente, identificado em órgãos das polícias federal ou estaduais;

2.º) quando recaísse fundada suspeita sobre a autenticidade da identidade civil do infrator, ou melhor, afirmado ou indigitado infrator da norma penal;

3.º) ao cadáver, haja ou não sido encontrado com documento identificador, na falta de parentes ou qualquer pessoa que pudesse reconhecê-lo;

4.º) quando houvesse determinação judicial.

Entretanto, como é a lei que determina a identificação, resta-nos, sob seu império, *legis mentis magis est attendendum quam verbis*, como proposta à tese, postular que a identificação não se subordinasse à possibilidade, senão, pela lógica, à necessidade, cuja aferição pode levar ao próprio interesse público da dispensabilidade ou não da identificação pelo processo dactiloscópico, presentes, à evidência, os pressupostos aplicáveis à espécie.

A disposição do inciso VIII, do art. 6.º, do Código de Processo Penal, com efeito, teria o seguinte enunciado:

Art. 6.º — Logo que tiver conhecimento da prática de infração penal, a autoridade policial deverá: omissis

VIII — ordenar a identificação do indiciado pelo processo dactiloscópico, se necessária, fazendo juntar aos autos sua folha de antecedentes.

Nessas condições, se o que a lei impõe é a juntada da folha de antecedentes, porque o art. 42 do Cód. Penal prescreve que o juiz deve fixar, dentro dos limites previstos, a qualidade e quantidade da pena, tendo em vista, entre outras circunstâncias, os antecedentes, reveladores da maior ou menor periculosidade do agente, não resta dúvida poder o documento a que se refere a lei ser requisitado ao órgão de identificação.

Justifica-se porque a razão de ser da folha de antecedentes não se confunde com o fim último da identificação do indivíduo.

O mais importante a registrar nisto tudo é que, em se vivendo, na atualidade, dentro de uma política desburocratizante, nos parece insuscetível, no sistema da veracidade das afirmações, em que direitos são adquiridos e obrigações são assumidas, em quase todos os seguimentos da vida pública, com a simples declaração do próprio interessado, enquanto, por outro lado, levam-se horas e mais horas na identificação dactiloscópica de um cidadão já prontuariado, que, simplesmente, na direção de seu automóvel, dirigindo com cautela ou diligências exigidas, vê-se abalroado, restando, porém, vitimado seu eventual acompanhante ou mesmo o

próprio condutor do veículo abalroador.

Este é o mau uso do instituto. É o retrocesso predito e registrado no início destas linhas.

Na crítica sempre abalizada de Nilo Batista, renomado cultor das ciências sociais e jurídicas, inspirada no mais puro sentimento taylorista à ênfase da superfluidade, chamamos à colação o seu depoimento inidível.

De fato, diz o mestre, "se a identificação dactiloscópica se destina a tornar certa a identidade civil da pessoa física indiciada, e a requerer ao departamento competente sua fo-

lha de antecedentes penais, não há motivo razoável para a imposição da vexatória medida, quando possa o envolvido exibir carteira de identidade, com o que suprem ambos os objetivos."

"Fazer identificar aquele que identificado está, na sua magistral lição, para poder requerer aquilo que requerido já poderia ter sido, é operação que consiste, a uma, em perda de material e tempo de funcionários, e, a outra, em ato de puro arbítrio, ou surrealismo processual" (*Decisões Criminais Comentadas*, Liber-Juris, Rio de Janeiro, 1976, p. 83 e 84).

DEI DELITTI E DELLE PENE *

Revista de Estudos Sociais, Históricos e Jurídicos sobre a Questão Social

Esta revista abre uma nova fase de estudos sobre a questão criminal. Nasceu de iniciativa do grupo fundador da revista do mesmo nome, com a colaboração de outros estudiosos italianos e estrangeiros e pretende continuar o trabalho de pesquisa e debates com a mesma política cultural e os mesmos objetivos. A rica experiência que frutificou junto ao grupo penalístico da Universidade de Bolonha constitui um patrimônio comum que alimenta tanto esta nova iniciativa como aquelas que tal grupo terá autonomamente.

Ao afirmar a continuidade do trabalho desta revista acerca do caminho percorrido durante os sete anos de *La Questione Criminale* se deve ter em consideração não só as experiências positivas que tivemos até agora, senão também as dificuldades e as mudanças que se verificaram ao longo destes anos. Três eram os pontos relevantes do programa traçado no primeiro editorial daquela revista: a construção de uma criminologia crítica; a pesquisa dos princípios de uma nova política criminal alternativa; a definição de um novo modelo integrado de ciência penalística.

1. A construção de uma criminologia crítica, isto é, de uma teoria político-econômica sobre a criminalidade e o sistema penal, que denun-

ciasse as consequências da crise irreversível do modelo etiológico da criminologia positivista, estudando, desta forma, criminalidade e comportamento desviado como ponto de chegada de processos de definição e de seleção, através dos quais as relações sociais de desigualdade vêm reproduzidas e legitimadas.

O modelo de controle social (*labelling approach*) determinou, nos estudos sobre o comportamento desviado, uma mudança de objeto. Tal objeto vem assim redefinido como aquele conjunto de processos que, numa dada sociedade, em certo momento histórico, seleciona eventos e ações pertinentes à justiça penal e, de modo mais geral, às agências de controle social. Uma tal "mudança de paradigma", introduzida na sociologia do comportamento desviado e que encontra resposta, no âmbito da ciência jurídica, na postura antinaturalista que caracteriza o moderno positivismo jurídico, é condição necessária (e foi um ponto de partida fundamental) para uma criminologia crítica, mas não é condição suficiente. Uma revisão do *labelling approach* parece de fato fundamental no desenvolvimento de uma criminologia crítica. Os aspectos de maior inade-

* Editorial de lançamento. Tradução da Dra. PAOLINA LEONE CANDIA HRYNIEWICZ.

quação do *labelling approach* são já bem conhecidos e podem ser sintetizados nos seguintes pontos: a) uma insuficiente atenção à gênese estrutural dos processos de domínio; b) uma distorção idealística que arrisca conduzir ao desconhecimento das conseqüências sociais de ações e eventos definidos como criminosos; c) uma redução do conflito às suas manifestações políticas; d) e, por fim, uma perspectiva de política criminal ambígua e obsoleta — mantida entre a opção “permissivista” (descriminalização, não intervenção, etc.) e a opção “terapêutica” (descentralização, ampliação dos serviços sociais, etc.).

A adoção do *labelling approach* no âmago de uma leitura marxista do social — adoção que caracterizou a criminologia crítica sobretudo na Itália, mas também em outros países — veio, por outro lado, num momento e de modo tal que ensejou uma metodologia nem sempre adequada à compreensão do objeto de análise. Esta metodologia, em realidade, terminava por operar uma espécie ou círculo vicioso: o objeto dos processos de criminalização, estigmatização, exclusão, etc., vinha aprioristicamente individualizado em uma “classe operária” com limites não suficientemente precisos, mas presunto personalidade principal do conflito contra o “sistema”, através daquela entidade política denominada “movimento operário organizado”. Dessa forma, procedia-se a uma série de identificações fáceis: do movimento operário com a classe operária, desta com toda a área da exclusão e da marginalização, desta última com o objeto de processos de criminalização, e, vice-versa, do objeto da criminalização com a área da exclusão, com a classe operária,

com o movimento operário, reduzindo assim o conflito a conflito entre dois únicos atores.

No plano teórico se arriscava, deste modo, de um lado, cair numa etiologia simplificada (as causas sócio-econômicas da não-conformidade) e, de outro lado, na conhecida distorção através da qual “comportamento desviante” viria individualizar toda a área de potencial antagonismo ao sistema — precisamente reforçando os processos que como tal a definiam. No plano político, o modelo se traduzia na individualização de um interlocutor privilegiado, o movimento operário organizado, ao qual se endereçavam análises e sugestões, enquanto sujeito portador dos interesses de emancipação e justiça.

A revista pretende afrontar como problemático o que se tendia a dar por resolvido, desde muito tempo. Que grupos, áreas, interesses, comportamentos estão implicados nos processos seletivos da justiça penal, como estão e por que; a relação entre esses processos, os outros processos de controle social, e a dinâmica dos conflitos. Deste ponto de vista *específico*, a revista trará uma contribuição ao estudo da problemática mais geral relativa à mudança da composição de classe, da natureza e do modo de operar do Estado, na dinâmica dos conflitos.

Na atual discussão sobre o comportamento desviante, crime e percepção deste, tem-se revelado fundamental, nos últimos tempos, a contribuição de uma historiografia que não tenha permanecido insensível à “troca de paradigma” ocorrida nos estudos criminológicos e que, conquanto tenha trazido materiais de reflexão insubstituíveis para o desenvolvimento de uma teoria crítica so-

bre os sistemas de controle social, raramente valeu-se do modelo do controle social, hoje dominante na criminologia crítica. Por isso, no programa desta revista, os estudos históricos representam um momento que qualifica os estudos jurídicos, sociais e políticos.

A luz das experiências colhidas nas atuais discussões no campo da Criminologia crítica, a adoção do paradigma do controle social comporta um trabalho de tipo epistemológico voltado para a clarificação de algumas questões fundamentais: a) o sentido e os limites com os quais se pode falar de “objetividade” no estudo do comportamento desviado; b) a cognoscibilidade de um *referencial material*, na realidade social e comportamental, ao qual se possa reportar a construção “subjéctiva” dos problemas sociais; c) o estatuto científico do conhecimento deste referencial. A pesquisa sobre tais questões destina-se a encontrar espaço nas páginas desta revista, sob uma tripla dimensão: sociológica, histórica e jurídica, e na imediata confrontação político-criminal diante da situação italiana. Mesmo sem querer antecipar os resultados da pesquisa, pode-se, desde já, afirmar que o paradigma do controle social não pode — e não deve — conduzir a uma espécie de redução idealística e subjéctivista dos problemas reais, tal como ocorreu, por vezes, nas correntes fenomenológicas e interacionistas da sociologia contemporânea. Em particular destacamos o agnosticismo teórico ligado à dita redução, e o conseqüente abandono da pesquisa destinada a individualizar, nas situações sociais e comportamentais, o referencial material ao qual pode ser orientada a análise dos processos de

construção subjéctiva dos problemas sociais. Também destacamos o desempenho ético-político que acompanha aquele agnosticismo teórico e que se traduz no abandono do trabalho de crítica e de projeção no que tange às políticas e às práticas sociais.

2. O segundo ponto basilar do programa com o qual em 1975 se abria *La Questione Criminale* era a pesquisa dos princípios de uma política criminal alternativa, que adotava como ponto de vista emancipatório o interesse das classes subalternas, a justiça e a igualdade social: uma “política criminal do movimento operário”, como foi denominada em debate organizado em 1975 por aquela revista. Através de um trabalho de análise empírica, bem como de reconstrução teórica, a nova revista quer contribuir para uma ulterior fase da pesquisa dos princípios de uma política criminal alternativa, inserindo-se de modo autônomo no atual movimento para descriminalização e para a reforma do sistema penal e de controle social. Como fundamento desta pesquisa resta, como antes, a opção ideal e política para uma ampliação das liberdades e da igualdade substancial. Estes são os pontos de vista heurísticos e políticos que entendemos adotar para um repensar das formas de *construção* e de gestão institucional e comunitária dos problemas sociais do comportamento desviado e para a indicação de formas alternativas no bojo de uma estratégia mais geral de antagonismo cultural e político, nos confrontos dos atuais segmentos da sociedade.

A contribuição que a revista quer dar à realização de uma política criminal alternativa está intimamente ligada aos resultados de uma pesqui-

sa de caráter mais geral sobre sociedade e Estado, em cujos confrontos o momento técnico de elaboração de instrumentos eficazes de tutela e de garantias jurídicas que devem condicioná-los não pode ser um ponto de partida mas de chegada. Trata-se de antepor ao trabalho técnico-jurídico, ou, pelo menos, fazê-lo acompanhar de um amplo trabalho interdisciplinar realizado sob a perspectiva historiográfica, sociológica e politológica um trabalho para o qual a revista pede a colaboração também dos juristas, junto aos expoentes da cultura progressista na Itália como em outros países.

3. O terceiro ponto que qualificava o programa de 1975 era a construção de um novo modelo integrado de ciência penal. A relação que se queria promover entre as ciências sociais e criminológicas de um lado, e a dogmática penal de outro, no quadro de uma moderna abordagem interdisciplinar da questão criminal, pretendia ser muito diferente daquela que estava na base do velho modelo da *gesamte Strafrechtswissenschaft*. Neste, a criminologia, entendida positivisticamente como ciência etiológica, representava uma disciplina auxiliar da dogmática. No novo modelo de ciência penal integrada, buscado pela *La Questione Criminale* e por esta revista, estabelece-se uma relação de todo diversa entre a dogmática, entendida como técnica jurídica que preside à construção e a aplicação do direito penal, e um saber crítico que se volta não só para as condutas anti-sociais, mas também para o funcionamento real do sistema penal, fazendo uso do método das ciências sociais e históricas.

Segundo este modelo se faz necessário examinar, de um ponto de

vista externo ao sistema positivo, também a dogmática jurídica que é, juntamente com a legislação, a jurisprudência, etc., uma das instâncias principais que concorrem para o funcionamento do sistema penal. A adoção de um ponto de vista externo é tanto mais essencial hoje pois o edifício dogmático, também em consequência da maior sensibilidade dos juristas em relação aos problemas políticos e sociais ligados à atual crise da justiça penal, parece permeado por uma crise positiva de transformação, que interessa tanto suas bases epistemológicas quanto as principais estruturas conceituais. Os conceitos de antijuridicidade material e de bem jurídico, os critérios de imputação e de averiguação, sobretudo, o conceito de culpabilidade, o sistema das penas, os princípios do processo, são hoje, em todos os mais avançados setores da ciência penal, objeto de uma reflexão crítica que pode levar a transformações notáveis.

Estas transformações, por sua vez, não podem deixar de ter enorme importância para a reformulação das políticas e das práticas sociais e, portanto, para a construção de uma política criminal alternativa. A contribuição do jurista nesta reconstrução crítica de seu específico saber de um ponto de vista externo e interdisciplinar, que a revista não deixará de solicitar em todas as ocasiões, não é menos importante do que o trabalho que se desenvolve no interior da ciência jurídico-penal. Trabalho este, por outro lado, que não só será seguido e documentado nas páginas desta revista enquanto se desenvolve em órgãos especializados na Itália e no exterior, mas para o qual a revista se propõe a oferecer contribuições precisas no âmbito de um programa

e através de uma linguagem que se dirige a um público mais vasto do que aquele constituído por pessoas "afeitas a tais trabalhos".

Este trabalho no interior do sistema é necessário sob um duplo aspecto. Em primeiro lugar porque constitui um termo de referência técnica que assegura ao trabalho interdisciplinar desenvolvido do ponto de vista externo ao sistema o contínuo debate sobre uma matéria hoje tão vivamente em movimento. Mas também por outras razões: as hipóteses de transformações setoriais ou gerais do sistema de controle social, em que poderá traduzir-se a passagem de uma criminologia crítica a uma política criminal alternativa, têm necessidade, além de um largo consenso político, também de uma mediação técnico-jurídica, através da construção de instrumentos dogmáticos novos e da transformação dos existentes. A contribuição da técnica jurídica é essencial para assegurar, também nos confrontos de novos modelos de intervenção institucional e de gestão dos problemas sociais, um regime de certeza e aquelas garantias jurídicas próprias do estado de direito, que são condições necessárias, embora não suficientes, para a manutenção das liberdades civis nas democracias modernas.

4. Assumindo, por exigências positivas, um critério ordinatório das temáticas capazes de evidenciar o nível de abstração teórica das mesmas, parece-nos que o primeiro objeto desta intervenção interdisciplinar deve desenvolver-se em torno às mudanças epistemológicas das disciplinas relacionadas com o interesse da revista (ciências jurídico-penais, históricas e sociológicas): se e, eventualmente, com que efeitos, a crítica do

paradigma etiológico na proposição de uma abordagem da questão criminal, que se funde sobre o modelo da "construção social" do comportamento desviante, proponha necessariamente uma relação diversa entre o estudo do comportamento desviante e do controle social, mais do que uma revisão crítica no próprio modo de pesquisar nas disciplinas acima mencionadas.

A tal problema se liga diretamente um outro, cuja solução parece já prejudicial à possibilidade de orientar teleologicamente e, portanto, politicamente a própria revista: se o superamento crítico do relativismo subjetivístico ligado a uma leitura fenomenológica da questão criminal seja de modo a individualizar um "referencial material" de tal questão. O que é lido, pela especialidade jurídico-penal, como individuação do "bem jurídico", bem como das técnicas de tutela se apresenta na criminologia crítica com mais acentuada dramaticidade e põe diretamente em discussão quer o próprio conceito de comportamento desviado, quer as relações entre a teoria materialista da criminalidade e a própria criminologia crítica, quer, em última análise, o problema do superamento de uma perspectiva puramente garantidora da mesma.

Nesta ótica — melhor: somente sob esta dimensão problemática se enriquece de valor o estudo crítico dos processos "internos" da política criminal e da política penal: dos problemas de descriminalização e despenalização às técnicas alternativas de tutela, das transformações dos aparelhos institucionais (cárcere, magistratura, polícia, etc.) às experiências de descentralização administrativa de algumas funções de controle social.

Torna-se assim significativo, e foge, portanto, a qualquer possível acusação de *querela* acadêmica, tomar posição entre utopias abolicionistas, em particular nas expressões mais radicais, e teorias neoliberais, como conseguiram exprimir-se nos fenômenos de decarcerização e nas políticas antiinstitucionais, patrimônio já agora tradicional das forças políticas progressistas. As possibilidades de reflexão sobre estas questões nodais são múltiplas: parece-nos interessante, por exemplo, ressaltar a exigência de reconsiderar temáticas clássicas, como a função da pena, uma vez que aí se encontra, como de fato se encontra, um ponto de não retorno da ideologia reeducativa e, em conseqüência, nos confrontos do modelo terapêutico de defesa social.

Esta última questão enfrenta aquela sempre discutida e "suspensa" do garantismo e dos seus limites, no específico aqui indicado do momento da execução penal, mas que não há como não ser estendido à fase da produção legislativa. Não só: sob o mesmo prisma deve-se interrogar sobre os novos sistemas de controle social que tendem a privilegiar técnica de natureza premial (ver lei sobre os "arrepentidos") ou mesmo sobre o significado ou uma progressiva ampliação da esfera administrativa nos confrontos do direito penal (ver nova legislação sobre toxicod dependência e criminalidade de menores); bem como sobre o significado de algumas formas de privatização do controle em setores que eram originariamente monopólio do direito repressivo.

Estes últimos temas — direta ou indiretamente relacionados aos problemas conexos às transformações

institucionais das agências de controle social no presente contexto histórico — não podem ser estudados separadamente das radicais transformações ocorridas na imagem social do comportamento desviado, como pode surgir nas relações entre ideologias hegemônicas, opinião pública, *mass-media* e a própria auto-representação da cultura criminal ou desviante.

Particular interesse apresenta, portanto, a análise dos processos sociais e institucionais de definição em relação às formas pelas quais se manifestam os novos conflitos, como expressão do impacto entre sujeitos portadores de interesses e necessidades institucionalmente não mediáveis e sistema social (neste sentido vejamos os novos processos de criminalização e de controle das mulheres e dos jovens).

Resta, por fim, prestar particular atenção ao estudo de realidades de certo modo "distantes" do controle social, tal como se verifica nos países de capitalismo desenvolvido: faz-se aqui referência às estratégias de controle e ao uso do próprio conhecimento criminológico nos países do terceiro mundo, ou mesmo, nos países do dito socialismo real. São estas hoje as *questões* cruciais sobre as quais a revista articula o trabalho de pesquisa, documentação e debate. Um saber interdisciplinar sobre a questão criminal assim como a *utopia concreta* da transformação e da redução do sistema punitivo no bojo de modelos integrados de intervenção institucional sobre os problemas sociais do comportamento desviado são os princípios reguladores de uma vasta obra de redefinição dos problemas e de reconstrução de técnicas de intervenção, que deve fazer parte, nas inten-

ções da revista, da estratégia através da qual as forças progressistas são chamadas hoje, na Itália e em outros países, ao desafio histórico que lhes é lançado por um projeto conservador de pacificação autoritária da sociedade.

5. A revista aparece após um longo trabalho de preparação e de organização que permitiu individualizar, no âmbito do comitê científico e de um mais vasto grupo de amigos e colaboradores, um programa de pesquisa e de produção que alimenta os três fascículos anuais do primeiro triênio, além de alguns cadernos.

A atividade descrita nos fascículos da revista, nos "Quaderni" e em outras eventuais iniciativas editoriais, no âmbito dos programas da Società Editrice De Donato, é, sobretudo, uma atividade de pesquisa. Esta empreende, por um lado, programas específicos já adotados por diversos órgãos universitários na Itália e no exterior, onde operam colaboradores da revista. Por outro lado, o comitê científico da revista assume diretamente a preparação e a coordenação de progra-

mas de pesquisa que versam sobre o que foi dito nas páginas precedentes sobre a análise sociológica, histórica e jurídica do sistema penal e do controle social. Estão previstos para o primeiro ano de atividade alguns seminários dos quais participarão, além dos membros do comitê científico, numerosos italianos e estrangeiros que se interessam pela iniciativa da revista.

A estruturação dos fascículos não apresenta grandes diferenças em relação às rubricas da *La Questione Criminale*. Três novas rubricas foram aduzidas às precedentes. As rubricas que serão de regra inseridas são: "Estudos", "Entrevista com..." (rubrica nova), "Debates", "Fatos", "Resenhas", "Documentos", "Pesquisas", "Cinquenta Títulos sobre..." (nova rubrica bibliográfica), "Notícias", "Imagens" (nova rubrica fotográfica ou gráfica), "Sumários".

A revista é editada quadrimestralmente em fascículos com 180 páginas. Em concomitância com o primeiro fascículo da revista (março/abril 1983) será publicado o primeiro da série dos "Quaderni".

COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA

CRIME DE IMPRENSA. RESPONSABILIDADE SUCESSIVA. PRESIDENTE DA EMPRESA QUE EDITA O JORNAL.

No julgamento do RHC 61.121-4, a 2.^a T. do STF decidiu sobre interessante hipótese relativa a direito penal de imprensa. Por matéria não assinada, dada como ofensiva à honra de funcionário público, o Ministério Público oferecera denúncia contra o presidente da sociedade comercial que editava o jornal. A Corte Suprema deu provimento ao recurso de *habeas corpus* para anular o processo, consignando a ementa: "Tendo-se que é do diretor do jornal a responsabilidade da matéria publicada e tida como afiguradora de crime de imprensa — responsabilidade que ele, aliás, expressamente assumiu —, é de anular-se a denúncia oferecida contra o Presidente da empresa, podendo, porém, outra ser apresentada contra o aludido diretor e, se vier a ser identificado, também contra o autor da notícia considerada ofensiva". Foi relator do recurso o Min. Aldir Passarinho (DJ 16.3.84).

Cremos ser correta a orientação esposada pelo aresto, e cremos que a própria lei de imprensa indica tal solução.

Dispõe o art. 28, inc. II da Lei n.º 5.250/67: "O escrito publicado em jornais ou periódicos sem indicação de seu autor considera-se redigido i

— (...); II — pelo diretor ou redator-chefe, se publicado na parte editorial".

Pela mesma linha, reitera o art. 37, inc. II, al. 2: "São responsáveis pelos crimes cometidos através da imprensa e das emissoras de radio-difusão, sucessivamente: I — (...); II — quando o autor estiver ausente do país, ou não tiver idoneidade para responder pelo crime: a — o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico; (...)".

Verifica-se, pelo texto legal, e até pela assimilação do "diretor" aí referido ao "redator-chefe", que esse diretor é aquela pessoa à qual está afeta a editoração do jornal, isto é, a supervisão editorial. Tal cargo, onde não se usem as expressões "redator-chefe", ou "editor-responsável", vem caracterizado como "diretor", *tout-court*.

Não fosse esta interpretação claríssima, e consonante com o sistema de responsabilidade sucessiva, o § 1.º do art. 7.º dirimiria qualquer dúvida: "Art. 7.º (...) § 1.º Todo jornal ou periódico é obrigado a estampar, no seu cabeçalho, o nome do *diretor ou redator-chefe*, que deve estar no gozo dos seus direitos civis e políticos, bem como (...) (*omissis*)".

A relevância desse registro do "diretor ou redator-chefe" no expediente já foi destacada por decisões: "O meio legal de se conhecer a identidade do diretor ou redator-chefe de qualquer periódico, para fim de fixação de responsabilidade sucessiva por crime de imprensa, em caso de escrito sem indicação do respectivo autor, é o propiciado pelo art. 7.º da Lei de Imprensa" (5.ª C. TACrimSP, AC 219.647, Relator Juiz Fernando Prado, in *Julgados TACrimSP* 65/208).

Vale recordar que a questão da responsabilidade penal, especialmente num sistema de responsabilidade sucessiva, se estrutura em normas cuja natureza não admite o emprego da analogia. O que a lei quer é transferir a responsabilidade para a pessoa que dirige a editoração do periódico. O processo deve ser movido contra o *diretor ou redator-chefe*, não se podendo, por construção analógica, substituir tal figura por qualquer outra (veja-se RT 321/551, onde consta decisão impedindo a substituição do redator-chefe pelo gerente).

Ora, o *diretor do jornal* pode nada ter a ver com o presidente ou mesmo qualquer *diretor da empresa que edita o jornal*.

Hipótese semelhante à presente foi examinada pelo TJGB, no julgamento do HC 18.767, relator o Des.

Oduvaldo A Britta. A ementa frisa que "Diretor da empresa que edita o jornal tem posição diferente da de *Diretor do Jornal* na apuração da co-autoria". Foi a ordem concedida para trancar a ação penal quanto ao Presidente, frisando o voto do relator: "Diretor-presidente de *empresa editora de jornal* praticamente não tem ingerência na redação ao ponto de poder controlar as respectivas publicações, e a denúncia, especificando esse ato atribuído ao aludido paciente, incidiu num erro que, vingando, estabeleceria uma hipótese de co-autoria em todos os processos por delitos de imprensa, o que levaria aos maiores absurdos. Há de ser o segundo paciente, pois, excluído da ação penal" (RJ TJGB 6/391).

Vale a pena transcrever passagem do voto do Min. Aldir Passarinho, no acórdão que motivou o presente comentário: "Parece claro, dos termos da lei, que a indicação de diretor ou redator-chefe não é no sentido de que se possa fazer indiscriminadamente a indicação daquele que deva ser processado à livre escolha do que se sentir atingido pela publicação, mas sim daquele que deva ser considerado como responsável pela parte editorial do jornal e que, normalmente, não é o presidente da empresa" (*Nota de Nilo Batista*).

FIANÇA. CRIMES EM CONCURSO MATERIAL. SOMA DAS PENAS INADMISSÍVEL.

A Lei n.º 6.416/77, em boa hora, alterou substancialmente as regras processuais sobre a fiança. Passaram a ser afiançáveis, em princípio, os crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada não seja superior a dois anos (art. 323, I CPP). Trata-se de saber se, em caso de con-

curso de crimes, material ou formal, deve levar-se em conta o aumento de pena para recusar a fiança, se a soma da pena mínima a ser aplicável, ao conjunto de infrações, for superior a dois anos. Respondemos pela negativa.

A matéria, no entanto, tem sido bastante controvertida na jurisprudência. O STF já decidiu que devem ser somadas as penas dos crimes em concurso material, não podendo ser concedida fiança se esta soma exceder de 2 anos de reclusão. Essa decisão foi proferida no RHC 60.046, pela 1.ª Turma, por unanimidade, sendo relator o Min. Oscar Corrêa (RTJ 102/624). A 3.ª Câmara Criminal do TJ do Rio de Janeiro, no HC 5.705, relator o des. Rafael Cirigliano Filho, já adotou o mesmo entendimento. O argumento utilizado é o de que a fiança só pode ser concedida a quem, condenado, teria direito à suspensão condicional da pena. Por isso, não se poderia cogitar de fiança no caso de concurso de crimes, em que a soma das penas mínimas ultrapasse de dois anos.

O argumento, a nosso ver, não procede, representando uma interpretação desfavorável que a lei não autoriza. A circunstância de ser alguém indiciado da prática de mais de um crime não significa que necessariamente deva surgir uma condenação e, muito menos, condenação a pena superior a dois anos. Seja como for, a acusação só surge com a denúncia recebida. Parece-nos que essa orientação deflui de uma visão demasiadamente repressiva da justiça criminal, em desacordo com a tendência universal nessa matéria.

No bom sentido, pronuncia-se Fernando da Costa Tourinho Filho (*Processo Penal*, Bauru, Jalovi, 1979, III, 460), ensinando que, para aplicação do que dispõe o art. 323, I, CPP, "a pena mínima, aqui, é a do crime considerado em sua individualidade. *Havendo concurso, não se somam as penas mínimas*". O TFR, no HC 4.235, julgado pela 2.ª Turma, no qual foi relator o saudoso Min. Amárilio Benjamin, também já decidiu que "não tem cabimento somarem-se as penas dos crimes atribuídos, para o efeito de denegar o favor" (DJ 6.4.78, 2.002). Por outro lado, a 4.ª Câmara Criminal do TJ do Rio de Janeiro, no HC 7.723, relator o des. Fabiano Franco, igualmente decidiu que "a aferição da pena mínima que não exceda de dois anos não admite a soma dos mínimos no concurso de crimes, para basear o indeferimento (da fiança)". (DO de 28.9.82).

Esperamos firmemente que o precedente do STF não se imponha aos juizes dos tribunais. Nelson Hungria (*Comentários*, I, 1, 77) criticava asperamente o juiz fetichista da jurisprudência, o juiz de fichário e catálogo, que se põe genuflecto diante dos pronunciamentos dos tribunais, como se fossem livros sagrados de alguma religião cabalística. Como dizia o mestre, com insuperável autoridade, o Supremo Tribunal tem apenas o privilégio de errar por ultimo. (*Nota de H.C.F.*)

RESENHA BIBLIOGRÁFICA

How to combat torture, Relatório de um colóquio internacional, Genebra, 1983.

Nos dias 28 e 29 de abril de 1983, um conjunto representativo de especialistas em direitos humanos reuniu-se em Genebra para tratar das formas de combate à tortura. O encontro se realizou nas instalações da Organização Internacional do Trabalho, tendo sido convocado pelo Comitê Suíço de Combate à Tortura, com o apoio de numerosas organizações internacionais. Este volume refere-se a esse evento, reproduzindo as conclusões e os principais documentos apresentados e discutidos na ocasião. Aqui encontramos os relatórios de Francis Blanchard (da OIT), de Alexander Hay (do Comitê Internacional da Cruz Vermelha), de Thomas Hammaberg (da Amnesty International), de Niall MacDermot (da Comissão Internacional de Juristas), entre outros.

A tortura é universal e será difícilimo extirpá-la. Em 1973 a Anistia Internacional iniciou uma campanha em nível mundial para a abolição da tortura. Em 1975, por ocasião de seu V Congresso, realizado em Genebra, as Nações Unidas adotaram uma declaração contra a tortura. Em 1979, a ONU adotou o Código de conduta para funcionários encarregados de fazer cumprir a lei (Resolução da Assembléia Geral n.º 34/169, de 17 de dezembro de 1979). No mesmo ano, o Conselho da Europa adotou a declaração sobre a polícia (Resolução n.º 690/79, da Assembléia Parlamentar). A ONU também aprovou, em 1982, os Princípios de Ética Médica relevantes para as funções do pessoal de saúde, particularmente médicos, na proteção de prisioneiros e pessoas detidas, contra a tortura e outros castigos cruéis, desumanos ou degradantes. Neste momento, encontra-se na Comissão de Direitos Humanos um projeto de convenção contra a tortura. Esse projeto resultou de anteprojeto elaborado pela Associação Internacional de Direito Penal (cf. "Revue Internationale de Droit Pénal", vol. 48, 1977, 267), em reunião realizada em 1977. A tortura se tornará explicitamente crime internacional com a Convenção, mas na atualidade já se considera que o direito internacional costumeiro atribui à tortura tal qualificação. Esse direito internacional costumeiro foi invocado por importante decisão proferida por tribunal federal nos Estados Unidos, na qual um membro da polícia paraguaia foi processado por danos infligidos a um jovem paraguaio.

Como se percebe, existe extensa preocupação internacional com a tortura. Nos casos de regimes ditatoriais, principalmente os que adotaram a doutrina da segurança nacional (com a sua concepção de guerra interna), temos a tortura institucionalizada, como rotina da investigação. Na América Latina, foi o caso da Argentina e do Brasil, e continua sendo o caso do Chile e do

Uruguai. Nesses casos, a tortura suscita violentas campanhas no âmbito internacional, havendo prova consistente da ação violenta das autoridades. Nos outros casos, porém, em que a tortura se pratica nas dependências policiais, contra delinquentes comuns, é extremamente difícil combatê-la.

Um conjunto de medidas aparecem recomendadas no Colóquio a que se refere esta publicação. A arma mais contundente contra a tortura é a informação e a divulgação. Nesse sentido, os meios de comunicação desempenham papel importante. A nosso ver, é fundamental que as leis do processo adotem o princípio da exclusão da prova obtida mediante tortura, ou seja, ilegalmente. É a *exclusionary rule* que prevalece no direito americano. Essa regra de ouro foi adotada pela Suprema Corte em 1914 (*Weeks v. United States*) a princípio limitada aos tribunais federais, e depois, em 1961 (*Mapp v. Ohio*) estendida aos tribunais estaduais. Veja-se o excelente conjunto de estudos sobre o assunto publicados na revista "Criminal Justice Ethics", vol. 1 n.º 2 (1982). A exclusão da prova ilegalmente obtida é a única e real forma de prevenir a brutalidade policial.

Este pequeno volume será extremamente útil para todos os que se interessam pelo magno problema da tortura.

H.C.F.

LOPEZ-REY y ARROYO (Manuel), *Criminologia Internacional*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1983.

Ninguém melhor do que Lopez-Rey para tratar da Criminologia Internacional, pois nenhum criminólogo, mais do que ele, tem circulado nos últimos 50 anos, por congressos e reuniões internacionais, pondo-se em contato com os aspectos internacionais da criminalidade. Durante longo tempo desempenhou ele atividades técnicas nas Nações Unidas, visitando inúmeros países, em vários pontos do mundo, para realizar estudos e programas.

Podemos hoje falar em criminalidade nacional, internacional e transnacional. Nacional é a criminalidade que ocorre em determinado país. Internacional é a criminalidade que se refere a fatos previstos como crimes internacionais, em tratados e convenções. É o caso da criminalidade de guerra e do genocídio; da tortura, do tráfico de pessoas, terrorismo, etc. Por criminalidade transnacional entende-se a que se realiza numa pluralidade de países.

O esforço por sistematizar e estudar a Criminologia Internacional é, evidentemente, louvável. O autor reúne neste volume, supondo que isso é Criminologia internacional, todas as atividades que, no plano internacional, têm-se realizado, tendo o crime e o criminoso por objeto. Refere-se aos primeiros congressos penitenciários internacionais, que se realizaram no século passado, bem como aos diversos congressos de antropologia criminal, celebrados a partir de 1885. História depois as atividades da Comissão Internacional Penal e Penitenciária, criada em 1880. A Comissão foi absorvida pela ONU em 1950. Seu trabalho foi, em parte, continuado pela Fundação

Internacional Penal e Penitenciária. Diversos congressos realizou a CIPP e o autor se refere com detalhes à participação nos congressos de Praga (1930) e Berlim (1935), dos brasileiros Mendes de Almeida e Noé Azevedo.

Trata, depois, o autor das atividades desenvolvidas pela Liga das Nações, destacando-se o esforço para reprimir o tráfico de brancas e a circulação de publicações obscenas. Também em matéria de drogas, escravidão, pirataria, terrorismo, menores e reforma penitenciária a Liga das Nações realizou várias reuniões, de que resultaram atos internacionais.

Em seguida, o autor examina a extensa atividade desenvolvida pelas Nações Unidas a partir dos Comitês de peritos, organizados a partir de 1947 e 1948, e dos congressos que, a partir de 1955 (Genebra), se organizam a cada cinco anos. No primeiro congresso foram aprovadas as Regras Mínimas para o tratamento de prisioneiros. No segundo congresso, celebrado em Londres (1960), fixou-se a tese em que tanto se tem insistido, de coordenação entre a planificação nacional e a prevenção do crime. Os temas dos diversos congressos são expostos, em seus aspectos mais salientes.

Refere-se depois Lopez-Rey aos diversos institutos da ONU, aludindo à malograda instalação de um instituto latino-americano em São Paulo. Hoje são três os institutos (Costa Rica, Japão e Egito), sem contar o de Roma (UNSDRI), fundado em 1968. Além disso, o autor examina a atividade dos organismos internacionais (OIT, UNESCO, OMS, Interpol, IATA, etc.) destacando suas atividades na área que nos interessa.

Na primeira parte do livro o autor faz uma espécie de resenha de atividades científicas internacionais, terminando, aliás, com comentários injustos e infelizes sobre o que se tem feito na Venezuela e na Colômbia. Ignorando por completo o trabalho acadêmico significativo que tem realizado o grupo de criminólogos latino-americanos, liderados pelos colegas do Instituto de Criminologia da Universidade del Zulia, em Maracaibo, Lopez-Rey depreciativamente alude às correntes de criminologia marxista na América Latina, dizendo que se dedicam mais à realização de propaganda ideológica.

Na segunda parte do livro dispõe-se o autor a tratar do conteúdo e fins da criminologia internacional. E começa por dizer que as criminologias nacionais, em regra, são marcadamente causalistas e individualisticamente orientadas, obstinando-se em manter um conceito confuso e difuso de delinquência juvenil. Operam, quase exclusivamente, com uma porção limitada da criminalidade convencional. Em contrapartida, a Criminologia internacional despreza a indagação causal, não pretende elaborar teorias ou modelos e insiste em relacionar o fenômeno da criminalidade com os processos de desenvolvimento em nível nacional-internacional. Por outro lado, a Criminologia internacional se ocuparia da criminalidade como um todo, sem separar a criminalidade comum da oficial, semi-oficial e ideológica. Entende o autor que a contribuição básica da Criminologia internacional é a de que a criminalidade é um todo global de índole fenomênica e sócio-política inerente a toda sociedade nacional e internacional. Assim sendo, a finalidade, da política criminal, não é a de suprimir a criminalidade, mas sim a de reduzi-la a proporções compatíveis com o desenvolvimento de dita sociedade.

A seguir Lopez-Rey examina as estatísticas criminais de vários países, sem que se possa entender o significado que apresentam para uma Criminologia internacional. E trata da criminalidade não convencional, de desenvolvimento e criminalidade, de criminalidade de guerra e violação criminosa de direitos humanos, criminalidade e sistema penal, terrorismo, drogas e vítimas da criminalidade. A obra termina com um conjunto de dez conclusões, que reproduzem muitas das idéias já expostas pelo autor em outras obras, sem que se possa saber o que é próprio da Criminologia internacional.

A obra constitui uma tentativa modesta de elaborar uma Criminologia internacional, que evidentemente não se confunde com o esforço internacional para estudo e compreensão do crime. A Criminologia é ou tende a ser uma ciência e como tal só se pode conceber em termos de universalidade. De uma Criminologia internacional só se pode validamente falar quando se trata de estudar a criminalidade internacional ou transnacional, sob os diversos aspectos em que hoje consideramos o fenômeno da delinquência. Esse trabalho está apenas começando.

Recomendamos, porém, o livro de Lopez-Rey. Trata-se de um mestre, com notável experiência, com quem temos sempre o que aprender.

H. C. F.

BATISTA (Nilo), *Decisões Criminais Comentadas*, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1984, 2.^a edição.

Esta revista deu notícia, em exata resenha bibliográfica, do aparecimento da primeira edição desta obra (RDP 27/121). Esta segunda edição apresenta-se consideravelmente ampliada, com o estudo de diversas outras questões de particular interesse, o que servirá para aumentar a utilidade do volume. Nele se reflete a competência e o talento do autor, que é hoje, sem dúvida, um de nossos melhores especialistas.

H.C.F.

LIVROS NOVOS RECEBIDOS

DIREITO PENAL

- BARRETO (Augusto Dutra), *Pena de Morte*, São Paulo, EUD, 1983.
- BERGMANN (Alfred), *Das Unrecht der Nötigung*, Berlim-Munique, Duncker e Humblot, 1983.
- BUSTOS RAMIREZ (J.) — VALENZUELA BEJAS (M.), *Le Système pénal des pays de l'Amerique Latine*, Paris, Editions A. Pedone, 1983.
- CASTELO BRANCO (V. P.), *O advogado diante dos crimes sexuais*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1983 (6.^a edição).
- CHIAPPINI (Júlio O.), *Problemas de Derecho Penal*, Santa Fé, Rubinzal e Culzoni, 1983.
- ESER (Albin), *Juristischer Krundkurs, Strafrecht IV, Schwerpunkt. Vermögensdelikte*, Munique, Beck, 1983 (4.^a edição).
- FASSONE (Elvio), *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bolonha, Il Mulino, 1980.
- FRAGOSO (Heleno Cláudio), *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, Rio de Janeiro, Forense, 1983 (5.^a edição).
- GALINDO (Sanchez), *El derecho a la readaptación social*, Buenos Aires, Depalma, 1983.
- Il diritto dell'informatica: problemi e prospettive*, Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, Jasillo, 1983.
- Il diritto penale europeo dell'economia*, Consiglio Superior della Magistratura, Roma Jasillo, 1983.
- INSOLERA (Gaetano), *L'associazione per delinquere*, Pádua, Cedam, 1983.
- JESUS (Damásio E.), *Prescrição penal*, São Paulo, Saraiva, 1983.
- KÜPER (Wilfried), *Der "verschuldete" rechtsfertigen Notstand*, Berlim-Munique, Duncker e Humblot, 1983.
- LINHARES (Marcello Jardim), *Estrito cumprimento de dever legal, exercício regular de direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- LIMA DE CARVALHO (Márcia D.), *Crimes de Contrabando e Descaminho*, São Paulo, Saraiva, 1983.
- MOROSCO (B. Anthony), *Prosecution and defense of sex crimes*, Seban, Mathew Bender, 1983.
- MONTENBRUCK (Axel), *Strafrahmen und Strafzumessung*, Berlim-Munique, Duncker e Humblot, 1983.
- PIMENTEL (Manoel Pedro), *O crime e a pena na atualidade*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983.

- PROHOL (Michael), *Gemeinnützige Arbeit als strafrechtliche Sanktion*, Berlim e Munique, Duncker e Humblot, 1983.
- PACINI (Dante), *Filosofia da Ciência Criminal*, Rio de Janeiro, Di Giorgio, 1983.
- REALE JÚNIOR (Miguel), *Novos rumos do sistema criminal*, Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- SCHROTH (Ulrich), *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*, Berlim e Munique, Duncker e Humblot, 1983.
- TORRES (Carlos Alberto), *Legislação e prática da Justiça Militar*, Rio de Janeiro, Ed. Trabalhista, 1983.
- TRAVERSI (Alessandro), *Responsabilità penali d'impresa*, Pádua, Cedam, 1983.
- ZAFFARONI (Eugenio Raúl), *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1983, vol. V.

PROCESSO PENAL

- ALMEIDA SALLES JR. (Romeu), *Inquérito policial e ação penal*, São Paulo, Saraiva, 1983.
- CÂMARA (João Meirelles), *No plenário do júri*, São Paulo, Saraiva, 1983.
- CAMARGO ARANHA (Adalberto J. Q. T.), *Da prova no processo penal*, São Paulo, Saraiva, 1983.
- CARRANZA (Elias), *et alii*, *El preso sin condena en America Latina y el Caribe*, San José, ILANUD, 1983.
- FELIPE (Donaldo J.), *Petições penais*, Campinas, Julex Livros, 1983.
- NORONHA (Edgar Magalhães), *Curso de Direito Processual Penal*, São Paulo, Saraiva, 1983 (15.ª edição).
- NOGUEIRA COBRA (C.), *Manual de Investigação Policial*, São Paulo, Saraiva, 1983 (6.ª edição).
- OTHON SIDOU (J. M.), *Habeas corpus, mandado de segurança, ação popular*, Rio de Janeiro, Forense, 1983 (2.ª edição).
- PIERANGELLI (Henrique José), *Processo Penal, Evolução histórica e fontes legislativas*, Bauru, Jalovi, 1983.

CRIMINOLOGIA

- ANIYAR DE CASTRO (Lola), *Criminologia da reação social*, Tradução e acréscimos de Ester Kosovski, Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- BERGALLI (R.) e BUSTOS (J.) (eds.), *El pensamiento criminológico*, vol. I (Un análisis crítico) e II (Estado y control), Bogotá, Temis, 1983.
- CARLEN (Part), *Women's imprisonment*, Londres, Routledge e Kegan Paul, 1983.
- CHICO JÚNIOR, *Drogas*, Rio de Janeiro, Codici, 1983.
- DRAPKIN SENDEREY (Israel), *Imprensa e criminalidade*, tradução e apêndice de Ester Kosovski, São Paulo, Bushatsky, 1983.
- KOSOVSKY (Ester), *Adultério*, Rio de Janeiro, Codici, 1983.
- LEMGRUBER (Julita), *Cemitério dos Vivos*, Rio de Janeiro, Achiamé, 1983.

- LIMA (Elça Mendonça), *Origem da prisão feminina no Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Conselho Seccional da OAB, 1983.
- LEAL (César Barros), *A delinquência juvenil: seus fatores exógenos e prevenção*, Rio de Janeiro, AIDE, 1983.
- LOPEZ-REY Y ARROYO (Manuel), *Criminalidad y Abuso de Poder*, Madrid, Editorial Tecnos, 1983.
- LOMBROSO (Cesare), *O Homem Criminoso*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1983.
- MALAMUD GOTI (Jaime E.), *Política criminal de la empresa, Cuestiones — Alternativas*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1983.
- NOWLIS (Helen), *La verdad sobre la droga*, Paris, UNESCO, 1982, (2.ª edição).
- OLIVEIRA (Edmundo), *Pólos essenciais da Criminologia: o Homem e seu Crime*, Belém, Cejup, 1983.
- PISAPIA (Gianvittorio), *Fondamenti e oggetto della criminologia*, Pádua, Cedam, 1983.
- PITCH (Tamar), *La devianza*, Florença, La Nuova Italia Editrice, 1982, (2.ª edição).
- SOARES (Orlando), *Prevenção e repressão da criminalidade*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1983.
- SÉMELIN (Jacques), *Pour sortir de la violence*, Paris, Les éditions ouvrières, 1983.
- SINISCALCO (Marco), *Depenalizzazione e garanzia*, Bolonha, Il Mulino, 1983.

DIVERSOS

- ARAÚJO LIMA (Carlos), *Os grandes processos do júri*, Manaus, Edição fora do Comércio, s/d (1983), 4.ª edição.
- BEMFICA (Francisco Vani), *O juiz, o promotor e o advogado*, Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- BOLAÑOS S. (Rodrigo), *Manual para el establecimiento de un sistema integrado de estadísticas de criminalidad*, San José, ILANUD, 1983.
- Código Penal — Parte Geral* — Projeto de Lei n.º 1.656, de 1983. Quadro comparativo, Brasília, Senado Federal, 1983.
- Código de Processo Penal*, Projeto de Lei n.º 1.655, de 1983, vol. I e II, Leyla Castello Branco Rangel e Jessé de Azevedo Barquero, Brasília, Senado Federal, 1983.
- Directorio Criminológico Latinoamericano*, Centro de Documentación, ILANUD, San José, 1982.
- Nova Legislação Penal*, Compilação de Taipa de Carvalho, Coimbra Editora, 1983.
- Projetos de reforma penal*. Código Penal, Parte Geral; Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal, Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1983.
- Violência e organização popular*, Cadernos de Justiça e Paz n.º 5, Comissão Pontifícia Justiça e Paz do Paraná, 1983.

Avance, Órgano de la Policía Nacional, Año XV n.º 92, setembro 1983 (Rep. Dominicana).

Crime and Social Justice, n.ºs 19 e 20 (1983).

Doctrina Penal, Buenos Aires, n.º 22 (1983).

L'Indice Penale, Año XVIII n.ºs 1 a 3 (1983).

Revista da Faculdade de Direito da UFG, vol. 4, n.º 2 (jul.-dez. 1980), número em homenagem ao prof. Odin Indiano do Brasil Americano.

Revista da Faculdade de Direito da UFG, vol. 5, n.ºs 1/2, (jan.-dez. 1981), número em homenagem ao prof. Benjamin Moraes.

The Journal of Criminal Law and Criminology, vol. 74, n.º 1, Spring, 1983.

Trânsito, n.º 7 (1983), Revista do Departamento de Operação do Sistema Viário, São Paulo, Secretaria Municipal dos Transportes.

LEIS E PROJETOS

LEI N.º 7.106, DE 28 DE JUNHO DE 1983 *

Define os crimes de responsabilidade do Governador do Distrito Federal, dos Governadores dos Territórios Federais e de seus respectivos Secretários, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

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

Art. 1.º São crimes de responsabilidade do Governador do Distrito Federal ou de seus Secretários, quando por eles praticados, os definidos na Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, ou ainda quando simplesmente tentados.

Art. 2.º É facultado a qualquer cidadão denunciar o Governador ou Secretário do Governo do Distrito Federal perante o Senado Federal.

Art. 3.º Recebida pelo Presidente do Senado Federal, a denúncia, devidamente acompanhada dos elementos que a comprovem, ou da declaração de impossibilidade de apresentá-los, mas com a indicação do local em que possam ser encontrados, será remetida à Comissão de Constituição e Justiça e às que devem examinar-lhe o mérito, depois do que o Senado Federal, por maioria absoluta, poderá decretar a procedência da acusação e a consequente suspensão do Governador de suas funções.

Art. 4.º Declarada a procedência da acusação e suspensão do Governador, a Comissão Especial, constituída por 5 (cinco) Senadores e 5 (cinco) Desembargadores do Tribunal de Justiça, presidida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no prazo improrrogável de 90 (noventa) dias, concluirá pela condenação, ou não, do Governador à perda do cargo, com inabilitação até 5 (cinco) anos para o exercício de qualquer função política, sem prejuízo da ação da justiça comum.

Art. 5.º O Governador do Distrito Federal e os Secretários do Governo, nos crimes conexos com os daquele, responderão, até 2 (dois) anos após haverem deixado o cargo, pelos atos que, consumados ou tentados, a lei considere crime de responsabilidade praticados no exercício da função pública.

§ 1.º Aplica-se o disposto neste artigo aos dirigentes de autarquias, órgãos e entidades do complexo administrativo do Distrito Federal.

* Publicada no DO de 29.6.83.

§ 2.º Na hipótese do parágrafo anterior, a denúncia, a acusação e o julgamento se farão de acordo com a norma do processo administrativo, pelo órgão competente.

Art. 6.º As disposições da presente Lei aplicam-se aos Governadores e Secretários dos Territórios Federais.

Art. 7.º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8.º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 28 de junho de 1983; 162.º da Independência e 95.º da República.

REVISTA DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

Publicações em números anteriores, ainda disponíveis:

- Alcides Munhoz Netto, *Descriminantes putativas fáticas*, n.ºs 17-18 (1975).
Alessandro Baratta, *Marginalidade Social e Justiça*, n.ºs 21-22 (1976).
Alessandro Baratta, *Criminologia crítica e política criminal*, n.º 23 (1976).
Argenis Riera Encinoza, *A dialética da função policial na América Latina*, n.º 29 (1980).
Eduardo Novoa Monreal, *Alternativas e transe do direito penal de hoje*, n.º 24 (1977).
Everardo da Cunha Luna, *Teoria Finalista da ação*, n.º 26 (1976).
Helena C. Fragoso, *Alternativas da pena privativa da liberdade*, n.º 29 (1980).
Helena C. Fragoso, *Sistema do duplo binário: vida e morte*, n.º 32 (1981).
Juares Cirino dos Santos, *Defesa social e desenvolvimento*, n.º 26 (1979).
Lola Aniyar de Castro, *Sistema penal e sistema social: a criminalização e a descriminalização como funções de um mesmo processo*, n.º 30 (1980).
Manuel Lopez-Rey, *Manifesto criminológico*, n.º 24 (1977).
Manuel Lopez-Rey, *Juventude e Criminalidade na Sociedade Contemporânea e Futura*, n.º 29 (1980).
Manoel Pedro Pimentel, *O advogado e a realidade do direito penal*, n.º 27 (1979).
Nilo Batista, *Aborto: a retórica contra a razão*, n.º 27 (1979).
Peter P. Lejins, *A atual crise da política criminal nos Estados Unidos*, n.º 28 (1979).
Roberto Lyra Filho, *Carta aberta a um jovem criminólogo: teoria, práxis e táticas atuais*, n.º 28 (1979).
Roberto Lyra Filho, *A criminologia radical*, n.º 31 (1981).
Severin Carlos Versele, *A cifra dourada da delinquência*, n.º 27 (1979).

Pedidos à Cia. Editora Forense
Av. Erasmo Braga, 299 — 1.º andar
Rio de Janeiro, RJ

SUMÁRIO

DOCTRINA

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO — A reforma da legislação penal	9
JOSÉ FARIA COSTA — Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objetiva no Direito Penal português	16
NILO BATISTA — Bases constitucionais do princípio da reserva legal	54
HELENO CLÁUDIO FRAGOSO — A nova Lei de Segurança Nacional	61

COMENTÁRIOS E ATUALIDADES

JORGE ALBERTO ROMEIRO JÚNIOR — O processo como fonte do Direito Penal romano	71
AFRÂNIO SILVA JARDIM — Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial	76
RENÉ ARIEL DOTTI — O curioso delito de violação do Código de Boas Maneiras	90
ORLANDO SOARES — A violência estrutural e institucional da sociedade capitalista e a criminalidade	96
MOACYR BENEDICTO DE SOUZA — A participação da comunidade no tratamento do delinqüente — APAC —, uma experiência vitoriosa	110
UARACYR SAMPAIO TAVARES — Dactiloscopia	121
DEI DELITTI E DELLE PENE (Revista de Estudos Sociais, Históricos e Jurídicos sobre a Questão Social — Editorial de lançamento, com tradução da Dra. Paolina Leone Candia Hryniewicz)	137

COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA

Crime de imprensa. Responsabilidade sucessiva. Presidente da empresa que edita o jornal	145
Fiança. Crimes em concurso material. Soma das penas inadmissível	146

RESENHA BIBLIOGRÁFICA	149
-----------------------------	-----

LEIS E PROJETOS

Lei n.º 7.106, de 28 de junho de 1983 — Define os crimes de responsabilidade do Governador do Distrito Federal, dos Governadores dos Territórios Federais e de seus respectivos Secretários, e dá outras providências	157
---	-----