REVISTA DE DIREITO PENAL

Diretor: Prof **Heleno C. Fragoso**

Secretário: Dr. **Nilo Batista**

Redação: Trav. Paço, 23 grupos 701/2 — Rio de Janeiro, GB.

Assinaturas:

Na Guanabara: Livraria Cultural da Guanabara Ltda., Rua da Assembléia, 38

Demais Estados:

Editor Borsoi, Rua Francisco Manuel, 51/55, Benfica, ZC-15 — Rio de Janeiro, GB.

Preço dêste volume: Cr$ 20,00
Assinatura anual (4 números) Cr$ 72,00

REVISTA DE DIREITO PENAL

ÓRGÃO OFICIAL DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS DA FACULDADE DE DIREITO CÂNDIDO MENDES

Diretor: Prof. HELENO C. FRAGOSO

N.º 3

JUL. - SET. / 1971

EDITOR BORSOI

Rufianismo e proxenetismo. Incompatibilidade 88
Casa de prostituição. Inépcia da denúncia 88
Casa de prostituição. Locação 88
Miserabilidade. Prova 88
Corrupção de menor. Inexiste se o menor é pessoa já corrompida 89
Sedução. Idade da vítima 90
Receptação dolosa do mediador e receptação culposa do adquirente. Compatibilidade 91
Receptação 91
Cheque sem fundos. Tolerância do credor 93
Cheque em garantia de dívida. Ônus da prova 93
Cheque sem fundos. Não há identidade jurídica entre endôsso e emissão 93
Cheque sem fundos. Competência 93
Cheque sem fundos. Exigência de vantagem ilícita 94
Prescrição. Contagem de prazo 96
Crime comissivo por omissão. Exige o dever jurídico de impedir o resultado 96
Crime contra a honra. Interpelação judicial 98
Estagiário junto à Defensoria Pública e funcionamento no sumário de culpa 100
Sentença condenatória que se baseia em prova colhida no inquérito policial 100
Prescrição pela pena em concreto 101
Crime de automóvel. Agravante pela inobservância de regra técnica .. 101
Delito de circulação. Discordância entre a prova testemunhal e a prova pericial 105
Inquirição de testemunhas por estagiário. Nulidade 106
Porte de arma e mero transporte 106
Citação por edital. Necessidade de esgotar os recursos para localizar o réu 106
Acidente de trânsito. Via preferencial 107
Justiça Militar. A correição parcial é medida idônea para declarar-se a extinção da punibilidade pela prescrição 107
Denunciação caluniosa e calúnia 107
Prova ilegal. Nulidade do processo 108
Rito sumário. Lei 4.611. Assistente do M. P. na fase policial. Nulidade 108
Crime político. Audiência de deputados e senadores arrolados como testemunhas 109

COMENTÁRIOS E COMUNICAÇÕES

Arion Sayão Romita, *Absolvição Sumária no processo dos crimes a que se refere a Lei 4.611* 111
Cesar Salgado, *A reforma do aparelhamento penitenciário da Argentina* 119
Inocêncio M. Coelho, *A obra científica e filosófica de Roberto Lyra Filho* 127
Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Administrativo Brasileiro da Segurança Pública* 134

Embora tenha estado aparentemente em elaboração durante muitos anos, é pouco o que se sabe sôbre os trabalhos preparatórios e o processo de discussão e aprovação do texto do nôvo Código Penal. Iniciamos neste número a publicação de amplo trabalho sôbre o nôvo Código, escrito por quem tomou parte na tarefa e que pode, assim, com segurança, esclarecer fatos e fixar responsabilidades.

Incluímos também nesta edição o notável trabalho do prof. HANS WELZEL *sôbre a culpa e os delitos de circulação, o qual constitui uma das melhores contribuições doutrinárias ao estudo dos crimes culposos. O texto que divulgamos é tradução do prof.* NILO BATISTA *e contém acréscimos e alterações que nos foram enviados pelo autor, constituindo, portanto, uma versão revista de sua excelente comunicação ao VIII Congresso Internacional de Direito Penal.*

O leitor encontrará também parecer do Min. VICTOR NUNES LEAL *sôbre debatida questão relativa ao crime de calúnia, no qual revela o autor a sua fina sensibilidade de jurista, bem como diversos outros artigos em nossa seção de* Comentários e Comunicações. *Aqui estão trabalhos de* ARION SAYÃO ROMITA *sôbre a absolvição sumária na debatida lei 4.611; de* J. A. CESAR SALGADO *sôbre a reforma do aparelhamento penitenciário na Argentina; de* INOCÊNCIO M. COELHO *sôbre a obra científica e filosófica do prof.* ROBERTO LYRA FILHO *e do prof.* DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *sôbre o Direito Administrativo brasileiro da segurança pública.*

Em nosso próximo número, que completará o nosso primeiro ano de publicação vitoriosa, publicaremos completo índice de tôdas as matérias dêstes quatro primeiros números, inclusive de nossa seção de jurisprudência, permitindo assim a formação do volume.

H.C.F.

SUBSÍDIOS PARA A HISTÓRIA DO NÔVO CÓDIGO PENAL

HELENO C. FRAGOSO

1. Tendo participado dos trabalhos de revisão do anteprojeto do nôvo Código Penal, na primeira fase das atividades da comissão revisora, bem como, ràpidamente, na fase final, que antecedeu à promulgação do Decreto-lei, cremos de nosso dever deixar consignado, com absoluta fidelidade histórica, como se desenvolveu todo o processo de elaboração do texto apresentado como definitivo, na parte em que participamos dêsse trabalho. Trata-se de tarefa extremamente delicada e importante, não só para que haja informação geral sôbre os trabalhos preparatórios, como também para fixar e ressalvar responsabilidades.

I

2. Tendo decidido empreender a reforma de tôda a nossa legislação codificada, o govêrno Jânio Quadros incumbiu ao Min. NELSON HUNGRIA, em 1961, a elaboração de um anteprojeto de Código Penal (1). A escolha recaía sôbre consumado mestre na matéria, com larga experiência no preparo de leis penais, sem dúvida o penalista brasileiro de maior prestígio, no país e no estrangeiro. Sua participação nos trabalhos preparatórios do Código de 1940, foi, como se sabe, excepcional. A êle se deve a *Exposição de Motivos* assinada por FRANCISCO CAMPOS e seus *Comentários* são, de longe, a obra mais importante em nossa matéria desde o aparecimento do código.

A estreita vinculação de NELSON HUNGRIA com o Código Penal vigente, de que êle foi o grande defensor e guardião, talvez expliquem

(1) Ao prof. ROBERTO LYRA solicitou-se o preparo de um anteprojeto de Código das Execuções Penais, e ao prof. HÉLIO TORNAGHI, de um anteprojeto de Código de Processo Penal, trabalhos executados em tempo oportuno pelos insignes mestres e amplamente divulgados.

o seu propósito de *preservá-lo* tanto quanto possível. O anteprojeto apresentado ao Govêrno em 1963 manteve bàsicamente a estrutura do código em vigor, cujos defeitos mais graves se procurou eliminar, sendo poucas as soluções inovadoras de maior alcance. Entre estas merece desde logo destaque a eliminação das medidas de segurança detentivas para os imputáveis e a adoção do sistema vicariante para os semi-imputáveis (pena ou medida de segurança).

Na parte relativa às penas e à sua aplicação as insuficiências do anteprojeto eram notórias. Mantinha êle os critérios anacrônicos da legislação em vigor, agravando-os pela inspiração rigorista de tôda essa parte. Convencido da necessidade de tornar a lei mais severa, HUNGRIA propunha a elevação do máximo da pena de reclusão para 40 anos (art. 35, § 1.º), limitando o poder discricionário do juiz na aplicação das agravantes e atenuantes (art. 55), e elevando as penas cominadas a diversos crimes na Parte Especial. Mantinha-se a pluralidade das penas privativas da liberdade, o sistema de agravantes e atenuantes obrigatórias, inclusive a reincidência específica e a orientação do Código Penal vigente quanto às causas de aumento e diminuição da pena, na Parte Especial, que, como se sabe, não obedece a qualquer critério.

O anteprojeto foi publicado pelo govêrno "para receber sugestões", e divulgado através de outras publicações (2). Numerosos trabalhos foram apresentados e nós mesmos realizamos extenso exame crítico do anteprojeto, apresentado em nome da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado da Guanabara (3).

(2) A Imprensa Nacional fêz duas edições, sendo a primeira em 1963 e a segunda em 1965. O texto original constava como apêndice das diversas edições do Código Penal feitas pela Saraiva a partir de 1963, tendo sido publicado na *Revista Bras. Crim. Dir. Penal*, ns. 1 e 2 (abril-junho e julho-setembro, 1963).

(3) Nosso trabalho foi publicado na *Rev. Brasileira de Crim. Dir. Penal*, ns. 2, 3 e 4 (*A reforma da legislação penal*). A mesma revista publicou numerosos outros trabalhos sôbre o anteprojeto, alguns de valor excepcional: THEODOLINDO CASTIGLIONE, *Criminosos habituais e por tendência perante o anteprojeto de Código Penal* (n.º 2, jul.-set. 1963); PAULO JOSÉ DA COSTA JR., *O projeto, o código e a estatística* (n.º 3, out.-dez. 1963) e *O concurso de crimes no anteprojeto* (n.º 4, jan.-mar. 1964); BASILEU GARCIA, *Das penas principais e sua aplicação*; ALCIDES MUNHOZ NETO, *Êrro de fato e êrro de direito no anteprojeto de Código Penal* e ARNALDO RODRIGUES DUARTE, *A pena e a medida de segurança no anteprojeto Nelson Hungria*, todos no n.º 4 (jan.-mar. 1964); EVERARDO LUNA, *A causalidade na omissão no anteprojeto de Código Penal* e RUY JUNQUEIRA DE FREITAS CAMARGO, *Os crimes contra a propriedade imaterial*, ambos no n.º 6 (jul.-set. 1964); J. A. CESAR SALGADO, *A pena no anteprojeto de Código Penal de Nelson Hungria* (n.º 7, out.-dez. 1964); LEONÍDIO RIBEIRO, *O crime de infanticídio e a legislação penal do Brasil* (n.º 8, jan.- mar. 1965) e *O nôvo Código Penal e o problema da responsabilidade* (n.º 9, abr.-jun. 1965) e RAUL CHAVES, *Crimes contra a Fé Pública* (n.º 9, abr.-jun. 1965). NELSON HUNGRIA, embora recolhendo com atenção as críticas, raramente lhes dava resposta. Veja-se, no entanto, a

Apresentados os anteprojetos de Código Penal, de Código de Processo Penal e de Código das Execuções Penais, constituiu o govêrno uma *comissão revisora*, composta dos três autores (NELSON HUNGRIA, ROBERTO LYRA e HÉLIO TORNAGHI), a qual começou a funcionar em janeiro de 1964, iniciando os seus trabalhos com o anteprojeto de Código Penal. Pretendia-se que a mesma comissão revisse os três projetos, que seriam posteriormente enviados ao Congresso. O professor ROBERTO LYRA, que presidia à comissão revisora, opinou no sentido de que os anteprojetos fôssem mandados ao Congresso como se achavam, sendo vencido (4). Diante disso, reservou-se para votar apenas em caso de empate.

Já ia longe o trabalho de revisão, concluindo-se o que se referia à Parte Geral, quando sobrevieram os acontecimentos políticos de março de 1964, surgindo então um nôvo govêrno, de que foi Ministro da Justiça o eminente senador MILTON CAMPOS.

Pretendeu-se então dar prosseguimento aos trabalhos, sendo convocada a comissão revisora anteriormente designada. O prof. ROBERTO LYRA, no entanto, escusou-se, afirmando estar "convencido de que uma obra de tanta magnitude científica e de tanta delicadeza técnica não deve sobrecarregar e desviar, nesta hora, um parlamento ressentido e emprazado" (5).

Em 9 de fevereiro de 1965, o Ministro MILTON CAMPOS decidiu dissolver a anterior comissão revisora e designar outra, composta do Min. NELSON HUNGRIA e dos professôres HÉLIO TORNAGHI, ANÍBAL BRUNO, bem como do autor do presente (6).

Sob a presidência do Prof. ANÍBAL BRUNO, a comissão entrou a funcionar imediatamente, com reuniões regulares, que se prolongaram por vários meses. Realizaram-se as reuniões em ambiente de grande cordialidade e respeito, sendo incensurável o modo pelo qual se comportou mestre HUNGRIA. Como sabem os que tiveram o privilégio de conhecê-lo e de com êle conviver, era HUNGRIA polemista emérito, dotado de espírito brilhante e rara inteligência, obstinado na defesa de suas idéias, como seus escritos tantas vêzes revelam. Chegaram até nós as notícias das disputas terríveis havidas na elaboração do código

defesa que fêz de seu projeto ante nossa crítica (*Em tôrno ao projeto de Código Penal, in Rev. Bras. Crim. Dir. Penal*, ns. 3, 4 e 5, out.-dez. 1963, jan.-mar. e abr.-jun. 1965).

(4) O Decreto n.º 1.490, de 8/11/62, estabelecia a obrigatoriedade do exame dos projetos por comissão revisora.

(5) Cf. ROBERTO LYRA, *Nôvo Direito Penal*, 1971, pág. 30. Solicitou o mestre ao Ministro da Justiça que não se cuidasse de seu anteprojeto: "Em relação ao meu anteprojeto de Código das Execuções Penais, que é uma tentativa de criação e avanço, dirijo a V.Exa. emocionado apêlo no sentido de deixar sua revisão e seu encaminhamento para oportunidade mais propícia".

(6) Cf. *Diário Oficial*, 10/2/1965, pág. 1664. O prof. HÉLIO TORNAGHI não participou dos trabalhos de revisão. Nosso nome havia sido proposto pelo prof. ROBERTO LYRA para integrar a comissão anterior, tendo sido por ela aprovado.

vigente, notadamente com o Prof. ROBERTO LYRA, de quem o separavam fundas diferenças de orientação doutrinária. O próprio HUNGRIA nos confidenciou certa feita que os trabalhos dificilmente teriam chegado a têrmo, se VIEIRA BRAGA não tivesse sido convocado para integrar a comissão revisora, pois êste aliava a seus notáveis dotes intelectuais um espírito cordato e conciliador. Havia, pois, razão para anteciparmos dificuldades nos trabalhos que cumpria realizar. É, no entanto, rigorosamente justo consignar que nenhuma queixa podem ter de NELSON HUNGRIA os seus companheiros daquele trabalho. Êle estêve sempre disposto a receber as críticas e propostas de revisão a seu trabalho de espírito aberto e boa vontade, aceitando-as muitas vêzes e apresentando novas fórmulas (7).

3. Durante vários meses funcionou a Comissão Revisora, tendo encerrado o que deveria ser a primeira parte de seus trabalhos em fins de 1965. O projeto revisto deveria ser passado a limpo, distribuindo-se cópias aos membros da Comissão, ficando entre êles acertado que uma segunda leitura do texto revisto deveria realizar-se. Várias questões haviam ficado em aberto, e um estudo comparativo deveria ser feito quanto às penas cominadas, na Parte Especial.

Ficamos, assim, os membros da Comissão, aguardando que de nôvo nos convocassem para o prosseguimento do trabalho. Parece, no entanto, que o govêrno se havia desinteressado do assunto, talvez em face dos graves problemas políticos que àquela época o ocupavam, e não mais recebemos qualquer notícia do projeto. NELSON HUNGRIA externou, em várias oportunidades, desde então, o seu desânimo, não mais acreditando que o trabalho realizado pudesse vingar.

4. Com o passar do tempo, as insuficiências e os defeitos do projeto revisto foram-se tornando evidentes a nossos olhos (e seguramente ao próprio NELSON HUNGRIA). O prof. ANÍBAL BRUNO certa vez nos disse que preferiria desvincular o seu nome do trabalho de revisão, se o projeto se convertesse em lei na forma em que o havíamos deixado. Em verdade, porém, o trabalho não estava concluído, devendo-se esperar pela oportunidade de reexaminá-lo, numa segunda leitura do projeto, como já mencionamos (8).

5. Em janeiro de 1969, recebemos comunicação telefônica de NELSON HUNGRIA, dando conta de que o Ministro da Justiça de então, o Prof. GAMA E SILVA, o avisara de seu propósito de editar o nôvo Código Penal por decreto imediatamente. A Câmara Federal e o Senado achavam-se então em recesso, por fôrça do Ato Institucional n.º 5.

(7) Sòmente em dois pontos insurgiu-se tenazmente HUNGRIA contra a opinião de seus colegas: na questão do crime continuado (pela manutenção do critério puramente objetivo, contra a maioria, que pretendia abandoná-lo) e na incriminação do adultério (que se pretendia, contra seu voto, eliminar).

(8) O projeto revisto está publicado na revista *Justitia*, ns. 68 e 69.

Estava, já então HUNGRIA, gravemente enfêrmo, vítima de insidiosa moléstia que o levaria à morte, em 26 de março.

Ponderámos ao mestre que o projeto revisto não estava em condições de se transformar em lei como se achava, lembrando que ficáramos de realizar uma segunda leitura, bem como que diversas questões haviam ficado em aberto. Assinalámos também a necessidade de reexaminar várias outras questões. Era evidente, porém, o desejo de NELSON HUNGRIA em ver o seu projeto finalmente transformado no nôvo Código Penal. Disse-nos estar convencido de que não haveria possibilidade de que isso ocorresse se tivesse de depender de aprovação pelo Congresso. Recolhendo, porém, as ponderações que fizéramos, com a bondade e o carinho que sempre nos dispensou, prometeu chamar-nos quando recebesse do Ministério da Justiça os originais do projeto na forma em que a Comissão Revisora o havia deixado em 1965, para que eventualmente o examinássemos em conjunto, convocando em seguida o Prof. ANÍBAL BRUNO, para que se pronunciasse sôbre as alterações acaso introduzidas no texto que se afirmava definitivo.

6. Faleceu, no entanto, o mestre, sem que nenhuma notícia nos desse. Dias após a sua morte, procurou-nos o secretário da Comissão Revisora, com os originais do projeto revisto, para dizer que o Ministro NELSON HUNGRIA, pouco antes de falecer, os havia devolvido ao Ministério da Justiça, com a recomendação de que os enviassem a nós para que elaborássemos a respectiva Exposição de Motivos, sendo tal incumbência confirmada pelo Ministro da Justiça. Imediatamente esclarecemos ao diligente funcionário que o projeto não estava em condições de ser promulgado, explicando-lhe o que já antes disséramos ao próprio HUNGRIA, e que receberíamos a tarefa honrosa, que expressava a confiança do velho mestre, com a condição de um preliminar reexame meticuloso do texto. E a isso nos dedicamos, tendo podido verificar que, aos defeitos do original, outros acrescentara o serviço do Ministério da Justiça, com erros graves na transcrição e até com a omissão de artigos.

Ia longe o nosso trabalho de revisão do texto, quando fomos avisados, por simples comunicação telefônica, que estávamos desincumbidos da tarefa, pois a Exposição de Motivos seria redigida pelo próprio pessoal do Ministério.

7. Foi, portanto, com surprêsa, que recebemos, em meados do ano, ofício a nos convocar para reunião destinada ao exame de algumas propostas finais relativas ao texto que se julgava definitivo. O Ministro da Justiça havia designado o Prof. ALFREDO BUZAID para a coordenação geral da reforma dos códigos, e sob presidência dêste realizaram-se então algumas reuniões, com os remanescentes das comissões revisoras dos anteprojetos de Código Penal e de Código Penal Militar. Estiveram presentes apenas os professôres IVO D'AQUINO e BENJAMIN MORAES, pois o Prof. ANÍBAL BRUNO, doente, escusou-se.

O Ministério da Justiça havia solicitado a alguns professôres que se pronunciassem sôbre o projeto revisto (9). Apresentou então o Prof. BUZAID várias propostas de alteração do texto revisto, sendo algumas muito importantes (sôbre relação de causalidade, imputabilidade e êrro de direito, por exemplo). Grande parte, no entanto, referia-se à redação, com emendas quase sempre muito felizes. Havia grande pressa em concluir o trabalho, pois anunciava-se a reabertura do Congresso e o govêrno tinha o firme propósito de editar os Códigos por decreto. Isso não obstante, repetimos ao Prof. BUZAID as ponderações que várias vêzes fizéramos sôbre o trabalho da Comissão Revisora, solicitando que nos desse oportunidade para propor emendas e correções. Tendo em vista a extrema urgência, propusemos modificações apenas no que concerne à Parte Geral, restringindo-nos ao que nos parecia mais importante e com possibilidades de ser aprovado sem profundas alterações sistemáticas. Quarenta e cinco emendas foram por nós propostas, sendo quase tôdas aprovadas. Quanto à Parte Especial, dada a urgência, nada se podia reexaminar. A Exposição de Motivos foi redigida por nós na Parte Geral e pelo Prof. BENJAMIN MORAES, na Parte Especial.

Pronto o trabalho datilografado às pressas para o seguinte despacho ministerial, entrou novamente num ponto morto, com a doença e depois com o falecimento do presidente COSTA E SILVA e a situação política complicada que então se criou. Nessa oportunidade o professor BENJAMIN MORAES reexaminou com mais vagar o projeto, introduzindo-lhe modificações, sobretudo na Parte Especial. Nenhuma participação tivemos nessa fase do trabalho, nem sabemos quem aqui interferiu ou colaborou. O Código foi promulgado pela Junta Militar que governava o país, em 21 de outubro de 1969 (Dec.-lei n.º 1.004), devendo entrar em vigor em 1.º de janeiro de 1970, juntamente com o nôvo Código Penal Militar e o nôvo Código de Processo Penal Militar (10). A nova legislação castrense entrou efetivamente em vigor, mas o nôvo Código Penal teve prorrogado o período de vacância. Embora tenha sido fixada a data de 1.º de janeiro de 1972 para que entre em vigor, é pouco provável que isso ocorra, pois se anuncia o envio de projeto de lei ao Congresso com emendas ao texto promulgado. Isso é, a nosso ver, realmente indispensável, como procuraremos demonstrar na continuação dêste trabalho.

(9) O Ministério Público de São Paulo chegou a elaborar um nôvo anteprojeto, mantendo, bàsicamente o código vigente, nos pontos fundamentais. Formulou também sugestões, ouvindo o prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES. Cf. *Justitia*, n.º 67, págs. 361 e seguintes, bem como n.º 68, págs. 358 e 368.

(10) Na breve nota escrita por LUIZ DE MELLO KUJAWSKI, que precede o anteprojeto elaborado pelo M.P. de São Paulo, a que já aludimos, está dito, para estarrecimento e espanto geral que "segundo foi revelado em conferência pública pelo prof. BENJAMIN MORAES FILHO, a publicação do nôvo Código resultou, por engano, de um rascunho inacabado, que será revisto e novamente publicado" (*Justitia*, n.º 67, pág. 362).

CULPA E DELITOS DE CIRCULAÇÃO (*)

Sôbre a Dogmática dos Crimes Culposos

HANS WELZEL

Há exatamente trinta anos, ENGISCH, em sua monografia sôbre intenção e negligência, podia referir-se à "relativa raridade das infrações culposas, apesar da enorme possibilidade de se as praticar" (1). Êste quadro sofreu, desde então, radicais transformações. Das 102.000 condenações ocorridas em 1957, o crime culposo mais importante — o de lesões corporais — alcançou, por larga margem, na República Federal da Alemanha, a cifra mais elevada entre tôdas as infrações do Código Penal. A quarta parte do total de condenações por crimes ou delitos, pronunciadas em 1957, em face de disposições do Código Penal, refere-se a lesões corporais culposas. Mas a *realização* do crime culposo não é apenas, em tema de delitos de negligência, o que aumentou consideràvelmente; a *apenação* de ações culposas apresenta, também, clara tendência ascencional. Sobretudo, certos delitos que eram antes quase desconhecidos são os que chamam cada vez mais a atenção

(*) Tradução de Nilo Batista. O presente trabalho foi apresentado pelo autor ao VIII Congresso Internacional de Direito Penal (Lisboa, 1961), na sessão preparatória de Roma, realizada em maio de 1960, atendendo ao tema *Os Problemas do Direito Penal Moderno com o Desenvolvimento de Infrações Não Intencionais*. O original foi publicado pela *Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe*, editado por C. F. Müller, Karlsruhe, 1961. A tradução foi revista pelo Professor HELENO FRAGOSO, a quem o autor enviou acréscimos e alterações. É oportuno lembrar que a palavra *Fahrlässigkeit* compreende, em alemão, quer a negligência (comportamento culposo *in omittendo*) quer a imprudência ou imperícia (comportamentos culposos *in comittendo*), aspectos afinal casuísticos de uma só situação, em que se faz presente a falta de cautela para com atitudes práticas indispensáveis à vida de relação, essência da conduta culposa. Na presente tradução, preferiu-se o têrmo culpa, por ser corrente em nossa doutrina e na jurisprudência de nossos tribunais (N. T.).

(1) *Untersuchugen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, pág. 476.

do legislador, ou sejam os crimes culposos de perigo. Também a êste respeito ENGISCH podia, falando do ano de 1930, assinalar como uma "circunstância feliz" a aplicação do princípio de que, para os casos de culpa que se reportam a essa época, sòmente as hipóteses de realização consumada do fato típico (vale dizer, casos em que esteja presente um resultado) eram levados a julgamento (2). Enquanto outrora a conduta culposa só merecia castigo, em quase todos os casos, quando o comportamento do autor houvesse ocasionado uma conseqüência indesejável (*lesão* a um bem jurìdicamente tutelado) (3), a exposição a perigo é suficiente cada vez mais hoje em dia (cf. § 316, *b*, C.P.A., §§ 1/49, Ordenação de Trânsito Alemã). Na vida social essas novas figuras de delito ampliaram consideràvelmente a *punibilidade* dos comportamentos culposos (4).

As razões dessa evolução são evidentes: dos 102.000 crimes culposos de lesões corporais que determinaram condenações em 1957, 95.700 estão ligados a acidentes de trânsito. Enquanto que os outros casos de lesões corporais culposas manifestaram, de 1955 a 1957, tendência a regredir (passando de 8.500 a 6.300), as lesões derivadas de um acidente de circulação se elevaram ràpidamente. A evolução dos homicídios culposos foi paralela no mesmo período. ENGISCH tinha certamente razão ao atribuir a relativa raridade dos crimes culposos, nessa época, às funções mentais humanas que nos advertem permanentemente acêrca dos perigos (5). Mas tais funções só exercem plenamente seus saudáveis efeitos no limite das fôrças humanas "naturais", porque dentro *dêste* limite as conseqüências de ligeiros descuidos ou negligências são ordinàriamente tão insignificantes que não ocasionam conseqüências penais de relêvo. Quando, pelo contrário, o homem multiplica suas próprias fôrças pelas fôrças da natureza, a menor negligência tem necessàriamente, muito mais que dantes, efeitos graves e inclusive desastrosos. Reside aí o que torna inquietante o desenvolvimento dos crimes culposos. Os reguladores da ação humana são concebidos, antes de mais nada, parece, em função das fôrças "*naturais*" do homem. Quando, inversamente, o homem se serve de fôrças que ultrapassam amplamente as suas, os reguladores de sua ação já não funcionam com a mesma utilidade e segurança. As coisas se passavam diferentemente ainda numa época em que o emprêgo de fôrças "sobrehumanas" estava limitado a alguns indivíduos selecio-

(2) ENGISCH, ob. cit., pág. 297.

(3) Esclarece-se assim porque a dogmática de então via no resultado o elemento penal mais importante do fato culposo, como ainda em 1952 escrevia MEZGER (*Studienbuch*, I, 4.ª ed., pág. 45).

(4) A estatística criminal federal indica em 1957 25.000 condenações sòmente pela infração do § 316, *b*.

(4) ENGISCH, ob. cit., pág. 476; acêrca disso e das tendências voluntàriamente adquiridas mas que continuam a exercer-se inconscientemente no contrôle de nossas ações, cf. meu artigo *Persönlichkeit und Schuld*, ZStW, 60, págs. 470 e segs., e mais adiante págs. 33 e segs.

nados e especialmente preparados, como na exploração das linhas férreas. Mas, a circulação moderna de *veículos a motor* colocando essas fôrças à disposição de quase todos, o recrudescimento dos crimes culposos, acima descrito, é até certo ponto inevitável. É o tributo que o homem paga por seu progresso técnico.

Entretanto, assim como o progresso técnico é irreversível, também nós não poderíamos, com maiores razões, renunciar a submeter o emprêgo das fôrças técnicas a normas e a regulamentos, e o direito penal se faz indispensável a tal efeito. Mesmo admitindo que uma proporção, mais importante do que se supunha até aqui, de acidentes produzidos em razão do emprêgo de fôrças técnicas, seja atribuida a imperfeições humanas das quais esteja ausente a culpa, ou a defeitos puramente técnicos, o papel assumido pela culpa em sentido penal subsiste com suficiente importância. Além disso, de um dia para outro, inundada a prática judiciária de uma verdadeira maré de comportamentos delituosos, está obrigada a doutrina a consagrar-lhe mais atenção que à época de sua relativa raridade. Sempre que a delinqüência aumenta, a criminologia costuma manifestar-se por seus diversos ramos, tais como a etiologia, a sociologia, a psicologia, etc. Por importantes que sejam, essas investigações não poderiam substituir o estudo dogmático dos elementos do crime e seu interrelacionamento. Essa elaboração dogmática não tende *diretamente*, é certo, a deter o surto dos crimes culposos, mas a evidenciar as bases de uma apreciação dêsses delitos tão disciplinada e equitativa quanto seja possível, e, simultâneamente, a proporcionar ao legislador as formas de construção das regras adequadas, tarefa indispensável a qualquer outra investigação, de tal maneira que essa contribuição *indireta* que a investigação dogmática traz para a luta contra a delinqüência não pode ser suprida por aquelas.

No terreno dogmático há muito o que fazer; e é conveniente estabelecer, de um modo geral, o próprio fundamento do sistema de elementos dos crimes culposos (6). A dogmática penal tradicional se orientava, quase exclusivamente, sôbre o modêlo das infrações intencionais. A partir delas se desenvolveu a teoria do tipo e da antijuridicidade. A negligência não intervinha, neste sistema, a não ser como "forma de culpa", e só era tratada na intervenção da "culpa". A idéia que serve de premissa a essa maneira de ver é a de que, desde que um ato voluntário tenha provocado lesão a um bem jurìdicamente protegido, êsse ato é constitutivo da conduta punível, deduzindo-se "por indício" sua antijuridicidade (7). Vencidas essas comprovações, tôdas as outras indagações destinadas a verificar se o autor seria efetiva-

(6) Sôbre a dogmática dos delitos de omissão culposos, cf. a monografia de ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959.

(7) Cf. também neste sentido BGH 7, pág. 114; Bay ObLG *in* VRS 6, pág. 41. É a "noção causal da ação" que expus em meu *Strafrecht*, 11.ª ed., § 8, e em meu *Neuen Bild des Strafrechtssystems*, 4.ª ed., § 1.

mente responsável por seu "ato antijurídico" se processavam no domínio da culpa.

Se se admitem êsses elementos fundamentais, e se sôbre a base da noção habitual de culpa — pela qual "se entende por culpa as relações psíquicas entre o agente e seu ato, das quais resulte que tal ato lhe deva ser reprovado" (8) — se examina a abundante jurisprudência gerada, nos últimos anos, por crimes culposos relativos a acidentes de trânsito (9), comprova-se com perplexidade que, na maior parte dessas decisões, ou pelo menos nas mais importantes, são tratados problemas que não se inserem neste sistema de noções, mas que, pelo contrário, escapam decididamente por entre suas malhas. A comprovação de um ato voluntário que tenha provocado um dano a um bem protegido faz-se evidente em tôdas essas decisões, o que introduz por si, no sentido da dogmática mencionada acima, o caráter constitutivo do fato delituoso e a antijuridicidade do comportamento considerado. O núcleo de tais decisões contém considerações que se expressam constantemente em fórmulas do seguinte teor: o usuário da via (automobilista ou pedestre) está obrigado a...; não está obrigado a...; tem direito de ...; deve poder contar com...; deslocou-se corretamente, conforme ou não às regras de circulação; sua maneira de dirigir não podia merecer reparo, etc.

Ora, tais comprovações nada têm a ver com as "relações psíquicas entre o agente e seu ato". Tampouco emergem do domínio da culpabilidade assim concebida, nem, conseqüentemente, da culpa *stricto sensu*, enquanto se considere esta como uma forma de "culpa", segundo a doutrina tradicional. Onde as colocar, então, se se pretende que a provocação de um dano por um ato voluntário configura a conduta típica e sua antijuridicidade? Essa questão não seria tão premente se, nas considerações mencionadas, se tratasse com elementos do crime de pouca importância, *ocasionais*. Entretanto, está longe de ser assim. Na maior parte dessas decisões, o *problema central* reside precisamente em saber se o usuário da via, em sua situação concreta, tinha ou não direito a praticar o ato em questão, a que comportamento estava ou não obrigado, com o quê tinha ou não direito de contar, etc. Trata-se do conteúdo e da delimitação do "cuidado objetivo" que devia ser pôsto no ato, e também da verificação ou não dêsse cuidado.

Se, portanto, êsses elementos não surgem do domínio da culpa, onde devem ser colocados? Para esclarecer êste ponto, examinemos um caso simples, que ocorre diàriamente: os automóveis de A e B colidem num cruzamento duvidoso, vindo a ferir-se B. Para A, tratava-se de uma curva para a direita, e ao conduzir, êle se mantivera à direita da pista. Para B, tratava-se de uma curva para a esquerda, curva por êle "fechada", manobra que o lançou sôbre o trajeto de A.

(8) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar zum Strafrecht*, 15.ª ed., pág. 13.
(9) Cf. BGH 7, pág. 114: "A conduta do acusado era antijurídica, na ausência de uma causa de justificação".

Se, na apreciação dêste caso, se aplica o sistema de noções tradicionais, A, por um ato voluntário (o ato de dirigir um automóvel) produziu um dano a um bem protegido (lesões corporais em B). Seu ato era, pois, típico, e, na ausência de uma justificativa, igualmente antijurídico; resta apenas indagar se êste ato estava impregnado de culpa, ou, em outros têrmos, se êste ato típico e antijurídico admitia uma reprovação a seu autor. A doutrina clássica, negando a presença de culpa neste caso, conseguia ao menos evitar um *castigo* a A por um ato típico e antijurídico.

Entretanto, essa apreciação examina realmente os caracteres jurídicos do ato? A, que manteve estritamente sua direita, não atuou corretamente, em plena conformidade com as regras de circulação, e, conseqüentemente, de forma legítima; e B, que "fechou" a curva para a esquerda, não se comportou contràriamente às regras de circulação, e portanto, de forma ilegítima? Se se quiser considerar que A atuou de forma ilegítima tão sòmente por haver, através de um ato voluntário, lesionado um bem protegido, êle deveria abster-se de dirigir, pois que as velocidades próprias dos veículos automotores conduzem necessàriamente a riscos maiores. Desde que a circulação pelas vias, com suas velocidades relativamente elevadas, é autorizada pelo direito, contanto que se observem determinadas regras de comportamento, e isto apesar do inevitável acréscimo nos riscos, essa circulação, quando presente a observância das mencionadas regras, e precisamente por isto, não poderia ser ilegítima, ainda que se consumem os riscos inevitáveis. Uma das tarefas do direito é dizer ao cidadão o que lhe é permitido fazer. Enquanto a ação do cidadão se situe nos limites dessa permissão, não pode ser ilegítima.

A doutrina tradicional não conseguiu reservar, entre os elementos dos crimes culposos, um lugar para essa permissão: ela não *deve*, segundo se afirma, incluir-se na questão da antijuridicidade, já que a antijuridicidade do ato resulta da voluntária provocação do dano, desde que não se esteja diante de uma das causas especiais de justificação, em cujo número não figura o cuidado objetivo considerado na execução do ato; ela não *pode*, segundo se afirma, ingressar no domínio da culpa, que compreende as relações psíquicas entre o autor e seu ato. Conseqüentemente, não existe aqui, no sistema tradicional de elementos dos crimes culposos, lugar para a permissão de fazer.

A doutrina tradicional percebeu, ocasionalmente, êste problema. ENGISCH, um de seus partidários, assinalou a "dificuldade" e "hesitação" dessa doutrina frente ao cuidado objetivo (10): por um lado se encontra a teoria da condição causal, que leva a considerar todo comportamento não especialmente justificado como típico, desde o momento em que êle ocasione um resultado (11); por outro lado se

(10) ENGISCH, ob. cit., págs. 276 e segs.
(11) Isto é válido não só para a "teoria da condição causal, em sentido estrito, como também para tôda a teoria causal da ação, fundamento da doutrina

encontra a culpa definida como ignorância ilegìtimamente não evitada; mas entre essas duas categorias se situa uma terceira, muito importante, que surge imediatamente quando se está na presença, por um lado, de uma relação condicional, e por outro, de uma capacidade de discernimento ou de um conhecimento, que carecem contudo de cuidado objetivo.

Essas indicações demonstram como a verdadeira natureza do cuidado objetivo devia impor-se à doutrina tradicional. Dessa forma, já em EXNER (12), KITZINGER (13) e ENGISCH (14), se observam exposições que sublinham que os problemas colocados pelo cuidado objetivo se referiam à antijuridicidade do ato. Não obstante, o próprio ENGISCH, que se inclinava de modo decidido no sentido do cuidado objetivo, acreditava que poderia deixar sem resposta a questão. Êle considerava que não havia nenhum perigo em falar "habitualmente", em relação direta com a noção de culpa *stricto sensu* (concebida como forma de culpa), da não manifestação do cuidado necessário (15).

Se essas tentativas, afinal, não obtiveram êxito na doutrina tradicional, isso se deve a causas mais profundas: a noção de ação e injusto, fundada exclusivamente sôbre o resultado, não dá a essa doutrina nenhuma possibilidade de admitir o terceiro elemento da infração, ligado à idéia de cuidado objetivo. A observação de ENGISCH acima mencionada a propósito do papel desempenhado pela teoria da condição causal para a caracterização típica e para a antijuridicidade do ato, segundo a doutrina tradicional, consigna já essa causa mais profunda. A teoria tradicional do delito repousa sôbre a estrita separação entre um elemento objetivo e externo (causal) e um elemento subjetivo e psicológico do ato. O primeiro domina o campo da ação e da antijuridicidade; o segundo, o da culpa. Para o primeiro se deu uma noção de ação "que só exige um vínculo de *causalidade* entre a vontade e o ato, e que subtrái totalmente à questão da culpa o *conteúdo* dessa vontade; conseqüentemente, uma noção na qual a ação é um movimento corpóreo não estruturado de uma determinada maneira,

tradicional. Segundo a doutrina tradicional, *todo* comportamento gerador de um resultado, quer seja a provocação dêste resultado entendida no sentido da teoria da equivalência, quer seja no sentido da teoria da causalidade adequada, é típico e antijurídico se não se encontra especialmente justificado.

(12) *Fahrlässigkeit*, 1910, pág. 193.

(13) *Juristische Aphorismen*, págs. 34/35.

(14) Ob. cit., pág. 278.

(15) Ob. cit., pág. 346. Essa é a razão pela qual, na doutrina tradicional, não teve ressonância a idéia de que aquilo que respeita ao cuidado objetivo seja questão de antijuridicidade. Inclusive nos casos específicos de risco permitido é dito prudentemente que essa exposição a perigo não está "proibida", que ações dêste gênero não poderiam "ser tomadas como fundamento de uma responsabilidade pelo fato culposo", que não se poderia admitir culpa senão face a uma negligência do cuidado necessário na execução individual. Assim MEZGER, *Lehrbuch*, pág. 358, diversamente, *Studienbuch* I (14.ª ed.), § 66; cf. também VON HIPPEL, *Lehrbuch* II, págs. 361/2; BINDING, *Normen* IV, pág. 446.

mas apenas *provocado* de uma determinada maneira (isto é, por um ato consciente de vontade)" (16). Se tal noção de ação constitui a base da teoria da ação típica e do injusto, consideremos, em nosso exemplo, que a ação de A é típica e antijurídica, havendo A, por um ato de vontade (o fato de dirigir o automóvel), *provocado* as lesões em B. O cuidado objetivo não pode desempenhar qualquer papel nos domínios da ação típica e do injusto, sob pena de incorporar-se à idéia de ação precisamente *aquilo* que a doutrina tradicional buscou radicalmente excluir: as *modalidades* particulares da realização da ação, e não apenas o fato de que essa ação tenha um *resultado* determinado. Com o cuidado objetivo, o valor (ou o desvalor) da *ação* assume o centro da teoria do injusto, em tema de crimes culposos, ao passo que o desvalor do *resultado* (ofensa a um bem jurìdicamente tutelado) se situa na periferia (onde, como já o veremos, sua função não é mais que restritiva, e não constitutiva do limite inicial do fato típico e da antijuridicidade). E com o valor ou desvalor da *ação*, esta se converte igualmente em centro da conduta típica nos crimes culposos; mais precisamente, a ação, naquilo que suas modalidades de realização possuem de particular, e não apenas em seu relacionamento de causa e efeito com um resultado. Para saber-se se A provocou as lesões de B mediante uma ação *antijurídica*, será necessário averiguar as modalidades da *ação* de A, e não apenas, menos ainda em primeiro plano, se essa ação (qualquer ato voluntário) causou as lesões de B. E quando também A, na colisão, tivesse sido lesionado, o caráter antijurídico da ação de B dependeria, decisivamente, das modalidades da *ação* de B, e não só o fato de que A tenha sofrido lesões. Dêste modo, o essencial das decisões relativas aos casos de trânsito se refere *às ações concretas cumpridas* pelo acusado, e *às ações que deveria ter cumprido*. A fórmula seguinte, extraída de uma sentença, é característica dessa maneira de ver: "Antes de desviar, o acusado se deteve por tempo suficiente, e examinou a situação do tráfego. Não se vê que mais deveria ter feito" (17).

A idéia de que a observância ou inobservância do cuidado objetivo se refere a um problema de *juridicidade* ou *antijuricididade* da *ação* do agente se afirma cada vez mais nas decisões pronunciadas por nossas jurisdições sôbre os assuntos relativos à circulação de veículos. Essa evolução começou por uma distinção clara entre o comportamento objetivamente contrário às regras de circulação e a culpa (18). Foi sobretudo o *Kammergericht* que, em várias decisões, insistiu sôbre essa distinção para fazê-la penetrar no espírito das jurisdições inferiores: a Câmara Criminal, reza uma dessas decisões, não distinguiu

(16) RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, pág. 130.

(17) OLG *Hamm*, *in* VRS 7, pág. 226; cf. também OLG *Celle*, *in* VRS 14, pág. 113.

(18) Assim, por exemplo, LG *Hannover*, *in* VRS 4 ,pág. 22.

com suficiente clareza entre as violações objetivas das regras da circulação e os elementos subjetivos, essenciais para a apreciação da culpa (19); um acusado, lê-se em outra passagem, só deveria ser responsabilizado quando seu comportamento fôsse (objetivamente) contrário às regras de circulação e (subjetivamente) reprovável e representativo de uma infração a seus deveres, vale dizer, culposo; a infração *objetiva* aos deveres, no comportamento, é uma *questão* preliminar ao exame da culpa (20). A partir de 1953 uma sentença cível do Supremo Tribunal Federal declarou acessòriamente que a ação do acusado havia sido *lícita* porquanto se ajustava às necessidades da circulação (21). Esta evolução atingiu o auge com a sentença das Câmaras Cíveis Reunidas do Supremo Tribunal Federal (BGH) de 4-3-1957 (22): "O direito vigente, ao admitir a circulação e seus perigos, e ao regular pormenorizadamente a maneira pela qual se devem comportar aquêles que participam dessa circulação, expressa com isso que uma conduta respeitosa dessas regras se coloca nas lindes do direito. É inadmissível que um comportamento totalmente respeitoso dos imperativos e das proibições das regras de circulação esteja, não obstante, afetado pelo juízo de valor negativo da antijuridicidade. O resultado ocasionado por tal comportamento não constitui, neste sentido, razão suficiente para a atribuição do caráter ilegítimo, na aceptação das disposições do Código Civil Alemão sôbre as ações ilegítimas, que não permitem desconsiderar a ação mesma que causou o resultado. Convém igualmente assinalar, em princípio, que no caso de comportamento de usuário da rua ou da via férrea conforme às regras de circulação (regulamentos), não nos encontramos diante de uma lesão antijurídica". Também a 4.ª Câmara Criminal do BGH declarou em sentença de 31-10-1957, que um comportamento que se mantém nos limites do princípio de confiança estabelecido pelo direito da circulação, não está apenas justificado, senão que é também *lícito;* conseqüentemente, não poderia ser considerado como uma violação objetiva das regras de circulação (23).

É claro que uma remodelação completa da teoria dos crimes culposos deve acompanhar a evolução que se acaba de expor. Não é possível continuar vendo na "negligência" nada mais que um problema de culpa; por outro lado, é necessário repensar o problema dos crimes culposos em *todos* os níveis da estrutura do delito, ou seja, nos domínios da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, bem como na esfera ontológica da ação que os precede.

A propósito do que é do domínio da ação, a "dificuldade" experimentada em relação ao cuidado objetivo pela teoria da ação causal

(19) VRS 4, pág. 535.
(20) VRS 8, pág. 64 .
(21) VRS 5, pág. 586; Cf. também BGH, *in* VRS 11, pág. 107.
(22) BGH, Civil, 24 ,pág. 21.
(23) VRS 14, pág. 31.

evidencia a insuficiência dessa teoria. Desde que o núcleo da ilicitude dos delitos de negligência não reside na causação de um resultado, mas em uma *ação* incorreta, o que importará essencialmente é o concreto cumprimento desta ação, a orientação dada aos meios da ação pelo comando sistemático da vontade: "O acusado *fechou* para a esquerda numa curva duvidosa, na qual era de esperar-se a todo momento a aparição de veículos dirigindo-se em sentido inverso". "Atravessou o cruzamento em velocidade exagerada". Antes de desviar, deteve-se por tempo suficiente para examinar a situação". É em têrmos dêste teor que se expressam as comprovações de fatos, a partir das quais se investigará a antijuridicidade. Uma teoria da ação a cujos olhos o único critério, para a noção de ação, seja o fato de que um ato voluntário (vale dizer, "um comportamento *qualquer* (!)") tenha provocado determinado resultado, desconhece não só que tôda ação representa uma unidade de elementos objetivos e subjetivos, ou seja, um comando de um fato exterior pela vontade, como também exclui da noção de ação os elementos precisamente mais importantes para a apreciação da antijuridicidade (24).

É por isso que a teoria da ação causal não possui condições de assinalar as características da ação sôbre as quais se poderia fundar a procura da antijuridicidade, determinante para a culpa. Reside aí, também, a razão da dificuldade que ela experimenta para dar ao cuidado objetivo um lugar adequado na estrutura da infração. Inversamente, é quase incompreensível que se reproche constantemente a teoria finalista da ação por não possuir condições de enfrentar a ação culposa. Só se explica tal reprimenda se se considera que aquêles que a formulam perdem de vista que "o elemento penalmente essencial" (ou seja, o elemento ilícito decisivo) do delito culposo não está no *resultado* provocado, mas na *ação* incorreta. Não basta conferir aos elementos esquecidos no plano da ação um papel no pla-

(24) A seguinte passagem de SCHRÖDER, *in* SCHÖNKE-SCHÖDER, *Strafgesetzbuch*, 15.ª ed., pág. 18, é característica a êsse respeito: "Só tem relevância jurídica o elemento causal que é objeto de apreciação jurídica independentemente de qualquer tendência final; a condição exigida é a existência de um ato de vontade". É conveniente analisar cada uma dessas proposições para descobrir o elemento essencial dos crimes culposos: o elemento causal (a provocação do resultado) não possui relevância jurídica mais que a título secundário, permitindo apenas *excluir* as ações culposas sem relêvo para a punibilidade. Não basta que um ato de vontade qualquer tenha sido executado: o decisivo é saber de *que* ato de vontade se trata. Jurìdicamente só importa "a ação com sua tendência final": o fato de *fechar* num cruzamento duvidoso, de atravessar um cruzamento a velocidade exagerada, de deter seu veículo e examinar a situação, etc. Êstes *atos finais* constituem a base da apreciação jurídica; a questão é saber se, na situação concreta do caso, foram êles "apropriados", "corretos", "prudentes" e em que medida se afastaram de um comportamento adequado (em relação ao qual deve ser verificado, no plano da culpabilidade, se o agente tinha sabido de seu *afastamento* da conduta adequada, e se o teria podido evitar).

no da culpabilidade: êste não é seu lugar, e, com tal procedimento, teriam uma intervenção assaz tardia.

Além disso, o comportamento que deve servir como critério para a apreciação da efetiva ação do autor, vale dizer, o comportamento teórico (conforme às regras, apropriado), deve ser também uma ação final, ou a omissão de uma tal ação. "O cauteloso deveria manter sua direita". "Deveria reduzir sua velocidade, usar faróis convenientes, etc." Ou, pelo contrário: "Tinha direito de contar com...". Neste sentido, o Tribunal Superior Estadual de Celle, certa ocasião, precisou, em sentença que confirmava decisão inferior: "O juiz do caso deve comprovar e estabelecer *as medidas que precisamente estava obrigado a tomar o autor incriminado* para evitar o resultado" (25). Tudo isso não se poderia compreender à base um conceito de ação segundo o qual ela seria provocação voluntária de uma modificação do mundo exterior, senão sòmente à base de um conceito segundo o qual a ação seja uma intervenção dirigida da vontade para influenciar o acontecimento exterior.

O problema da tipicidade nos crimes culposos está estreitamente ligado ao problema da ação: um deriva do outro. A noção causal da ação *contradiz* a doutrina tradicional, como nota com razão ENGISCH, "ao considerar qualquer comportamento que condicione o resultado, desde que não esteja especialmente justificado, como típico". Que uma tal definição, que não menciona mais que a provocação de um resultado por um comportamento qualquer(!), é insuficiente e conduz aos efeitos e dificuldades acima descritos, é inútil sublinhar, sobretudo depois das colocações feitas. Por outro lado, é fora de dúvida que a definição *legal* dos crimes culposos não recái, regularmente, senão sôbre o fato da provocação do resultado, deixando, em troca, a ação do autor em indeterminação. Coloca-se aqui um problema geral da definição dos fatos delituosos, que afeta em si mesma a doutrina tradicional da definição da conduta típica. A idéia do tipo foi centrada por BELING e desde BELING sôbre a definição *legal* do fato típico. Ela resulta não só do § 59 do Código Penal Alemão, onde está expressamente posta, como também, e sobretudo, da função que possui na organização constitucional dos poderes públicos. A definição objetiva dos comportamentos proibidos na *lei* — e apenas na lei — assegura plenamente a aplicação da regra *nulla poena sine lege*. Entretanto, sérias objeções surgem, acêrca dessa função. Encontraremos uma delas no estudo da determinação da pessoa do autor nos crimes comissivos por omissão. A lei não "determina" a pessoa ("o garantidor") que se torna responsável pela não evitação do resultado penalmente definido como crime comissivo (por exemplo, de um homicídio); é ao juiz que cabe "determiná-la". A separação entre o papel do legislador e o do juiz se resolve, assim, em favor dêste último. Em tema de crimes culposos, o legislador não descreve *a ação delituosa* em têrmos concretos. Igualmente, as definições da conduta típica dos crimes culposos são definições "abertas", ou — como também poderíamos dizer — definições "a serem completadas", para as quais é o *juiz* quem deverá determinar os caracteres particulares da ação punível.

(25) OLG *Celle, in* VRS 14, pág. 113; cf. também OLG *Hamm*, VRS 7, pág. 226.

Situa-se aí aquilo que constitui a especial dificuldade dos crimes culposos. Enquanto que, para outros fatos delituosos, suficientemente definidos ou "fechados", a realização do fato previsto pela lei implica o caráter antijurídico dessa realização, de forma que basta ao juiz comprovar a realização do fato previsto em lei para concluir por sua ilegitimidade, deve o juiz, diante das definições abertas dos crimes culposos, assumir parte do papel do legislador, vale dizer, deve determinar a própria ação delituosa, relegada à imprecisão pela definição legal. O principal problema que apresentam os crimes culposos não se coloca, portanto, no plano da culpa, e sim no do tipo, e mais especialmente, na determinação da conduta típica. Ressurge aqui o paralelismo com os crimes comissivos por omissão, em relação aos quais deve o juiz desempenhar a mesma função integrativa da definição do delito, determinado a *categoria dos autores*. Da mesma forma que é necessário ao juiz, em face de crimes comissivos por omissão, um critério para sua definição complementar da categoria dos autores — critério que é proporcionado pela "situação de garantidor"—, faz-se também necessário um critério para os crimes culposos, que lhe permita preencher a lacuna da definição legal do fato típico. Tal critério lhe é oferecido pelo § 276 do Código Penal Alemão, segundo o qual a ação culposa é aquela na qual não foi observado "o cuidado necessário nas relações com os demais". Como a "situação de garantidor" para os crimes comissivos por omissão, o "cuidado a observar-se nas relações com os demais" representa, para os crimes culposos, o ponto de referência que serve ao juiz para a determinação do fato típico. Tôda ação que, com um resultado suscetível de constituir o fato delituoso, não apresenta características do "cuidado a observar-se nas relações com os demais", é ação típica do crime culposo. Deduz-se que o legislador não *pode*, em geral, definir precisamente a ação típica dos crimes culposos, porque as formas de ação nas quais não está presente o "cuidado a observar-se nas relações com os demais" são de imensa diversidade, e dependem das condições materiais de cada caso particular.

Por impossível que seja, através de fórmulas gerais, descrever de modo suficientemente preciso o cuidado "objetivo", necessário nas relações com os demais, para que se deduza automàticamente, de algum modo, o comportamento "correto", ou "apropriado", é entretanto possível e indispensável indicar, mediante fórmulas gerais, o *método* a aplicar, no sentido de perceber-se concretamente o cuidado objetivo.

Compreende-se que sob o domínio de uma teoria segundo a qual a culpa *stricto sensu* não significa mais que um problema da culpabi-

lidade, essa definição do cuidado objetivo tenha sido menosprezada, de tal forma que, como nota ENGISCH (26), a doutrina tratou a inobservância do cuidado exterior apenas "acessòriamente e sem consagrar-lhe atenção" (27). Convém, pois, neste terreno, recuperar um grande atraso, estando uma abundante jurisprudência em condições de nos proporcionar, a êste respeito, valiosos subsídios. Se a "observância do cuidado necessário nas relações com os demais" constitui a "ação" modêlo, a ação-critério a partir da qual será determinada a conformidade da ação incriminada com a definição do delito de negligência, da mesma forma é necessário um "agente" modêlo, um agente-critério em função do qual a ação cuidadosa será concebida de maneira abstrata. Nada melhor para demonstrar que os problemas cruciais da culpa *stricto sensu* são problemas da *ação*, que o fato de que para definir o cuidado objetivo é preciso usar-se a idéia de "agente cuidadoso". Em numerosas decisões encontraremos êste agente modêlo (usuário da via): é o "condutor hábil e consciencioso" (28), o "condutor consciente de suas responsabilidades e consciencioso" (29), o motorista cauteloso (30), que "dirige sempre com reflexão e mantendo atenção, levando em conta, ao mesmo tempo, as possibilidades de comportamento dos demais, de acôrdo com as circunstâncias, e atuando corretamente mesmo nas situações difíceis" (31). Estando alerta aos perigos para poder enfrentá-los com serenidade, revela, em seus caracteres, aquêle da "pessoa dotada de discernimento" procedendo ao raciocínio de causalidade adequada, quem, com o conhecimento ontológico próprio do observador lúcido e com o conhecimento ontológico suplementar próprio do agente real, bem como munido do máximo de conhecimentos nomológicos de sua época, se entrega, sob o mesmo ângulo do agente real, a um prognóstico sôbre as relações de causalidade futuras (32). O cuidado objetivo

(26) ENGISCH, ob. cit., pág. 275.

(27) Compreende-se igualmente que sob o domínio desta teoria, o cuidado objetivo, que é uma modalidade de realização da ação, conferindo-lhe o caráter "apropriado" ou "correto", tenha sido confundido com o cuidado "subjetivo", "interior", ou melhor, com a "precaução atenta", atitude puramente espiritual que implica um estado de alerta das fôrças espirituais do agente. Não é raro observar a não coincidência dêstes dois elementos: uma pessoa pode obrar com tôdas as suas fôrças espirituais em tensão, e não obstante cometer uma ação inapropriada, incorreta em suas modalidades; ao contrário, alguém pode efetuar "por instinto" a ação correta, porque, como conseqüência de uma longa prática, a reação correta se converteu numa disposição automática para a ação.

(28) BGH 7, pág. 118; 12, pág. 83; cf. também BGH *in* VRS 4, pág. 52; OLG *Hamm in* VRS 16, pág. 122.

(29) BGH *in* VRS 13, pág. 468; cf. também BGH, *in* VRS 16, pág. 122.

(30) *Bay* ObLG, *in* VRS 4, pág. 385; KG *in* VRS 16, pág. 380.

(31) BGH Civil, *in* VRS 10, pág. 12.

(32) O juízo de causalidade adequada sempre foi desenvolvido a partir de uma pessoa-critério, sem a qual seria irrealizável. Por outro lado, o raciocínio de causalidade adequada é parte integrante da noção de cuidado objetivo, de

normal é, em conseqüência, o comportamento (vale dizer, a ação final ou sua abstenção) que adotaria, nas particulares circustâncias consideradas, *"uma pessoa dotada de discernimento e de prudência, colocada na mesma situação do agente"* (33). Imaginando-se êste modêlo de "pessoa dotada de discernimento e prudência", na situação do agente real, tem-se condições de indicar o que seja um comportamento "apropriado", "correto", em uma palavra, indicar o que seja o cuidado objetivo, e se estabelece, de tal forma, o ponto de partida da investigação, na ação real do agente, de seu caráter típico de um crime culposo (34).

Nesse desenvolvimento metódico convém distinguir dois aspectos: primeiramente o aspecto puramente intelectivo do *juízo de causalidade adequada*. É êle que demonstra se determinada ação contém ou não riscos para certos bens protegidos. Mas uma ação perigosa não é necessàriamente não-cuidadosa, pois se assim fôra, seria necessário evitar quase tôda ação na esfera social. Basta que se pense na moderna circulação de veículos; e não é apenas nos deslocamentos cuja velocidade ultrapassa a velocidade natural dos deslocamentos humanos, contendo embrionàriamente riscos para bens alhêios juridicamente tutelados, e sim pràticamente em todo movimento, como conseqüência da integração dos diversos processos de circulação. A participação na circulação não é possível sem um certo risco. Aqui surge o segundo aspecto — êste, normativo — da ação "prudente", que vem rsetringir o anterior: o cuidado necessário sòmente falta quando a ação acarreta uma periclitação que vá além do que seja "normal", "socialmente adequado". Para a determinação dêste "risco prudencial" servirá como modêlo a pessoa "prudente", que sempre aparece em decisões acêrca de circulação, como motorista "consciente de suas responsabilidades", "conciencioso", "cauteloso". É em tôrno dêle que giram as principais decisões sôbre o risco prudencial: segundo "as concepções de um condutor consciencioso e cuidadoso", lê-se numa sentença do BGH, "é certamente possível precisar o limite de velocidade cuja superação justifica a imputação de infração às regras de circulação" (35). Considerando os riscos prudenciais que pode enfrentar um motorista "consciencioso e consciente de suas responsabilidades", a jurisprudência elaborou e desenvolveu o *"princípio da confiança"*, fundamental em matéria de circulação de veículos, segundo o qual o usuário do caminho tem direito

forma que esta mesma noção não poderia ser elaborada sem partir de um sujeito-critério (cf. também EXNER, ob. cit., pág. 197). A polêmica de BINDING (*Normen* IV, pág. 730, e IV, pág. 523) carece igualmente de base.

(33) Cf. meu *Strafrecht*, 11.ª ed., § 18, I, *a* e *b*.

(34) Quando H. MAYER, *Lehrbuch*, pág. 187, atribui ao juiz o papel de determinar a amplitude do risco permitido, não contradiz o que acima foi dito: habitualmente se confia ao juiz a tarefa de efetivar o juízo de causalidade adequada: em ambos os casos o juiz procede como pessoa competente, ou seja, como pessoa "dotada de discernimento e prudência".

a contar com que os demais usuários se comportem igualmente de uma maneira correta, a menos que as circunstâncias particulares sejam de tal natureza que lhe permitam reconhecer que não é assim (36).

Nesses dois aspectos interdependentes, do *discernimento inteligente* dos perigos e da adaptação *particular* a êles, podem encontrar-se os elementos do cuidado objetivo em um ou outro caso particular. Neste processo de *concretização* é igualmente possível deduzir algumas indicações especiais de caráter *material*: princípios empíricos sôbre a relação entre modos de comportamento determinados e os perigos que lhes são próprios (37), bem como princípios empíricos sôbre as medidas mais apropriadas para escapar a certos perigos. Entre êstes últimos, os mais conhecidos são as regras do ofício (as *leges artis*), próprias de diversas profissões; regras dêste gênero existem em menor escala para todos os demais campos da vida. O Tribunal Estadual Superior da Baviera invocou, em uma de suas sentenças, as "regras de conduta reconhecidas" que "têm por objeto o comportamento correto na via, e que constituem o critério do comportamento de um condutor cuidadoso" (38). Tais regras de ofício podem transformar-se em verdadeiros princípios de direito; assim é que, por exemplo, inúmeras regras de circulação não são mais que "o resultado de uma vasta previsão de possíveis perigos, que repousa sôbre a experiência e a reflexão" (39).

Mas vemos manifestar-se aqui também os limites estabelecidos ao conteúdo *material* da noção de cuidado, em oposição ao princípio *metódico* de *formação* da noção de cuidado, acima desenvolvida. Tôdas as regras e todos os princípios empíricos gerais de caráter *material* são generalizações em abstrato de processos individuais; tais generalizações são possíveis apenas na medida em que tais processos são similares. Os princípios empíricos e as regras gerais dêles derivadas não possuem, pois, valor, senão enquanto se apliquem a processos individuais *similares*. Quando, pelo contrário, um caso individual apresenta traços particulares, a regra geral ou o princípio empírico não se pode aplicar integralmente. Todo o seu valor informativo provém ùnicamente do grande número de casos "característicos", similares. Entretanto, é necessário investigar sempre, antes de mais nada, se

(35) BGH 7, pág. 118. Trata-se de decisão essencial sôbre o aspecto de saber-se se o condutor de um automóvel tem direito de esperar que os demais usuários da via respeitarão seu direito de prioridade. Cf. também BGH 12, pág. 83: o "motorista consciencioso" não está obrigado a contar com uma incorreta colocação dos veículos que, em fila, trafeguem em sentido inverso, e a regular sua velocidade em função dessa eventualidade.

(36) Sôbre o alcance dêste princípio é interessante remeter-se a OLG *Neustadt*, *in* VRS 7, pág. 200.

(37) Cf. BGH, *in* VRS 6, pág. 198, referindo-se à experiência da circulação.

(38) VRS 4, pág. 385.

(39) BGH, 4, pág. 185.

nos encontramos em presença de dito caso. Também o fato de que um comportamento se afasta de um princípio empírico ou de uma regra do ofício é um indício, mas não uma prova de infração a uma obrigação de cuidado. É por isso que a simples violação das regras particulares (administrativas) da circulação, nas quais se expressam experiências gerais em matéria de circulação, não representa mais que "indicação" de uma infração a uma obrigação de cuidado, no sentido dos crimes culposos (40). O conteúdo da ação "apropriada" ou "correta" não poderia jamais ser apreciado definitivamente, em cada caso particular, a partir de princípios empíricos gerais e de regras gerais, senão a partir do princípio metódico acima exposto, ou seja, indagando-se qual teria sido a ação de uma pessoa dotada de discernimento e prudência, frente às mesmas circunstâncias.

O princípio da confiança concretiza *materialmente*, de modo importante, a noção de cuidado, na medida em que faz da esfera do correto comportamento dos *demais* a base do comportamento apropriado de todo usuário da via. As regras de circulação adquirem, dessa forma, um nôvo valor dentro da noção de cuidado. Sendo *lícito*, em princípio, ao usuário da via, contar com que os demais usuários se conduzirão de maneira correta, passa êle a dispor de uma base sólida para regular apropriadamente seu próprio comportamento (41).

Pode-se assim determinar a conduta que, na situação particular do agente real, teria sido "apropriada" e "correta", e que, por conseqüência, teria manifestado o "cuidado necessário nas relações com outrem". Manifestando-se com relação ao agente, concretiza-se o mandamento jurídico da observância do cuidado objetivo nisso: quem possui habilidade para empreender a ação "adequadamente", caso a empreenda, deve executá-la *adequadamente*. Quem não possui habilidade para isso, deve omitir integralmente a ação. Para êste é a *omissão* o *comportamento adequado* (42). Com o comportamento *adequado*

(40) BGH, 4, pág. 185.

(41) Para saber, por exemplo, como regular a velocidade quando tenha prioridade (BGH, 7, pág. 118); se deve contar com a colocação em fila dos veículos que trafegam em sentido inverso (BGH 12, pág. 82); se, no instante em que dobra à esquerda, deve ainda lançar um olhar ao retrovisor (BGH, *in* VHS 5, pág. 551; KG, *in* VRS 16, pág. 380).

(42) Esta é a verificação decisiva para a conformidade ao direito ou a antijuridicidade de uma ação: *"Todos devem saber em determinada situação que comportamento é impôsto, permitido ou proibido.* Quando isto se estabelece independentemente da reprovabilidade pessoal e do conhecimento que o indivíduo tenha da situação de fato, *servirá à elaboração das normas de conduta em relação às quais todos devem poder orientar-se na mesma situação"*. Assim formula VON CAEMMERER em sua contribuição à obra comemorativa do dia dos juristas alemães (*Juristenstag-Festschrift*, II, 129), de acôrdo com o presente trabalho, de forma particularmente feliz, a função primária que serve à fixação da objetiva conformidade ao direito ou antijuridicidade. Essa função não podia aparecer na conceituação até hoje não destacada de negligência-culpa. Por detrás dessa função fundamental dos componentes da antijuridicidade na culpa *stricto sensu* coloca-se

que assim se estabelece, deve ser comparado o *efetivo* comportamento do agente, para verificar-se se êle é típico no sentido de um crime culposo: tôda ação que não corresponder a tal comportamento adequado é típica no sentido do crime culposo.

Entretanto, a ação delituosa não é a única característica "objetiva" dos delitos de negligência. Como regra geral, é preciso, além disso, já que os crimes culposos são concebidos, ainda hoje em dia, como crimes de resultado, que à ação delituosa se suceda um dano a um bem jurìdicamente protegido. Ao *desvalor da ação* deve agregar-se, como regra geral, o *desvalor do resultado*. Tem-se aqui uma característica *complementar* que não está *necessàriamente* contida no desvalor da ação. Com efeito, uma ação é inapropriada ou incorreta quando admite uma infração à obrigação de prudência, independentemente do resultado ou da ausência do resultado que ocasiona. O desvalor da ação, enquanto tal, não poderia ser aumentado pelo fato de que se lhe agregue o desvalor do resultado, nem diminuido pela ausência dêste. Muito se falou do desvalor do resultado como do "elemento fortuito" dos delitos de negligência. "É do capricho da sorte que depende se o agente será castigado; da sorte também depende a pena que lhe será inflingida" (43). A mesma ação negligente pode — segundo seu resultado — ser castigada ou ficar totalmente impune: tôdas essas possibilidades se contêm, em germe, na ação, no instante em que se perfaz.

Não é fácil definir o papel do resultado nos crimes culposos. A doutrina italiana pretendeu fôsse o resultado simples condição objetiva de punibilidade (44). Não é simples assumir posição acêrca dêste ponto de vista, talvez em razão de uma certa obscuridade que, apesar de esforços notáveis (45), paira sôbre a noção de condição objetiva de punibilidade. Em favor da condição objetiva de punibilidade pode invocar-se que se a definição do fato típico representa a "matéria proibida" (vale dizer, as características materiais de um comportamento proibido), o resultado, falando com propriedade, não a integra. O que está proibido é a realização da ação negligente, "independentemente de saber se, por azar, a não-manifestação da prudência ocasiona o resultado em vista de cuja evitação se orientava esta prudência. A isto ENGISCH acrescenta, insistindo: "Esta conseqüência é absolutamente inevitável" (46). Por outro lado, o resultado é manifestamente mais que uma condição objetiva de punibilidade, porque deve encontrar-se em *relação específica* com a ação típica. Não é suficiente que a ação negligente tenha, de qualquer forma, um prejuízo como resultado, mas é necessário, pelo contrário, que o prejuízo se deva precisamente à falta de prudência que destaca a ação. Assim não acontece quando o resultado, ainda que provocado pela ação negligente, teria sido produzido igualmente se a ação tivesse sido cuidadosa: a negligência (caráter não apropriado) da ação deve estar *materializada* no resultado (47).

Essa relação interna, em virtude da qual o resultado deve manifestar-se na *materialização* da ação típica, justifica a incorporação do resultado na definição do fato típico. Desempenha êle aí, entretanto, o papel de um elemento não constitutivo, e sim ùnicamente limitativo. É "inevitável, queira-se ou não, que a execução da ação típica represente plenamente uma violação da norma, seja que esta ação se materialize num resultado ou não" (48); mas é apenas mediante sua materialização num resultado que essa ação adquire — segundo o direito positivo — seu caráter *penal*, que ela se converte na base material de um ilícito que requer a *repressão penal* (49). O direito positivo se satisfaz com uma *seleção* feita entre as ações negligentes, pelo resultado que tiveram.

Seria interessante, sem que tal tarefa seja simples, indagar as razões jamais manifestadas que, até hoje, conduziram o legislador a tais restrições. São principalmente razões de ordem prática, visto que a negligência *sem* conseqüências é muito mais difícil de revelar-se que a negligência *com* conseqüências. Mas o que constituiu a verdadeira razão, menos que motivos racionais, foi o sentimento irracional segundo o qual "as coisas não são tão graves sempre que tudo tenha corrido bem" (50).

Mas essas considerações não são totalmente valiosas! Se é certo que, até época muito recente, podia contar-se com a "feliz" circunstância de que as ações negligentes não eram punidas senão em presença de um *dano* a um bem protegido, o legislador moderno tende, cada vez mais, a incriminar a *exposição a perigo* culposa de bens protegidos (cf. especialmente §§ 1/49 da Ordenação de Trânsito Alemã: § 316 n.º 2 do Código Penal Alemão). Dêsse modo se colocam

---

também o ponto de vista da legítima defesa, o qual rege na maior parte das vêzes como critério da antijuridicidade, pois tem muitos sentidos. Sôbre isso voltaremos adiante.

(43) EXNER, *Fahrlässigkeit*, pág. 83.

(44) Cf. especialmente MANZINI, *Trattato di dir. pen.*, 1948, I, pág. 563; VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, 1952, págs. 54 e segs.; contra, especialmente DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930.

(45) Cf. as recentes comunicações de SCHMIDHÄUSER e STRATENWERTH, e o debate comemorativo do dia dos criminalistas de Erlangen em 1959 (*Erlanger Kriminalistentagung*), *in* ZStW, v. 71, pág. 545 e segs. e 565 e segs.

(46) ENGISCH, ob. cit., pág. 341.

(47) Jurisprudência constante: cf. BGH, *in* VRS 5, pág. 284 e BGH 11, págs. 1 e segs.

(48) ENGISCH, ob. cit., pág. 342.

(49) ENGISCH afirma que o resultado não tem outra função senão tornar *culpável* a infração da norma (pág. 342). Isto soa fortemente como simples condição objetiva de punibilidade.

(50) Essa forma de ver se manifesta também nas penas atenuadas que se cominam à tentativa, em relação ao crime consumado.

problemas completamente novos. A ação negligente (inapropriada, incorreta) deve ser, mesmo por definição, uma ação que implique, no juízo de um observador dotado de discernimento, em perigo para os bens protegidos. Se se passa a exigir, *além disso*, que a ação negligente haja exposto a perigo um bem protegido, estaremos em face ou de uma redundância, ou da intervenção de uma nova idéia de perigo. Isto pode ser ilustrado mais claramente com um exemplo.

Se, em nosso exemplo do comêço, o motorista B "fecha" para a esquerda numa curva duvidosa, executa, ao fazê-lo, uma ação perigosa, considerando-se que no momento da manobra, o observador dotado de discernimento, para quem a curva era duvidosa do mesmo modo que para B, deve contar com a chegada de veículos que trafeguem em sentido inverso. O fato de "fechar" a curva representa uma manobra perigosa, ainda que se demonstre *a posteriori* que não se encontrava nenhum outro usuário do caminho no percurso de B: o juízo de perigo é sempre, com efeito, um juízo *ex ante*, fazendo abstração dos fatores reais não-discerníveis num dado momento. Uma vez conhecidas *ex post* tôdas as condições reais, surge o prejuízo, seja ora certo, ora excluído (51). Para julgar a causalidade adequada, o momento decisivo, quando se trata de saber se uma *ação* é perigosa, é aquêle no qual a ação foi efetuada. As coisas se passam diferentemente quando se pergunta se um *bem protegido* foi *exposto a perigo*. Pressupõe-se, então, que o bem em questão tenha entrado na zona de eficácia de determinado acontecimento e, pondo-se no momento em que penetrou nesta zona, pergunta-se se êle poderia sofrer um dano sob o efeito do dito acontecimento. Em nosso exemplo, a ação de B já era perigosa no momento em que êle começou a "fechar" sua curva. Mas outro usuário do caminho (A) não teria sido exposto a perigo se não se encontrasse efetivamente, durante a manobra, no trajeto de B enquanto êste a fazia. Convém, portanto, realizar um segundo juízo de causalidade adequada partindo da situação não no momento em que a ação é efetuada, e sim no momento em que o bem protegido ingressa na zona de eficácia da ação (52).

(51) Curiosamente, é preciso repetir às vêzes essa verdade, porque ocorre que ainda hoje em dia se lê: "Se um perigo *efetivo* ocorreu, sòmente se pode verificar em todos os casos por um juízo conclusivo *ex post*. Com um juízo *ex ante* apresenta-se um perigo imaginário". MEZGER, *Studienbuch*, I, pág. 84 (passagem já agora eliminada).

(52) A segunda noção de perigo é mais concreta, é verdade, que a primeira, porque as premissas do raciocínio que conduz a concluir dessa forma, contem mais fatos que as premissas do primeiro. Seria, contudo, errôneo distinguir ambas as noções falando de um perigo "abstrato" e de um perigo "concreto". A primeira noção de perigo é igualmente concreta; é o resultado do raciocínio habitual de causalidade adequada, que se faz remetendo-se à situação no momento do *ato* (cf. VON HIPPEL, II, pág. 148). Não se poderia falar de perigo "abstrato" a não ser nos casos em que a idéia de um perigo é o *motivo* que leva o legislador a estabelecer conseqüências jurídicas para um fato com certas características,

Aqui o perigo é consideràvelmente "mais concreto", mas de forma nenhuma inevitável se, por exemplo, A, que vem em sentido inverso, logra evitar o choque mediante uma reação instantânea. A noção de *ação perigosa* pode, pois, ser perfeitamente separada do juízo que se expressa afirmando que um *bem protegido está em perigo*. A primeira noção repousa sôbre um juízo de causalidade adequada, referido ao momento em que se efetua a ação, a partir do qual um observador dotado de discernimento prevê um perigo a bens protegidos, cientificando-se de que tais bens *poderiam* penetrar na zona de eficácia da ação; o segundo juízo supõe a presença de um bem protegido na zona de eficácia da ação.

Partindo daí, a definição do fato típico na exposição a perigo por negligência já não apresenta dificuldades essenciais. A concreção da ação típica é a mesma que para todos os delitos de negligência. Apenas a respeito do desvalor do resultado o *dano* é substituído pelo *perigo* que afetou determinado bem objeto de proteção, apreciado no instante em que êste ingressa na zona de eficácia da ação. A comprovação da *realização* do fato típico é, contudo, mais difícil e incerta, porque a comprovação de acontecimentos reais (danos, lesões) é sempre mais segura que a de meras eventualidades (perigos).

Com o cumprimento da ação típica e com sua materialização num resultado típico, estão reunidos os indícios da *antijuridicidade*. Êste papel de indício desempenhado pela realização do fato típico pode ser excluído por causas de justificação, tais como a legítima defesa (53), o estado de necessidade (54), o consentimento do ofendido (55), etc (56). Não existe, quanto a êsse aspecto, controvérsia *fundamental*.

A questão mais vivamente debatida é a de saber como apreciar uma ação caracterizada pelo "cuidado necessário nas relações com os demais", e, por isso, "apropriada" e "correta", que tenha porém provocado, (adequadamente), um prejuízo. Segundo os pontos de vista já expostos (57), esta ação não apresenta as condições do fato típico e não é pois, conseqüentemente, antijurídica, posto que, segundo a

conseqüências jurídicas que operam igualmente ainda quando, no momento da realização da ação, *esteja certo* para um observador dotado de discernimento que não ocorrerá um dano, como, por exemplo, no caso do § 306,, ns. 2 e 3 do Código Penal alemão.

(53) Cf. a respeito especialmente NIESE, *Finalität, Vorsatz, Fahrlässigkeit*, 1961, pág. 46; MAURACH, *Allg. Teil*, § 43, II, C.

(54) Cf. OLG *Köln*, *in* VRS 16, pág. 442. Deve considerar-se sobretudo a violação de imperativos de prudência na circulação de veículos por ocasião de operações de ajuda e socorro em caso de catástrofe.

(55) Cf. KG, *in* JR 54, pág. 428; VRS 7, pág. 184.

(56) Por exemplo, o direito a portar armas. A respeito NIESE, ob. cit., pág. 47.

(57) Êles constituem um desenvolvimento de minha teoria sôbre a culpa *stricto sensu* até aqui sustentada, segundo a qual a violação do cuidado exigido no tráfego era um puro momento de antijuricididade (contra, com razão, VON CAEMMERER, *JT Festschrift*, II, pág. 78, nota 118).

opinião geralmente admitida até uma época recente, e em voga hoje em dia, sobretudo em direito civil, essa ação é antijurídica em virtude do resultado por ela produzido, e apenas se torna exculpável pela prudência necessária manifestada em sua oportunidade. Devemos também afirmar as teses aqui desenvolvidas sôbre as relações entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado, e sôbre sua importância para a noção do injusto, contra críticas recentes que lhe são opostas, particularmente pela doutrina civilista.

O direito penal, ao contrário da doutrina civilista, caminha, desde há algum tempo, no sentido das concepções aqui expostas. O primeiro passo nesta direção se deu com a teoria do "risco permitido" (58), referente às emprêsas perigosas de necessidade vital (59), segundo a qual as ações efetuadas com vistas a objetivos de necessidade vital são *permitidas*, sob reserva das medidas de segurança necessárias, mesmo quando elas impliquem num acréscimo de perigos para bens protegidos, e ainda que tais perigos se materializem. O direito em vigor, autorizando a realização de tais ações, apesar dos perigos que acarretam, deve considerá-las legítimas e não apenas exculpáveis, mesmo se o perigo se materialize. Nesta teoria, o risco permitido figurava entre as "causas de exclusão do injusto" (60), dando a entender, com isso, que a provocação do resultado "em si" era indício da antijuridicidade. É aí que residia a debilidade da teoria do risco permitido no seio da teoria tradicional do injusto; esta, com efeito, estava referida ao *desvalor do resultado*, enquanto que a idéia da exclusão da antijuridicidade pelo risco permitido se assentava sôbre o *desvalor da ação*. Apesar da superveniência de um *prejuízo*, a *ação* que o provocou deve permanecer legítima, por um lado, em razão de seu caráter indispensável em face de certos objetivos, e por outro, em razão da natureza particular de sua realização. A teoria do poder justificativo do risco permitido sucedeu a aparição de uma nova noção de injusto, referida ao *desvalor da ação*. É por isto que esta teoria permaneceu necessàriamente como um corpo estranho no seio da teoria tradicional do injusto, fundada exclusivamente sôbre o resultado, e as duas teorias jamais chegaram a se harmonizar verdadeiramente (61). Não é senão a partir do instante em que se rompe o monopólio da noção de injusto edificada sôbre o desvalor do resultado, e quando se descobre o desvalor da ação como elemento primário e geral da antijuridicidade, que a evolução desencadeada pela teoria do risco permitido pôde ampliar-se plenamente (62).

(58) EXNER, ob. cit., pág. 193; BINDING, *Normen* IV, pág. 432 e segs.

(59) Como as atividades em pedreiras, minas, transportes ferroviários e rodoviários, operações cirúrgicas, etc.

(60) ENGISCH, ob. cit., pág. 286.

(61) Sustentou-se também, pôsto que raramente, como por exemplo, EXNER e ENGISCH, que a integridade da ação, compreendendo o resultado típico, era ilegítima. A opinião de BINDING é característica em sua confusão: segundo *Normen* IV, pág. 433, nota 1, e pág. 441, a ação seria *legítima*, mas, segundo pág. 446, apenas "não proibida" e não legítima! VON HIPEL, II, pág. 461 e segs., e MEZGER, *Lehrbuch*, pág. 385, expressam-se em têrmos ainda menos claros, falando de ação "não proibida", ou "que não oferece a base de uma responsabilidade penal a título de culpa".

A êsse respeito, uma grande importância corresponde à idéia suplementar de que os casos de risco regulado representam apenas subcategorias da noção jurídica genérica de cuidado "objetivo", "necessário nas relações com outrem" e que, conseqüentemente, a não-manifestação do cuidado, ou da prudência necessários, não era um elemento da culpa e sim do "injusto típico" (63). Esta idéia, já claramente expressa por ENGISCH, apenas pôde produzir todos os seus frutos, também ela, no terreno da teoria do desvalor da ação. Apesar, porém, dos trabalhos de ENGISCH sôbre a noção objetiva de cuidado, os delitos de negligência são constantemente considerados, ainda hoje, sob o ângulo da antiga noção não diferenciada e subjetiva do cuidado (64). Esta noção pouco clara que confunde a antijuridicidade e a culpa constitui o mais poderoso obstáculo para a análise de estrutura dos delitos de negligência. Apenas quando se reconhece que o cuidado necessário nas relações com outrem é o comportamento que *deveria* manifestar-se numa situação dada, e que o conteúdo dêsse comportamento teórico está determinado em função do comportamento que teria adotado, na situação do agente real, uma pessoa dotada de discernimento e prudência (65), e, finalmente, que se o agente real não manifestou êste comportamento, a medida na qual é possível *reprová-lo* releva do problema da culpa, apenas então se faz possível construir uma noção completa do injusto, incluindo o desvalor da ação, bem como uma concepção do delito que leve em conta *todos* os seus elementos constitutivos.

Não é certo, entretanto, que uma vez reconhecida a noção objetiva do cuidado, as conseqüências daí derivadas, acima expostas, sejam efetivamente extraídas pela teoria do injusto. Isto acontece sobretudo em direito civil. Os civilistas querem certamente admitir, é verdade, "que o direito em vigor autoriza amiúde uma atividade que implica na *possibilidade* de lesão a terceiros, sob a condição de que se manifeste o cuidado necessário no sentido de que seja evitada essa lesão",

(62) Podemos ainda assim considerá-la como a teoria dominante hoje em dia. Cf. WELZEL, ZStW 58, págs. 514 e segs., seguindo-se a H. MAYER, *Lehrbuch*, 1.ª ed., pág. 205; VON WEBER, *Grundriss*, pág. 83; NIESE, ob. cit., pág. 64; do mesmo autor, *"Streik und Strafrecht"*, 1954, pág. 30; H. MAYER, *Lehrbuch*, 2.ª ed., pág. 187; HENKEL, *Mezger-Festschrift*, pág. 282; GALLAS, *ZStW* 67, pág. 42; BOLDT, *ZStW* 68, pág. 335; WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., § 18, I, e *Neues Bild*, pág. 31.

(63) ENGISCH, ob. cit., pág. 348.

(64) Cf. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 15.ª ed., pág. 527; MEZGER, *Lehrbuch*, págs. 357 e segs.; *Studienbuch*, I, 9.ª ed., pág. 190; agora na 14.ª ed., § 66, como acima.

(65) Faz parte também, por exemplo, dêste comportamento, a abstenção da ação que o agente não é capaz de efetuar corretamente.

mas acrescentam que, "sendo assim, a lesão concreta *efetivamente produzida* e o comportamento que a ela conduziu são, a partir dêsse momento, enfocados pelo direito em vigor na perspectiva da pessoa lesionada, e considerados como um dano "ilegítimo" aos direitos dessa pessoa" (66). É uma "estranha lógica" (67), na realidade, — e não só à primeira vista — aquela que pretende que o direito *autorize* primeiro um certo comportamento e que *condene* de imediato o mesmo comportamento sob pretexto de ilegitimidade. Se o verbo "autorizar" deve ter um sentido, só pode significar que o comportamento autorizado não é contrário ao direito. E se não era contrário ao direito no momento em que ocorreu, não poderia posteriormente (retroativamente) tornar-se contrário ao direito pelo fato de ter produzido um acontecimento cuja possibilidade, de qualquer modo, já estava prevista pelo direito (68).

A contradição lógica aqui manifestada toca um problema de fundo ainda irresolvido. Uma ação não poderia ser permitida ou proibida, ou — em outras palavras — ser conforme ou contrária ao direito senão no momento em que é efetuada. Mas se uma ação *permitida* pelo direito conduz a um prejuízo, e se a partir de então, e por causa dêsse prejuízo, se fala de "ilegitimidade", esta não pode recair sôbre a *ação*, para a qual é impossível tornar-se ilegítima *a posteriori*, mas apenas sôbre o resultado.

Mas em tal caso, a idéia de ilegitimidade ganha um sentido nôvo. Quando a *ação* é legítima ou ilegítima por ser *"permitida"* ou *"proibida"*, o *resultado* não poderia ser legítimo ou ilegítimo como se fôra "permitido" ou "proibido"', e sim apenas como sendo "jurìdicamente desejável" ou "jurìdicamente indesejável". O direito pode muito bem atribuir conseqüências jurídicas a resultados indesejáveis, por exemplo para o autor (69) de um determinado resultado; mas em tal hipótese, essas conseqüências operam não porque tenha o agente efetuado uma *ação proibida*, e sim porque foi o autor de um *resultado indesejável* (70). Se a êste respeito se emprega, às vêzes (71), a noção de antijuridicidade, convém não perder de vista que tal têrmo, nêste caso, não recái sôbre uma *ação proibida*, porém sôbre um *resultado indesejável* (a evitar). Ainda assim seria preferível distinguir também na terminologia essas duas acepções, falando por exemplo, no segundo caso, de uma "antijuridicidade de segundo grau". Em direito penal se coloca o mesmo problema ainda irresolvido a propósito da agressão "injusta" na legítima defesa. É ainda controverso se a ilegitimidade da agressão deve ser entendida no sentido do desvalor da ação ou do resultado (como agressão que o *agressor* não tem o *direito* de cometer ou que o *agredido* não está obrigado a tolerar) (72).

Aqui, bem como em outros pontos (73), se manifesta uma profunda tensão interna do direito. Todo sistema jurídico, que deve ver a essência de seu papel na delimitação dos direitos dos diversos sujeitos de direitos (74) tem uma dupla tarefa: deve indicar a *um* o que tem direito e o que não tem direito de fazer, e ao *outro* o que está obrigado e o que não está obrigado a aceitar. Em princípio, as disposições dessa ordem são expressa ou tàcitamente correlativas e gêmeas: a ação que está no direito de um efetuar, o outro está obrigado a aceitá-la, e inversamente, a ação que um não está obrigado a tolerar, o outro não tem direito de comentar (75). Mas existem casos em que se manifestam tensões entre êsses dois aspectos, casos nos quais é duvidoso que a uma permissão de obrar corresponda uma obrigação de aceitar, ou vice-versa. É de um caso dêste gênero que aqui se trata. Se uma ação revestida do cuidado necessário nas relações com os demais não é contrária ao direito em vigor porque o agente está no *direito* de agir dêste modo, mesmo quando, eventualmente, esta ação provoque um resultado indesejável, o problema é saber se a vítima da conseqüência da ação está, a seu respeito, em situação de legítima defesa. Os que respondem afirmativamente a esta questão crêem comumente — apesar da permissão de obrar — ter de declarar a ação "ilegítima". Tal é o raciocínio que explica a "lógica estranha" do direito civil (76). Êste raciocínio supõe provado, não obstante, que a ilegitimidade da agressão, mencionada no § 53 do Código Penal alemão e no § 227 do Código Civil alemão, atende às mesmas circunstâncias e tem conseqüentemente a mesma significação que a "inobservância do cuidado normal", a significação de uma *interdição* de obrar, dependente do

(66) LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 3.ª ed., pág. 364, desenvolvendo o artigo de H. STOLL, *in JZ* 1958, págs. 137 e segs.; cf. também LARENZ, *Karlsruher Forum* 1959, *Beiheft zum Versicherungsrecht*, págs. 10 e segs.

(67) LARENZ, ob. cit.

(68) No mesmo sentido agora com particular ênfase, VON CAEMMERER, *JT Festschrift*, II, págs. 126 e segs.; NIPPERDEY, *Karlsruher Forum*, 1959, págs. 4 e segs.; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, II, págs. 1.307 e segs.

(69) Também, eventualmente, para outras pessoas, por exemplo, para o tratador de um animal (§ 833 do Código Civil alemão).

(70) Aqui se situa a vasta área da "responsabilidade pela exposição a perigo".

(71) Como, por exemplo, em relação ao § 1.004 do Código Civil alemão.

(72) Cf. especialmente FRANK, § 53, I, 2b; atualmente SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 53; II, 2.

(73) Por exemplo, na resistência a um ato da autoridade e na salvaguarda de interêsses justos. Sôbre o primeiro caso, cf. Niederschriften, *über die Verhandlungen der Grossen Strafrechtskommission*, v. XIII, págs. 49 e segs., e STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, 1958; sôbre o segundo caso, Niederschriften, v. XII, pág. 167, XIII, pág. 150; ver ainda meu *Strafrecht*, 11.ª ed., § 42, III, 2; § 73, III, 2 *c*.

(74) Cf., a propósito, a noção de direito de KANT: "conjunto de condições sob as quais o livre arbítrio de um se pode combinar com o livre arbítrio de outro, segundo uma lei geral de liberdade".

(75) Cf., por exemplo ,a disposição do § 904 do Código Civil alemão, sôbre estado de necessidade: "O proprietário não tem o direito de proibir a ação de outrem sôbre a coisa, quando...

(76) Especialmente R. SCHMIDT, NJW, 1958, pág. 488.

desvalor da *ação* e não do desvalor do *resultado*, vale dizer da dispensa de ter que tolerar. Mas esta prova não é suficiente. Também ENGISCH (77) declarou esta conclusão "insuficiente, porque a ilegitimidade como *elemento da infração* tem um papel e um sentido diferentes do papel e do sentido da ilegitimidade *condição* da legítima defesa".

Portanto, não é de modo algum certo que a admissão da legítima defesa se justificaria valorativamente. Convém, em nosso exemplo do comêço, conceder o direito de legítima defesa a B, que dirige de maneira incorreta, contra A, que dirige de maneira correta, se o choque não podia ser evitado por outros meios? É verdade que na maioria dos casos dêsse tipo a possibilidade de uma ação de legítima defesa não é quase concebível, nem para a vítima nem para um terceiro. Seria, entretanto, concebível no seguinte caso: um candidato ao suicídio (um bêbado, uma criança, um ancião) se atira sôbre os trilhos diante de uma locomotiva que chega a todo vapor (78). O maquinista não está em condições de freiar sua locomotiva a tempo, mas um terceiro poderia, acionando uma chave de linha, dirigí-la contra um obstáculo, o que ocasionaria o descarrilamento da locomotiva e a lesão ou a morte do maquinista ou do foguista. A ação do terceiro deve ser justificada pela legítima defesa (auxílio de necessidade) porque o maquinista havia cometido uma agressão "injusta" contra a pessoa estendida sôbre os trilhos? Valorativamente estimo que tal decisão não seria justa, mas reconheço que de minha parte é um puro juízo de valor, e que se poderia atribuir outro. Não daria à vítima ou ao terceiro que atuou para salvá-la um direito de legítima defesa, mas lhe concederia tão sòmente uma escusa em razão de seu estado de necessidade (§ 54 do Código Penal alemão) (79).

Se, pelo contrário, se define a antijuridicidade da agressão partindo do desvalor do resultado (prejuízo que não se está obrigado a tolerar) é necessário responder à difícil questão de saber quando não se está obrigado a tolerar um prejuízo. Naturalmente não basta responder: não se está obrigado a tolerar a intervenção que o outro não está *no direito* de realizar, porque se cái então num círculo vicioso. Com esta resposta se eliminam, é verdade, todos os casos nos quais o sistema jurídico em vigor une sem ambigüidades o dever de aceitar e a permissão de fazer (como por exemplo no § 904 do Código Civil alemão), mas se abstém de responder a todos os outros casos.

O sistema da *actio negatoria* do § 1004 do Código Civil alemão não proporciona tampouco uma resposta, porque o direito que prevê

(77) Ob. cit., págs. 61 e 358.

(78) Elejo propositadamente uma locomotiva para êste exemplo, e não um comboio completo, para evitar que se me objete que o número de vítimas da "ação defensiva" modifica as premissas do raciocínio. Cf. neste sentido também VON CAEMMERER, ob. cit., pág. 134.

(79) E a restringiria dêste modo, conforme o direito vigente, aos parentes próximos. Sôbre o problema da legítima defesa, v. meu *Strafrecht*, 11.ª ed., § 14, II, 1 *b*.

está excluído "quando o proprietário está obrigado à tolerância"; mas com isto não afirma *quando* existe esta obrigação à tolerância. Em todos os casos de risco permitido nos encontramos, queira-se ou não, em presença de um verdadeiro acréscimo do perigo (80) que, *em outras circunstâncias* — fora do risco permitido — ensejaria incontestàvelmente uma ação de cessação. Ao recusar admitir uma ação de cessação nos casos de risco permitido se restringe o direito negatório (ou seja, o direito de não tolerar) pela permissão de obrar. Porém se a ação, num caso de risco permitido, ocasiona uma das conseqüências danosas que mesmo uma pessoa dotada de discernimento e prudência não se encontra em condições de evitar — e são ùnicamente essas conseqüências as que pertencem ao domínio dos perigos *permitidos* — não poderia ser objeto, nem prática nem lògicamente, de uma ação de cessação, já que a lesão possível, contida em germe, inevitàvelmente, no risco permitido, não poderia ser evitada senão pela proibição de tôda ação afetada de risco. Em outras palavras: a partir do momento em que se admite a instituição do risco permitido, seja porque ninguém o negue ou pudera negá-lo, as lesões inevitáveis dêle derivadas são "acidentes deploráveis", para retomar a expressão já empregada em 1911 pelo civilista H. A. FISCHER (81) ou, como expõe NIESE, "um infortúnio, mas não uma injustiça" (82). Com maiores razões se é apenas uma conseqüência inevitável (83). A análise do § 1004 do Código Civil alemão mostra precisamente que a permissão de obrar limita a não-necessidade de tolerar, mas que o inverso não é certo (84).

(80) Não se vê o verdadeiro problema do risco permitido, se se dirige o perigo que implica a ação arriscada no sentido de uma "exposição a perigo puramente abstrata, suscetível apenas de ser enfocada estatìsticamente", e se se lhe opõe "a exposição a perigo (o que se quer dizer, sem dúvida, é prejuízo) concreto e iminente", como faz LARENZ, ob. cit., pág. 364 (cf. também a nota n.º 52 *supra*).

(81) HANS ALBRECHT FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechtes*, 1911, pág. 107.

(82) NIESE, *Streik und Strafrecht*, 1954, págs. 30 e segs.; *JZ* 1956, pág. 460; NIPPERDEY, *NJW* 1957, pág. 1.778; ZIPPELIUS, *NJW* 1957, pág. 170 AcP. 157, pág. 390; e ainda ESSER, *Grundlagem und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, 1941; *JZ*, 1953, pág. 129.

(83) Pode-se, em certos casos, limitar o § 1.004 à obrigação, para o autor do resultado, de reparar ou suprimir êste resultado, e, em razão dessa obrigação de reparação ou supressão, chamar a êste resultado "antijurídico". A expressão "resultado antijurídico" significa então resultado jurìdicamente indesejável e que deve, por esta razão, ser reparado ou suprimido (cf. a propósito a nota seguinte).

(84) Encontra-se quase o mesmo problema nas relações entre a salvaguarda de interêsses justos, por um lado, e por outro a legítima defesa e a *ação de omissão*, segundo o § 1.004 do Código Civil alemão. A salvaguarda de interêsses justos constitui um caso particular de risco *permitido:* o agente *está no direito* de emitir uma afirmação difamatória, com o risco de se estabelecer sua inexatidão, porque não há outro meio de obter a certeza da violação (possível) de interêsses importantes (cf. a respeito a bibliografia contida na nota n.º 73, acima). O § 193 do Código Civil alemão prevê uma permissão de obrar, e portanto um *direito* de atuar (doutrina tradicional). Êste direito não restringe apenas a legítima

Portanto, as objeções da doutrina civilista não se encontram em condições de alterar a posição do cuidado objetivo no domínio do injusto típico.

Depois da determinação da tipicidade e da antijuridicidade, o terceiro elemento constitutivo da infração, a *culpa*, não apresenta mais dificuldades essenciais. A culpa é a *reprovabilidade* da realização antijurídica do fato típico. A realização antijurídica do fato típico é reprovável quando o agente em questão poderia tê-lo evitado, vale dizer, se tivesse *podido* comportar-se jurìdicamente ao invés de antijurìdicamente. O problema preliminar a êste respeito, que é saber como pode ser enfocado êste "poder" do homem de pautar sua conduta atento às normas, ou seja, segundo o sentido e o valor das coisas — o problema da responsabilidade — supõe-se aqui resolvido. Constitui uma questão geral que antecede a idéia de culpa.

Vimos que uma ação que ocasiona não intencionalmente um dano ou a exposição a perigo de um bem protegido é típica a partir do instante em que não se tenha manifestado o cuidado necessário nas relações com outrem, ou seja, a partir do instante em que não corresponda ao comportamento que teria adotado uma pessoa dotada de discernimento e prudência, colocada nas mesmas circunstâncias que o agente.

Para a culpabilidade segue-se daí que o agente deve ter podido executar também *subjetivamente* o juízo de causalidade adequada *objetivo* (de uma pessoa com discernimento) com referência à possibilidade de lesão. Ao passo que a chamada previsibilidade *objetiva* constitúi a tipicidade e a antijuridicidade da ação, a chamada previsibilidade *subjetiva* constitui um elemento da reprovabilidade da ação típica e antijurídica. Quando o agente realizou efetivamente ao empreender a ação o *juízo de causalidade adequada*, agiu, com referência ao resultado possível, com culpa *consciente* (85), e se êle tinha podido tê-lo realizado agiu com culpa *inconsciente*. Para a reprovabilidade não surge dessa distinção qualquer diferença.

---

defesa, senão também a possibilidade da *ação de omissão* do § 1.004 do Código Civil alemão. A ação prevista pelo § 193 não poderia tornar-se ilegítima *a posteriori*, pelo fato de que a inexatidão da afirmativa difamatória seja constatada ulteriormente! Contudo, uma vez provada a inexatidão da afirmativa, e se esta "ocasionou uma situação que tem como conseqüência uma ameaça e uma lesão permanentes aos interêsses da vítima", o § 1.004 do Código Civil alemão pode criar para o agente uma obrigação de "dar fim à situação por êle criada mesmo se, ao tempo da ação, pudesse êle invocar uma justificativa" (BGH, *NJW*, 1958, pág. 1.043). Êste direito que deriva do § 1.004 e sua causa têm, então, o sentido assinalado na nota n.º 83. Cf. Também SCHMITZ, *MDR*, 1958, págs. 881 e segs., com indicações bibliográficas suplementares; VON CAEMMERER, ob. cit., pág. 130.

(85) A distinção entre culpa consciente e *dolus eventualis* é uma outra questão que aqui não mais pode ser examinada. Existe culpa consciente quando o agente *confiou* em que o resultado não sobreviria. Sôbre a noção de "confiança" e sua distinção da mera "esperança", cf. meu *Strafrecht*, 11.ª edição, § 13, I 2 *b*.

A ação do agente pode, além disso, ser típica, quando não corresponda ao comportamento *prudente* da pessoa-padrão. Convém perguntar-se, também aí, se a reprovação pode ser feita ao agente *em questão*: um estado de emoção ou de fadiga não imputável ao agente pode, por exemplo, fazer desaparecer a reprovabilidade de uma inapropriada eleição dos meios a empregar para a realização da ação (86).

A doutrina tradicional preocupou-se sempre, é verdade, com êstes elementos, enfocando-os, no entanto, do ponto de vista enganoso do *dever* subjetivo de cuidado: o grau de cuidado que teria podido e devido manifestar um agente numa situação concreta deve ser determinado, afirma esta doutrina, *exclusivamente de um ponto de vista subjetivo* (87). Reside nessa tese, sem dúvida, o mal entendido que é uma das conseqüências mais gravosas que a doutrina tradicional acarreta para a culpa: o conteúdo do dever de cuidado, vale dizer, o cuidado *necessário* nas relações com outrem, deve sempre e necessàriamente determinar-se a partir de um ponto de vista *objetivo;* é o comportamento *exigível* de parte do agente na situação concreta dada. Êste dever se impõe objetivamente ao agente e não se concretiza em função das capacidades individuais dêste, senão no sentido de que o agente capaz de efetuar a ação de forma apropriada deve efetuá-la assim, se é que pretende efetuá-la, e de que o agente que não é capaz de efetuá-la de forma apropriada deve omitir a ação. O dever de omitir a ação não apropriada aplica-se sem restrições a *todo* agente. Não o dever, mas apenas a *reprovabilidade* da violação do dever, será limitada pelos elementos subjetivos da falta de previsibilidade subjetiva ou da falta de prudência.

Apenas à base dessa distinção sistemática se aclara o problema dos crimes culposos. O dever de cuidado é uma magnitude *objetiva;* enquanto cuidado *necessário* nas relações com outrem, é êle o ponto de referência em função do qual pode ser determinada a conformidade da ação do agente com a definição do fato típico; uma infração a êste dever representa o injusto típico nos crimes culposos. Ainda assim, a primeira tarefa do juiz, a mais importante e também a mais difícil, é a de procurar, por um lado, o que teria sido para o agente, nas circunstâncias concretas do caso, o cuidado necessário, e por outro, se a ação do agente correspondeu ou não ao comportamento "apropriado", assim definido. É apenas na segunda hipótese que se coloca a questão da reprovabilidade, e portanto da culpa. Esta questão, para que seja pertinente, há de ser colocada diante do pano de fundo do dever objetivo de cuidado e da infração a êste dever, ou seja, do caráter típico e antijurídico da ação (88).

---

(86) Cf. VRS 5, pág. 368; 6 pág. 451; 10 pág. 213. Assim também pronunciou-se o BGH para o direito civil. Cf. BGH *in* VRS 4, pág. 91; 5, pág. 88.

(87) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 59, X, 6 *e* (pág. 527); MEZGER, *Lehrbuch*, página 359; *Leipz. Kom.*, § 59, III, Nr. 22; diversamente, MEZGER-BLEI, *Studienbuch*, I, § 66.

(88) As questões de *sistema* são questões de fato. Os êrros de sistema re-

A reprovabilidade de um comportamento objetivamente contrário à prudência pode, igualmente, desaparecer em razão de um êrro de proibição, e particularmente em razão de um êrro quanto aos limites do dever de cuidado. Nos delitos de trânsito, tais êrros aparecem especialmente em relação ao princípio de confiança, como, por exemplo, o êrro sôbre o direito de prioridade ou a obrigação de esperar (89). Finalmente, a responsabilidade pode ser excluída na hipótese de inexigibilidade de uma conduta correta, e o conhecido caso do cocheiro cujas rédeas se engancham na cauda do cavalo se situa bem, por outro lado, no domínio da circulação (90). Também em relação a êstes dois pontos de vista, e desde que esclarecidas as questões da tipicidade e da antijuridicidade, a culpa, considerada como reprovabilidade de um comportamento por sua vez típico e antijurídico, se insere harmoniosamente e sem dificuldades no sistema dos crimes culposos.

O problema *específico* da culpa nos crimes culposos não se coloca aqui, entretanto, senão num domínio ligado à estrutura da ação. Vimos, nos crimes culposos, a antijuridicidade derivar da ausência do cuidado necessário na ação, e a culpa da reprovabilidade dessa falta de cuidado. Como compreender tal reprovabilidade partindo da ação? As ações na área da circulação, sôbre as quais fixamos a maior parte de nossas considerações, nos proporcionam precisamente indicações importantes a êste respeito (91). Quem aprende a conduzir um veículo, deve familiarizar-se com os instrumentos de direção, de mudança de velocidade e de freio; deve exercitar-se nos diversos movimentos das mãos e dos pés que lhe serão necessários para dirigir; deve compenetrar-se das regras e sinais de circulação e deve, sobretudo, aprender a adaptar sua maneira de conduzir ao caráter incessantemente evolutivo do trânsito. Cada uma das manobras individuais necessárias a essa finalidade, a previsão dos perigos e a forma de evitá-los, tudo isso deve ser aprendido e exercitado mediante atos de vontade sistemática, até que a repetição freqüente dessas operações e manobras as "automatize" e provoque uma disposição inconsciente à ação (uma "tendência determinante") que entra "automàticamente" em jôgo como conseqüência de um determinado estímulo (por exemplo, uma situação perigosa). Essa reserva de disposições adquiridas pela ação dispensa o motorista de concentrar-se permanentemente em cada uma das numerosas operações de direção, e libera sua atenção para a observação do tráfego. Sem essa reserva de disposições automáticas para a ação, a rápida circulação moderna seria inconcebível.

O que aqui se expôs com o auxílio do exemplo da circulação de automóveis (92), vale para todos os campos da atividade humana. Tôdas as disposições para a ação que levamos conosco, tivemos que aprendê-las um dia e nos exercitamos penosamente mediante atos isolados. Essa reserva de disposições automáticas para a ação, que funciona no subconsciente e no inconsciente, nos deixa margem de ação para objetivos cada vez mais vastos e gerais. A perquirição sistemática de nossos objetivos só é possível porque a execução individual de um grande número de escalões intermediários da ação se faz, de certa maneira, "em si mesma", automàticamente, a exemplo de não estarmos obrigados, ao caminhar, ao contrôle consciente de cada um de nossos passos, mesmo que em outra época o tenhamos feito. O contrôle final da ação pode, dessa forma, concentrar-se sôbre determinados pontos, contanto e na medida em que sua execução possa apoiar-se sôbre disposições para a ação adquiridas conscientemente ou semi-conscientemente no passado e incorporadas agora ao subconsciente e ao inconsciente. Por outro lado, êsse contrôle deve levar em consideração os limites das disposições para a ação que intervêm em sua execução, ou — em outros têrmos — estabelecer um equilíbrio entre a ação controlada conscientemente e seus elementos parciais automatizados. A êsse respeito, tomaremos um exemplo na área da circulação: o condutor de automóveis deve regular sua velocidade em função de seu govêrno das manipulações técnicas e de seu poder de reação. Se é certo que o caráter apropriado ou correto de nossas ações repousa, em grande escala, não sôbre um contrôle consciente de cada elemento da ação, senão sôbre disposições automáticas para a ação, adquiridas no passado (93), o caráter inapropriado ou incorreto da ação deve reprovar-se, portanto, ao agente, na medida em que, fora da realização de sua ação final, não tenha êle se preocupado com os limites de suas disposições automáticas para a ação, mesmo tendo podido distinguí-los.

Retornamos assim a nosso ponto de partida. Se o homem, o ser mais mutável que existe, cuja natureza se caracteriza precisamente por uma grande latitude no que se refere a comportamentos inatos pré-estabelecidos, soube, no conjunto, enfrentar vitoriosamente a erupção da técnica em sua vida cotidiana, isso é fruto, essencialmente, de haver conseguido criar uma "segunda" natureza: um conjunto de disposições para a ação, adquiridas e exercitadas, que se situam no

---

percutem nos êrros de fato, e vice-versa. Ainda assim não foi apenas "não-prejudicial", senão fatal manter a desconsideração do cuidado necessário no domínio da culpa, mesmo depois que se precisou a idéia do cuidado objetivo.

(89) Cf., por exemplo BGH *in* VRS 10 pág. 176; OLD *Oldenburg* in VRS 11. pág. 176; OLG *Oldenburg in* VRS 11, pág. 64; OLG *Hamm. in* VRS 13, pág. 71.

(90) RG 30, pág. 25. Aparece aqui o caráter normativo da reprovabilidade que não se resolve simplesmente no fato de poder atuar conforme o direito. Sôbre isto, e sôbre a diferença entre a não-exigibilidade e a antijuridicidade, cf. ENGISCH, cit., pág. 443 e segs.

(91) Sôbre o que se segue, cf. meu artigo *Persönlichkeit und Schuld*, ZStW 61, págs. 468 e segs.. Em relação à circulação de veículos, Cf. LUFF. *Das Automatische Reaktionsverhalten des Kraftfahrers und seine rechtliche Würdigung, in: "Der öffentliche Gesundheitsdienst"*, 1957, pág. 154. Quanto aos automatismos de nossa vida afetiva, ver A. GEHLEN, *Die Seele im technischen Zeitalter* págs. 104 e segs.

(92) Outro exemplo comum seria talvez a natação.

(93) e com cujo funcionamento contamos em nossas ações finais.

subconsciente e no inconsciente, que se desencadeiam sob o efeito de "palavras de ordem" próprias às diversas situações da vida, e que permitem ampliar-se dessa forma às grandes possibilidades de sua ação consciente. O homem é também responsável por essas disposições que representam sua *segunda* natureza: de um lado, porque ele devia aprendê-las laboriosamente e compenetrar-se delas mediante atos conscientes; de outro, e principalmente, porque as integra em suas ações conscientes e finais, o que lhe impõe a obrigação de regular a amplitude de suas ações sôbre os limites dessas disposições para a ação. Se, no direito penal da circulação, a condução em estado de embriaguez é considerada a justo título como manifestação particularmente grave de ausência do sentido das responsabilidades, deve-se a que, em tal situação, é patente o desprêzo aos limites (momentâneos) das disposições automáticas para a ação.

O exemplo da condução em estado de embriaguez mostra também que nos encontramos num momento decisivo de nossa consciência moral geral. Até hoje a embriaguez podia passar, em larga medida, como um assunto privado, porque suas conseqüências eram insignificantes; num motorista, ela representa um perigo social. O que está em evidência, na condução em estado de embriaguez, é válido para tudo o que diga respeito à circulação. O fato de dirigir-se ao trabalho, visitar amigos, passear, constituía até hoje um assunto privado, sem conseqüências. Não são assim os correspondentes deslocamentos efetuados em automóvel. E não se trata ùnicamente dêles! Em razão da estreita interdependência dos processos de circulação, os próprios deslocamentos dos pedestres não constituem assuntos puramente privados. A técnica nos impõe a todos uma *responsabilidade* social desconhecida anteriormente. Entretanto, nossa geração conserva *um* pé no mundo pré-técnico, e é por isso que não adapta senão lenta e difìcilmente seus juízos de valor ao incremento da responsabilidade social do homem. Característica a êsse respeito é uma comprovação feita no estudo mais recente sôbre as causas próprias de acidentes na circulação das vias alemãs, segundo o qual "ainda hoje em dia os delitos de tráfego — especialmente os graves —, quando não sejam seguidos por um resultado, freqüentemente não constituem objeto de nenhuma *persecução*, ou quando o são, também freqüentemente essas *perseguições* são abandonadas pela insignificância da causa" (94). Quem quer que atribua ao direito penal uma função predominantemente sócio-ética e sócio-pedagógica não deixará de perceber nêle um dos meios mais importantes — e sem dúvida o mais importante — de impor uma tomada de consciência da responsabilidade social incrementada para cada um na vida cotidiana. A relização prática dessa tarefa é assunto que os juristas não poderiam, contudo, levar a bom

(94) ERNST MAYER e ERNST JAKOBI, *Typische Unfallursachen im deutschen Strassenverkehr, dargestellt an Hand einer statisticher Untersuchung*, vol. I, pág. 185, publicação do conselho administrativo *Wir und die Strasse*, Bad Godesberg.

têrmo senão sob a condição de colocar ordem em sua concepção dos crimes culposos, abandonar a visão tradicional, segundo a qual o resultado representa o elemento penal essencial do ato negligente, e extrair do fato de que o *desvalor da ação* constitui o ponto capital do ato culposo, as conseqüências que se impõem para a teoria da ação, para a antijuridicidade e para a culpabilidade.

CALÚNIA. CONFIGURAÇÃO DO CRIME

VICTOR NUNES LEAL

Calúnia. Condenação a título de calúnia por pretendida imputação de estelionato. Crime não configurado, por atipicidade da imputação.

Dadas as singularidades da figura penal do estelionato, é imprescindível para que se configure a calúnia, que a imputação dita caluniosa seja tão circunstanciada quanto necessário para que se possa apurar o caráter penal ou simplesmente civil da fraude atribuída ao sujeito passivo.

I — EXPOSIÇÃO PRELIMINAR

1. O Dr. Oscar Negrão de Lima pede o meu parecer sôbre a configuração, ou não, na hipótese versada no HC 48.757 — ora pendente de decisão pelo eg. Supremo Tribunal Federal — do crime de *calúnia*, pelo qual foi condenado o seu filho Eng.º Márcio Resende Lima, ora paciente, por fôrça de acórdão do col. Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

2. A consulta veio acompanhada de cópia da carta dirigida pelo paciente ao Dr. Rubens Resende Neves, que constituiria o corpo de delito da calúnia, e de cópias do acórdão condenatório, dos pareceres sôbre a espécie, subscritos pelos eminentes professores José Frederico Marques e Magalhães Noronha, bem como da petição de *habeas cropus*, esta da lavra do ilustríssimo professor Heleno Cláudio Fragoso.

3. Não sendo especialista em Direito Penal, a verdade é que hesitei em somar minha opinião sôbre o caso aos três eruditos pronunciamentos, emitidos por tão renomados tratadistas da disciplina. Convenceu-me ,porém, a honrosa insistência do consulente a abordar certos aspectos do problema, que me pareceram de especial relêvo, ainda que o faça sem o instrumental teórico dos reputados penalistas que já se manifestaram.

II — O FATO

4. O paciente, absolvido em primeira instância, está condenado por *calúnia*, como tendo imputado falsamente ao seu ex-sócio a prática de um crime de *estelionato*.

5. A imputação caluniosa estaria contida na mencionada carta, na qual arrolando diversas notas promissórias que o querelante, após a quitação, estaria retendo indevidamente, o paciente assim alude a uma delas:

> "promissória de Cr$ 763.200 (...), por mim emitida em favor de V. Sa., vencida em 30 de outubro de 1961, já paga em dôbro mediante ardil de V. Sa., e indevidamente retida".

6. Embora contida em carta, o Tribunal reputou realizada a comunicação a terceiro da imputação, essencial para a configuração da calúnia, por ter sido a missiva enviada ao destinatário por intermédio de Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

7. Assim resumidos os pressupostos de fato da decisão condenatória, passo a emitir o meu parecer, adiantando de logo que, após madura reflexão sôbre o caso, concluí pela inexistência da calúnia.

III — DO CRIME DE CALÚNIA

8. É de saber elementar que constitui elemento essencial para a tipificação da calúnia que a falsa imputação se traduza na atribuição ao ofendido da prática de um fato criminoso *determinado*.

9. Discrepam, no entanto, todos os tratadistas, quando se cogita de precisar o *grau de determinação* necessário para que a imputação, se falsa, seja reputada objetivamente como calúnia. Variam, realmente, quase que de autor para autor, os critérios aí sugeridos: desde os que exigem sempre que a imputação seja tão circunstanciada quanto se requer da denúncia, aos que, como o grande HUNGRIA (*Comentários*, 1955, VI-61), consideram suficiente, para a determinação do fato, "que se dê a impressão de certo acontecimento concreto ou específico".

10. Após a leitura de representantes das duas correntes, ambas constituídas de penalistas do maior tomo, não me convenci de que, em princípio, se deva ser demasiado exigente quanto ao grau de determinação do fato criminoso imputado, para que se dê por concretizada a calúnia.

11. De regra, por exemplo, tenho por formalismo exagerado, *data venia*, que se reclame da imputação caluniosa o mesmo número e precisão de circunstâncias de fato que a melhor jurisprudência prescreve intransigentemente para a denúncia ,sob pena de inépcia.

12. É que os requisitos de precisão do conteúdo da denúncia respondem fundamentalmente à garantia de ampla defesa do acusado, que postula, como condição básica, que a acusação seja formulada em têrmos claros e, quanto possível circunstanciados. Já na calúnia, bem como na difamação, a exigência de que a imputação se cifre em um fato determinado corresponde, segundo a generalidade dos autores, à razão de ser de sua mais grave apenação em relação à injúria, e que se situa na maior *credibilidade* da acusação concreta de um fato em relação à simples assacadilha de uma expressão ofensiva.

13. Ora, a melhor razão parece estar com HUNGRIA *(op. loc. cit)*, quando assevera que "essa maior credibilidade, porém, não está necessàriamente subordinada a uma descrição detalhada". Claro que, sendo falsa a imputação, o maior número de pormenores com que o agente a cerque não só dará maior consistência ainda à acusação mentirosa, como também desvelará dolo mais intenso: são dados, no entanto, que, segundo me parece, hão de ser levados em conta na fixação da pena, mas não chegam a constituir elementos essenciais à própria tipificação da calúnia.

14. No caso concreto, todavia, e isso é fundamental, não tem maior relêvo a posição de princípio que se tome a respeito do dissídio doutrinário a que me vinha referindo.

15. É que, se se trata de calúnia — falsa imputação de *fato definido como crime* — o grau de determinação do fato imputado encontra, no próprio texto do art. 138 do Código Penal, um *mínimo indispensável de precisão e circunstanciamento*, que decorre da necessária *tipicidade da imputação*.

16. Em outras palavras: se é de calúnia que se cogita, pode a doutrina discutir e variar a jurisprudência sôbre a necessidade ou não da menção expressa, no teor da imputação falsa, a esta ou aquela *circunstância acidental* do crime atribuído ao ofendido; mas é inquestionável que todos os *essentialia delicti* hão de estar presentes no fato imputado, ou não se poderá falar de *fato definido como crime*, nem, via de conseqüência, em *calúnia*.

17. Por conseguinte, o mínimo de pormenorização das circunstâncias a reclamar-se, em cada caso, da imputação, para que se possa aferir da existência de calúnia, só *indiretamente* se extrai do art. 138 do Código Penal. Exigindo êste a imputação de fato definido como crime, o padrão direto e imediato a confrontar-se com os têrmos corretos da imputação é menos a definição da cláusula, do que a descrição legal do crime que, na espécie, se pretenda ter sido falsamente atribuído ao sujeito passivo da suposta ofensa.

18. É essa consideração que, na hipótese em estudo, me faz concluir no mesmo sentido da petição do professor HELENO FRAGOSO e dos pareceres dos professores FREDERICO MARQUES e MAGALHÃES NORONHA, não obstante me haver colocado, *em linha de princípio*, mais próximo de HUNGRIA e do eminente ANIBAL BRUNO *(Direito Penal*, 1966 IV-303), no tocante à premissa do *quantum* de determinação do fato imputado.

19. É que a espécie, segundo a decisão condenatória, seria de imputação de *estelionato*, o que torna particularmente delicado o exame do problema, independentemente de se requerer ou não, *em regra*, maiores especificações do fato para a afirmação da calúnia. Com efeito, são as singularidades que marcam o crime de estelionato que me levam a concluir que o trecho de carta, no qual se funda o acórdão, na verdade não traduz calúnia.

IV — DO ESTELIONATO

20. Realmente ,o *estelionato* apresenta peculiaridades que fazem dêle um *tipo ímpar* de delito, no elenco das infrações penais.

21. De um lado, a fraude criminal, em que o estelionato se consubstancia, traduz — em oposição aos crimes patrimoniais de violência, clandestinidade ou mero oportunismo — um refinamento intelectual das manifestações do instinto predatório (ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, 1966, *Parte speciale*, I-253), o que faz dêle na expressão de HUNGRIA, *(op. cit.*, VII — 164), "uma forma evoluída de captação do alheio" ou, em outra passagem *(id, ibidem*, pág. 163), "um atestado do poder de inventiva e perspicácia do *homo sapiens*", aí porque fruto da imaginação inteligente do criminoso refinado, o estelionato haja de ser definido pelo legislador em têrmos tão amplos quanto possíveis para abranger as manifestações múltiplas e imprevisíveis da fraude penal. *"É impossibile* — dizia o insuperável CARRARA *(Programma*, ed. 1.875, IV-536, § 2.340, nota) — *stringere in una descrizione di forme materiale il concetto dello stellionato; impossibile classificare la enumerazione dei casi nei quali si estrinseca questo proteiforme reato sotto l'impulso della callidità dei malvagi desiderosi sempre di arrichirsi a danno dell'altrui bonna fede"*. Serve-se, pois, "o legislador, a essa conta, de fórmulas diversas e amplas com que procura rastrear a atividade multiforme dos burlões e enliçadores" (OROZIMBO *in* STF, HC 31.168, AJ 95-81).

22. Mas, como teve de traçar, ao fixar o tipo, círculo suficientemente largo de conceitos para abarcar o número incalculável de imprevisíveis formas de execução do estelionato, o legislador não pôde, de regra, fugir da inconveniência de uma definição tão genérica, que, aplicada em sua literalidade, não compreenderia apenas tôdas as manifestações substancialmente criminosas da fraude, mas se estenderia também a hipóteses sôbre as quais seria lícito fazer incidir a gravidade das sanções penais. Baldados seriam os esforços para, da letra dos textos penais que defniem o estelionato, *desumere un critério per distinguere gli artifizi criminosi dai non criminosi nelle umane contrattazioni* (CARRARA, op. loc. cits, § 2.340).

23. Surge daí a tentativa plurissecular de encontrar, implícita no ordenamento jurídico total, a diferença específica, seja, em geral, entre o crime e o delito civil, seja, em particular, entre a fraude *civil*, reparável e punível pelas sanções do direito privado, e a fraude criminal, única a justificar o recurso extremo à pena.

24. A matéria deu margem, como se sabe, a valiosas construções teóricas de juristas, das quais HUNGRIA dá um resumo valiosíssimo em seus *Comentários* (VII-172 ss). O balanço dos resultados da discussão não é, entretanto, de molde a estimular novas pesquisas para a formulação de um critério, bastante genérico e ao mesmo tempo suficientemente preciso, para a distinção. HELENO FRAGOSO parece expressar o pensamento geral da doutrina contemporânea, ao asseverar que as diversas teorias sôbre o tema "hoje têm apenas valor mais ou menos histórico" e ao concluir que, na verdade não há diferença ontológica entre a fraude penal e a fraude civil *(Lições de Direito Penal*, 1962, 2-346).

25. Da impossibilidade de diferenciação ontológica, entretanto, não se pode tirar a conclusão radical dos que, como IMPALOMENI e MANZINI, citados por HUNGRIA (*op. cit.*, VII-180) e também SOLER entendem que qualquer procedimento classificável como fraudulento pode configurar estelionato, se estiverem presentes os demais elementos traçados no tipo legal.

26. Uma vez mais, o grande HUNGRIA expõe com absoluta clareza que me pareceu a colocação mais razoável e realista do problema (*op. cit.*, v. VII): "Reconheça-se a impraticabilidade de uma distinção *in abstracto* ou rigorosamente científica entre fraude penal e fraude civil, mas há que atender a êste fato irrecusável: a constante impunidade assegurada pela justiça criminal a certos casos de fraude contra o patrimônio. É que então existe, embora sob um prisma alheio ao da lógica abstrata, uma fraude localizada aquém do direito penal, ou não excedente das raias do direito civil". (pág. 180). "Negar a existência de uma fraude *autêntica* e não exorbitante da órbita civil é abstrair o que se proclama nos tribunais. E o critério da jurisprudência é incensurável: sabem os juízes que a pena é fôrça de reserva na defesa da ordem jurídica, e a consciência lhes dita que nem tôda e qualquer fraude, mesmo excedente da *licentia decipiendi*, justifica ou reclama a reforçada sanção criminal. Sòmente integra um crime a fraude que reveste cunho de especial malignidade. Fraude punível é só a velhacaria chapada, o refinado embuste, a patifaria genuína *fraude perigosa*, enfim" (pág. 182).

27. Renunciando, embora, à fixação apriorística de um critério de distinção, a melhor doutrina contemporânea não foge, entretanto, à realidade, sentida constantemente pelos Tribunais, na vivência dos casos concretos: há fraudes que *embora enquadradas na literalidade do tipo legal do estelionato*, não alcançam a gravidade bastante para a caracterização do crime.

28. Por isso, a tendência doutrinária hoje prevalente é a de deixar ao prudente arbítrio do Juiz a tarefa de classificar a fraude como penal ou meramente civil, à luz da consideração global de tôdas as circunstâncias do caso concreto: "como ao legislador seria impossível uma exaustiva fórmula casuística na seleção da *fraude penal*, ao juiz é que cabe, necessàriamente, apreciar se êste ou aquêle caso concreto se enquadre, ou não, no versículo genérico da lei penal". (...) "Na incriminação da lesão patrimonial *per fraudem*, existe a *lex proevia*, mas, como esta tem de adotar uma fórmula de contornos amplos (...), não pode deixar de ser confiada ao juiz, na sua própria função específica de *jus conditum dicere*, o oportuno ajustamento dessa fórmula aos casos ocorrentes" (HUNGRIA, *op. cit.*, VII-179).

29. E a formulação de HUNGRIA tem tido, no Brasil, a adesão geral dos mais eminentes penalistas. Assim, para HELENO FRAGOSO (*op .cit.*, 2-346), a diferença entre a fraude penal e a fraude civil é apenas "questão de grau ou de quantidade, a ser resolvida, em última análise, pela apreciação do juiz ,que deverá considerar o *conjunto das circunstâncias do fato*, inclusive a capacidade das partes e suas limitações". No mesmo sentido, MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, 1960, 2-455.

30. Seria evidentemente inoportuna uma cansativa reprodução de opiniões no mesmo sentido de numerosos doutrinadores estrangeiros. Vale recordar, no entanto, que o próprio ANTOLISEI, apesar de refutar, em princípio, a existência de qualquer separação entre a fraude penal e a simplesmente civil, acaba por reconhecer que, com freqüência, se verificam em um dado ambiente e para determinados negócios, fraudes (*inganni*) que *la coscienza social riprova bensì, ma considera semplici scorrettezzi*, que não dão vida ao estelionato. *Senza dubbio* — prossegue o mestre de Turim — *tale interpretazione non é del tutto aderente alla lettera della legge, ed à anche indiscutibile che lascia un notevole margine al podere discrizionale del giudice* (*op. loc. cits.*, pág. 257).

Expressivo, por fim, é o testemunho da jurisprudência espanhola mais moderna prestado pelo professor JUAN DE ROSAL em seus valiosos *Comentários a la doctrina penal del Tribunal Supremo* (Madrid, 1961, pág. 303): *"Asi, adquiere confirmación plena de que, en última instancia, cuando se trata de entresacar de los homens vitales, situaciones penales o civiles, la valoración del juzgador, tendrá que penetrar, al través del examen agudo de la prueba, en al remoto confin de la actitud interior de la persona, mediante el hilo exterior de la finalidad propuesta, y claramente exteriorizada."*

32. É do maior relêvo observar que a *jurisprudência brasileira*, e particularmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tem abonado com freqüência essa mesma colocação doutrinária. São numerosos, com efeito, os acórdãos do Supremo Tribunal em que se versou sôbre a configuração, nas diversas hipóteses, de verdadeiro estelionato ou de simples fraude ou ilícito civil (v.g RHC 38.270; HC 39.822, RF 206-244; HC 39.287, RF 208-239; HC 39.941; HC 39.664; RHC 39.872, DJ 3-1-64; RHC 42.043; HC 4.224, RTJ 32-398; RHC 42.823, RTJ 35-289; HC 44.076, RTJ 42-39; HC 44.290, RTJ 43-31; RHC 45.631, RTJ 47-263 etc.). O importante é que êsses precedentes do Tribunal, sem embargo de ora afirmarem, ora negarem, *in concreto*, a existência de fraude penal, guiaram-se todos pela *"lógica del razonable"* emergente das circunstâncias da espécie, de tal forma que dêles não se pode extrair qualquer postulado genérico que permitisse diferenciações abstratas.

33. Assentadas essas premissas, já é lícito reafirmar, sem causar espanto, que não é fácil divisar calúnia em uma simples frase, na qual se diz de alguém que obteve um proveito mediante ardil.

34. Com efeito, se para haver estelionato não basta que tenha havido fraude — seja qual fôr o nome que se lhe dê —, mas é também de mister que, examinada *em concreto*, a fraude seja grave e o bastante para ganhar as côres fortes do direito penal, uma conclusão se impõe. Uma simples palavra — ainda que *artifício e ardil*, que foram as escolhidas pelo legislador brasileiro para definir *exemplificativamente* o modo de execução do estelionato —, uma simples palavra jamais será suficientemente expressiva para que se possa ter, de modo inequívoco, como penalmente *típica*, uma imputação de estelionato.

35. *Ardil ou artifício, ainda que se diga que foram usados como forma de captação de uma vantagem indevida, podem traduzir fraude meramente civil.* E só os pormenores do caso concreto permitirão dizer de sua criminalidade, ou não.

36. Vale a respeito trazer a palavra do eg. Supremo Tribunal Federal, em decisão de sua antiga Primeira Turma — RHC 46.367 de 11-11-68, RTJ, 49/23 — de que foi relator o eminente magistrado Ministro BARROS MONTEIRO. Considerando inepta — não porque pouco circunstanciada, mas porque *atípica* — uma denúncia por *estelionato*, S. Exa. demonstra a necessidade de que se descreva concretamente o ardil e o artifício empregado:

"No caso dos autos, segundo sua descrição legal, é elemento do tipo penal do estelionato o emprêgo pelo agente de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento (...).

Trata-se, então, de elemento indicativo da maneira de execução do crime, cuja falta causa a *desaparição do tipo criminal e pode gerar a formação de um simples ilícito civil.*

Neste existe, por vêzes, a malícia, o ardil, o engano, a fraude, até mesmo o dolo. São freqüentes as transações comerciais ou civis em que êsses elementos subjetivos desempenham decisivo papel...

A denúncia, incorrendo em defeito de narração, não indicou no caso qual o modo ou de que maneira o recorrente conseguiu induzir a vítima em êrro. Disse apenas, vagamente, que foram usados artifícios e ardis os mais variados. Assim *o fato não chega a ser nada,* nem se é crime, nem se é delito civil."

37. O que se pode, pois, concluir é que, para que se tenha uma imputação de estelionato, ainda que para o simples fim de caracterizar calúnia, *não basta, como no caso, que o agente afirme de outrem que, mediante ardil, conseguiu receber em dôbro o valor de uma nota promissória.*

38. Dadas as peculiaridades da figura penal do estelionato, em razão das quais nem sempre o realiza concretamente o fato, ainda que literalmente enquadrável no texto do art. 171 do Código Penal, é imprescindível que a imputação do emprêgo de ardil seja circunstanciada. Só assim será lícito afirmar que, em um caso dado, se imputou ao sujeito passivo uma fraude *penal* e não meramente *civil.* Despida das circunstâncias concretas de vária natureza que permitam qualificar a fraude, a imputação é *atípica* e não pode, por conseguinte, servir à conformação da *calúnia.*

39. Ao afirmá-lo ,não entro em contradição com a posição de princípio, antes tomada quanto à desnecessidade de uma minudente descrição do fato para a tipificação da calúnia. De regra, esta me parece a melhor doutrina. Mas, quando se trata de estelionato, a exigência de que a fraude esteja circunstanciadamente descrita, no próprio corpo da imputação supostamente caluniosa, decorre diretamente das singularidades do tipo penal que se pretende ver configurado na falsa atribuição de crime. É que, como se disse, não é o art. 138 do Código Penal, ao definir a calúnia que fornece ao intrérprete a medida de determinação que há de ter o do fato imputado. Contenta-se o art. 138 com a tipicidade da imputação. Mas se a imputação deve ser *típica,* o que vai dizer da maior ou menor necessidade de especificações do fato imputado é a simplicidade em complexidade do *tipo* — não o da calúnia — mas o do crime que se pretende ver configurado na acusação ofensiva. Se o tipo é simples, como o do homicídio, quase nenhum pormenor é necessário, para que a calúnia se configure. Se o tipo é complexo e depende, como é notadamente a hipótese do estelionato, exame global das circunstâncias do fato, a imputação há de ser necessàriamente circunstanciada para não ser atípica.

Deixando de analisar outros aspectos do problema, entre os quais o da inexistência do elemento subjetivo da calúnia, já magnìficamente versado na impetração e nos pareceres mencionados, concluo por todo o exposto ,em que, na espécie, não tendo imputado ao querelante a prática de um fato que inequìvocamente possa ser definido como estelionato, ou qualquer outro crime, *o paciente não perpetrou calúnia.*

41. E como a esta conclusão se chega sem qualquer discussão da prova, mas, ao contrário, através apenas da correta qualificação jurídica dos fatos afirmados pelo acórdão, estou em que a matéria pode ser resolvida no processo de *habeas corpus.*

É o meu parecer.

I SIMPÓSIO DE DIREITO PENAL

Sob patrocínio do Curso de Direito do Centro Sócio-econômico da Univerdade Federal do Pará, realizou-se em Belém o I Simpósio de Direito Penal, no período de 24 de maio a 9 de junho do corrente ano, para discussão de temas relacionados com os novos Código Penal e Código Penal Militar.

Foi coordenador do Simpósio o prof. ALDEBARO CAVALEIRO DE MACEDO KLAUTAU, tendo integrado a sua comissão orientadora o Des. AGNANO MOREIRA LOPES, presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará; o prof. ALDEBARO CAVALEIRO DE MACEDO KLAUTAU FILHO, presidente do Conselho Secional da OAB, Seção do Pará; o Des. MOACYR GUIMARÃES MORAES, procurador geral do Estado do Pará, e o prof. CLÓVIS CUNHA DA GAMA MALCHER, coordenador do Centro Sócio-Econômico da Universidade Federal do Pará.

Ao encerrar-se o Simpósio, foi aprovado um *Decálogo de Recomendações*, nos seguintes têrmos:

"O Plenário do I Simpósio de Direito Penal no Estado do Pará, realizado de 24 de maio a 9 de junho de 1971, no Palácio da Justiça, em Belém, sob o patrocínio da Universidade Federal do Pará, e com a colaboração dos Podêres Judiciários e Ministérios Públicos da União e do Estado, da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção do Pará, e do Diretório Acadêmico de Direito, considerando os temas nêle discutidos resolve, ao encerrar seus trabalhos promulgar as seguintes recomendações que espera ver atendidas pelas autoridades competentes da União e dos Estados, nos limites de suas atribuições constitucionais.

I — Que, no sentido da humanização do Direito Penal Militar, as leis ordinárias brasileiras consignem, de modo expresso no capítulo referente à prisão para averiguações, o preceito do § 3.º do artigo 153 da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelece imperativamente: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

II — Que, assegurado, em plenitude, o direito à greve, na conformidade do item XX do artigo 165 de nossa Lei Magna, sejam outorgadas à Justiça do Trabalho, em todo o território pátrio, condições de pessoal e estrutura, necessárias ao exato cumprimento de suas elevadas funções, de modo que, conciliando e julgando, com acêrto e proficiência, possam seus diversos órgãos garantir harmonia e solidariedade ao capital e ao trabalho, anulando, assim, conflitos entre as fôrças realizadoras da produção nacional, notadamente quando consubstanciadas na greve violenta e no abandono coletivo do trabalho.

III — Que as leis repressivas ao comércio, posse ou facilitação do uso de entorpecente ou de substância de efeito análogo, permitam, de modo positivo e racional, a identificação das drogas nocivas, evitando a consumação de clamorosas injustiças, desenvolvendo-se, ainda, com veemência, a louvável cruzada contra os tóxicos, através de jornadas educativas com o fim de revelar os extraordinários malefícios, de ordem física e moral, resultantes dêsse vício degradante.

IV — Que os estabelecimentos penais brasileiros sejam estruturados de modo conducente ao tratamento eficaz dos criminosos a todos proporcionando os meios indispensáveis à reeducação pessoal, colimando, especialmente, a ressocialização dos delinqüentes habituais e dos criminosos por tendência.

V — Que os Códigos Penais do Brasil, no sentido de sua mais eficiente influição no combate à criminalidade e na segurança da defesa social, consagrem terminologia técnica apropriada, eliminando o emprêgo indevido de expressões dúbias, que tanto concorrem para defeituosas interpretações e prejudiciais aplicações da lei aos casos concretos.

VI — Que as medidas de segurança, em sua específica função preventiva e educacional, como complementos ou substitutivos da pena, encontrem, em nosso país, as instalações e os técnicos imprescindíveis ao seu aplicamento em prol da readaptação social dos imputáveis e dos inimputáveis, que tanto necessitam de sua benéfica cooperação.

VII — Que a personalização de pena, elevada a princípio dogmático na penologia moderna, encontre, em oportuna reforma da legislação pátria, diretriz segura a prudentes e sábias fixação e execução da pena, como salutar retribuição do mal concreto do crime pelo bem concreto da pena na concreta personalidade do criminoso.

VIII — Que os Juizados de Menores sejam devidamente aparelhados ao seu fiel e meritório desiderato.

IX — Que a prisão perpétua e a pena de morte, execradas pela contemporânea penologia, por ineficientes quanto à regeneração dos condenados, e ofensivas à dignidade da pessoa humana, sejam proscritas do direito positivo brasileiro.

X — Que outros conclaves, da natureza dêste, se efetivem entre nós, versando diferentes ramos da ciência jurídica, e que, em futuro bem próximo, se torne em realidade o I Simpósio de Direito Penal da Amazônia".

8.º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DEFESA SOCIAL

Realizar-se-à em Paris de 18 a 22 de novembro próximo, o 8.º Congresso Internacional de Defesa Social, organizado pela Sociedade Internacional de Defesa Social (Paris) em colaboração com o Centro Nacional de Prevenção e Defesa Social (Milão).

O tema geral do congresso será "As técnicas de individualização judiciária", com quatro distintas seções: a *jurídica* (presidente, prof. JESCHECK; relator geral prof. KOUDRIAUTSEV); *penitenciária* (presidente, prof. PAUL CORNIL; relator geral, prof. ERIKSSON) e a *médico-biológica* (presidente, prof. BEIDERMAN;

relator geral, prof. DENIS SZABO). O relator de síntese geral será o prof. GEORGES LEVASSEUR.

Os interessados poderão dirigir-se ao Centro Nacional de Prevenção e Defesa Social (3, Piazza Castello, 20121 — Milão, Itália) ou à Wagons-Lits/Cook, Départment des Congrès 40, rue de l'Arcade, Paris 8e, França.

A Sociedade Internacional de Defesa Social se esforça constantemente em encorajar, na medida do possível, pesquisas, estudos e debates sôbre os problemas fundamentais das sociedades contemporâneas. A sociedade objetiva essencialmente a difusão e aplicação dos resultados que até o presente alcançaram as modernas teorias criminal e social. O resultado derradeiro deveria ser a procura de uma política de conjunto "na medida do homem", ou seja, orientada principalmente no sentido da prevenção do crime, graça à ação sistemática sôbre os fatôres criminógenos sociais.

Os dois primeiros Congressos Internacionais de Defesa Social (realizados em San Remo, em 1947 e em Liège, em 1949) compreenderam um estudo geral da transformação dos atuais sistemas penais em sistemas de prevenção e tratamento com base na personalidade do acusado e na relação de tal personalidade com as exigências sociais, e a proteção dos direitos humanos. O terceiro Congresso, realizado em Anvers, em 1954, abordou o problema específico e vital da "individualização da pena e sua execução" encarado sob o ponto de vista da observação (que deveria ser ao mesmo tempo o objetivo inicial e o resultado do processo) e a reintegração do indivíduo ao meio social. As resoluções do Congresso, em conseqüência, deram ênfase aos seguintes fatôres, como se seguem: a) a organização qualitativa da observação científica; b) a integração de tal observação no processo judiciário (pela possível divisão eventual do processo penal em duas fases); c) as condições e meios necessários à obtenção de uma individualização pós-judiciária no período da execução.

O Congresso de 1971 tem por tema: "Técnicas de individualização judiciária". Verifica-se que essa matéria tem profunda afinidade com o tema *b* do Congresso de Anvers. Além disso, deve-se sublinhar que o Congresso de 1954 nêste contexto debateu a questão — então original — da "cisão" do processo criminal. Os organizadores do Congresso propõem deixar de lado êsse problema particular, porque foi longamente debatido desde então (mais recentemente pelo X Congresso Internacional de Direito Penal de 1969, em Roma), e porque haveria o risco de ocupar o tempo do Congresso com infrutíferas controvérsias que nada trariam de nôvo.

Assim sendo, propõe-se considerar a matéria em relação aos meios técnicos de realizar uma verdadeira individualização no curso do processo penal. "Processo Penal" deve ser compreendido no sentido que é dado pela Defesa Social: do início do processamento à extinção das últimas medidas de execução. Não deveria ser limitado ao simples ato de sentenciar, no sentido técnico da palavra em inglês, que, aliás, foi objeto do último Colóquio inter-associações de Belagio. É especialmente necessário conservar o exame multi-disciplinar, tanto quanto possível à matéria, que é característico dos Congressos de defesa social. Os juristas devem considerar como o Direito Penal (geral e especial) pode ser estudado ou desenvolvido de forma a realizar, sôbre o plano processual, esta individualização judiciária: trata-se, inicialmente, tanto de política criminal quanto de técnica jurídica, pròpriamente dita. Êste processo penal de individualização suscita igualmente — e particularmente do ponto de vista da política criminal — questões que devem ser examinadas, de um lado, por sociólogos, e, de outro, por médicos, psiquiatras e psicólogos. Finalmente, êste mesmo processo penal, como se propõe a assegurar, ao mesmo tempo, proteção da sociedade e do indivíduo, mesmo o delinqüente (com vistas à sua posterior reintegração social), é a base e o ponto de partida de um processo penitenciário que a Defesa Social não mais concebe como radicalmente separado da fase judicial. Por isto, os representantes das várias ciências humanas estão comprometidos no esfôrço de desempenhar as técnicas processuais de individualização no curso do processo penal.

Trata-se de uma extensão, para além das técnicas neo-clássicas de individualização, e também além dos problemas específicos examinados pelo Congresso de Anvers de 1954.

Se uma verdadeira política de "defesa social" deve ser aplicada ao acusado, é necessário determinar não só as circunstâncias em que o crime foi cometido, como também, mais importante, a personalidade do delinqüente e a possibilidade de sua reintegração na sociedade, levando-se em conta suas características morais e físicas.

O juiz criminal deverá, então, procurar conhecer a constituição biológica do delinqüente, suas reações psicológicas e seu *status* social; em resumo, é preciso aprofundar *o exame científico da personalidade do delinqüente*. Com efeito, só a observação científica do acusado e a do condenado podem permitir a aplicação de medidas apropriadas à sua personalidade.

O objetivo do Congresso é de avaliar os meios técnicos que tornam possível a aplicação do mais idôneo tratamento de "Recuperação Social", utilizando os recursos científicos apropriados, sejam médicos, sociais ou criminológicos, ou estritamente jurídicos. A tarefa é definir êstes meios com maior precisão e determinar seu valor prático, identificando tôdas as medidas ulteriormente proporcionadas pelas técnicas modernas para o exame da personalidade e para a escolha dos passos mais precisos para assegurar sua reinserção na vida social.

Para atender a um completo juízo científico do delinqüente, é desejável que se façam quatro diferentes espécies de exames: biológico, social, psicológico e psiquiátrico. O Congresso deverá cuidar sôbre o que — nêstes domínios — as mais recentes descobertas da ciência indicam como fatôres criminógenos e sôbre os remédios que podem ser sugeridos. Assim, por exemplo, a propósito da gênese biológica da criminalidade, alguns especialistas de diversos países por algum tempo sugeriram que é possível que o comportamento anti-social e criminal, caracterizado por manifestações de grave violência, seja determinado — pelo menos, influenciado — por anomalias cromossomáticas, consistindo na presença de um "Y" em suplemento (XYY). Na medida em que êstes resultados são suficientemente dignos de fé, será possível apreciar a forma de utilizá-los nos processos de individualização judiciária.

Uma vez estabelecidas as necessidades de realizar exames de acôrdo com as formas determinadas relativamente à individualização judiciária, é preciso

cuidar que tais exames e medidas a adotar não violem o princípio da legalidade e não atentem à dignidade da pessoa humana. Para tal, é desejável que o juiz tenha em conta que tais fatôres devem ser considerados em cada exame individual e na precisa dimensão e limites do exame da *personalidade*.

PROJETO ITALIANO SÔBRE ABÔRTO

Foi apresentado ao Congresso Italiano, recentemente, projeto de lei autorizando o abôrto, sob os fundamentos alternativos de que a gestação ameace a saúde física e mental da mãe, ou o feto apresente doença incurável, ou tenha a gestante mais de cinco filhos e mais de 45 anos.

A segunda hipótese (apresente o feto doença incurável) corresponde à chamada indicação eugenésica do abôrto, e tem antecedentes nos sistemas dinamarquês (lei de 1937) filandês (lei de 1950), islandês (lei de 1938), iugoslavo (art. 140 CP), cubano (art. 443, letra *e* CP), sueco (lei de 1963 e inglês (*Medical Termination of Pregnancy Bill*, 1967, I, *b*). Nos dois últimos casos, ao que parece, a origem da permissão se encontra "na desgraçada experiência da thalidomide".

A terceira hipótese (tenha a gestante mais de cinco filhos e mais de 45 anos) é que se insere nas chamadas permissões sociais, iniciadas especialmente no Japão e na China, devido aos problemas de superpopulação, e que, a partir do ato legislativo do estado de Nova Iorque de 1.º de julho de 1970, tantos debates tem causado. O projeto italiano contudo, contém maiores restrições do que a lei novaiorquina que admite o abôrto, de maneira absoluta, dentro das 24 semanas iniciais da gravidez. No caso italiano, a exigência de motivação, e a prevalência, nessa motivação, de fatôres com viva conotação social (prole anterior de cinco filhos; idade relativamente avançada da gestante) subtraem o projeto à questão colocada pela lei de Nova Iorque, que é a licitude do abôrto em si, pela conveniência pessoal da gestante.

PROF. ALEXANDRE G. GEDEY

A convite da Faculdade de Direito de Bauru, Estado de São Paulo, o professor ALEXANDRE GABRIEL GEDEY, regente da Cadeira de Direito Penal da Faculdade de Direito Cândido Mendes e Secretário Executivo do Instituto de Ciências Penais, estêve naquela cidade do interior paulista, em 20 de setembro, onde pronunciou conferência abordando o tema "A Lei 4.611 e os problemas suscitados com o seu aparecimento".

O professor ALEXANDRE GABRIEL GEDEY voltou vivamente impressionado com a organização e o trabalho que se realiza naquela Faculdade, podendo afirmar ser efetivamente um padrão, entre as escolas de Direito do nosso país.

A REBELIÃO DE ATTICA

— "Se não podemos viver como pessoas, ao menos, devemos tentar morrer como homens", são as palavras de CHARLES HORACIO CROWLEY, prisioneiro em Attica.

Com a rebelião dos encarcerados no prídio de Attica, no Estado de Nova York, volta a ser chocada, como ocorre de quando em quando, a consciência do mundo civilizado, com o problema da segregação daqueles que transgrediram certas normas impostas pela sociedade.

Os acontecimentos de Attica, que é um presídio com a capacidade para 2.500 homens, retratam a face e os conflitos de tôda a sociedade de onde emergiram. Aliás, não podia ser de outro modo.

Localizado que é na cidade de Nova York, onde o índice de criminalidade se elevou a mais de 30%, no período de 1970/71 e onde só 20% dos crimes ocorridos foram solucionados pela polícia, será relativamente fácil concluir as características das relações que reinam no interior do presídio.

As notícias, quanto às origens da rebelião, foram diversas e contraditórias: algumas informavam que se haviam exacerbado os conflitos raciais, entre os presidiários; outras diziam que a revolta dos presos tivera origem num mal entendido durante um jôgo que, então, se realizava.

Certamente, nem uma nem outra das informações era verdadeira. A verdade, pura e simples, veio pela palavra do Presidente da Associação de Estudantes de Georgetown, ALFRED F. ROSS: "O que aconteceu em Attica, não foi meramente, um massacre brutal e sem nenhum sentido de homens, cujas vidas já tinham sido mutiladas e perdidas. O que todos testemunhamos foi a última e inequívoca manifestação, para que o mundo veja com horror, daquilo que chamamos nosso sitema de justiça criminal que está completamente falido; que em nome da justiça, desumanidade e injustiça permeiam-se no tratamento daqueles condenados".

Êsse, sem dúvida, um dos problemas cruciais da justiça criminal: a punibilidade, seus meios e fins. A sociedade impondo a pena da privação da liberdade, encurrala os encarcerados, enjaula-os, certa de que por êste processo, conseguirá reeducá-los e readaptá-los ao meio social de onde emergiram. Até agora, pelo menos, êsse princípio não tem dado os frutos que a penologia esperava. Sobem assustadoramente os índices de criminalidade em todos os recantos do mundo, desafiando os juristas e, sobretudo ,os penalistas, com os tormentosos problemas da reincidência criminal e do destemor da pena.

O caso de Attica será o da mais sangrenta rebelião carcerária da história dos Estados nidos porque, ao seu término, já havia 41 mortos e êste número poderia ainda aumentar, em conseqüência dos ferimentos infligidos tanto aos presos como aos guardas.

A população carcerária, no momento da revolta, era constituída de 2.250 encarcerados, dos quais, no mínimo, 75% eram negros ou portorriquenhos, vigiados por 383 guardas brancos.

Anteriormente ao levante, os presidiários de Attica haviam feito algumas reivindicações às autoridades. Entre elas, queixaram-se dos maus tratos que lhes eram infligidos, quase sempre, por razões irrelevantes e diminutas; que só tinham direito a banho uma única vez por semana; que os encarregados do presídio, só supriam os banheiros com um rôlo de papel higiênico por mês, etc.

Protestaram, seguidamente, contra tais condições que lhes eram impostas, mas nunca foram atendidos.

Todavia, qualquer que seja a razão, a violência irrompeu, realmente, na manhã do dia 9 de setembro, cêrca das 8:30, quando um grupo de internos recusou-se a perfilar, para uma vistoria pelos guardas e foram espancados. Eram minoria, os outros vieram ajudar e alastrou-se o motim.

A partir de então, usando gás lacrimogêneo, atirado por helicópteros, lograram obter, parcialmente, o contrôle dos presos, confinando cêrca da metade em suas celas, nos blocos B e C (o presídio tem quatro blocos de celas A, B, C e D, sendo que o bloco A destina-se àqueles de melhor conduta).

Contudo, o bloco D ficou sob contrôle dos internos amotinados, que retinham consigo 10 guardas como reféns.

A imprensa veiculou a notícia mentirosa de que os internos haviam degolado os reféns; não obstante ,o médico legista que examinou os corpos das vítimas, declarou que "8 dos 10 reféns foram mortos por tiros de armas de fogo e 2 dêles por arma branca e não degolados como afirmaram as autoridades". Declarou mais: "que os ferimentos encontrados nos corpos ,não poderiam ter sido causados por armas de pequeno calibre, que eram as únicas portadas pelos internos rebelados".

Porém, tais notícias fornecidas pelas autoridades eram, sem dúvida, para acobertar a violência usada na repressão do motim, ordenada pelo governador NELSON ROCKFELLER com o apoio do Presidente NIXON.

As autoridades, ou seja, os responsáveis pelas condições do presídio, receavam e temiam o levante de presos em outros estabelecimentos penais norte-americanos: felizmente, tal não aconteceu. Com exceção dos detentos da Penitenciária Central de Baltimore, no Estado de Maryland, que se sublevaram por algumas horas e sem conseqüências graves e dos 900 presidiários, em New Orleans, em Louisiana.

O problema real — repetimos — aquêle que abala a consciência do mundo civilizado é o problema da punição, da reclusão e da segregação, quase sempre, senão sempre, levadas a efeito da forma desumana e cruel. Afinal, o ser humano que delinqüe ou delinqüiu, não perde a sua condição humana por êste fato, nenhum nasceu uma fera estigmatizada, que deve ser banida do convívio dos seus semelhantes.

Dêsse modo, impõe-se a reforma penitenciária. Não só lá, como aqui e alhures. Principalmente, o que importa mudar, na época de evolução que atravessamos, é a mentalidade que informa a aplicação repressiva e sancionadora da pena.

Imponha-se o trabalho — sempre moralizante, edificante e construtivo — aos homens e mulheres encarcerados; se possível, trabalhos a serem compostos pelas mãos e pelas técnicas de muitos e provindos, forçosamente, da colaboração e da solidariedade de muitos participantes; tanto quanto possível, em ambientes abertos, como oficinas e fábricas instaladas dentro e, talvez até, fora dos ambientes carcerários.

Não importa muito que fujam alguns, escapando à pena talvez, desde que se libertarão, sempre que o desejarem, pela morte. Aos que fugirem sem se ter recuperado socialmente, e essa condição lhes deverá ser dita, retornarão, cêdo ou tarde, à escalada do sacrifício.

Isso, certamente, não lhes convirá. Terão de ser convencidos, através de uma reforma penitenciária humanizada, de que segregados temporàriamente, aprenderão a viver como pessoas e pelo labor em comum, sem dúvida, ressurgirão como homens.

ABÔRTO USA

A questão de legislação do abôrto, em 17 Estados da América do Norte, voltou ao noticiário internacional. Principalmente ,porque de problema médico e jurídico, sob cujos aspectos sua prática era tolerada, tornou-se também um problema empresarial, com agenciação, propaganda, etc.

Sabe-se — ainda que cifras exatas sejam de impossível obtenção — que mais de um milhão de mulheres norte-americanas recorriam, anualmente à prática ilegal do abôrto, isto antes de 1970. Daí, muitas mortes e lesões ocorriam, sem que se pudesse fazer alguma coisa para evitá-las.

Em maio do corrente ano, foi inaugurado em Nova York um centro especializado em abôrto — o Parkmed — que já tendo interrompido 2.402 gestações, num momento dado, levantou as seguintes estatísticas:

— A maioria das mulheres afirmou que se submetia ao abôrto pela primeira vez; 322 responderam que já haviam feito um abôrto anteriormente e as restantes informaram que nunca se haviam submetido a nenhum.

O estudo dos registros indicou que, entre 24 e 30 anos, as solteiras fizeram duas vêzes e meia mais abôrtos do que as casadas e ,entre 25 e 29 anos, as casadas haviam feito uma vez e meia mais abôrtos do que as solteiras.

As razões alegadas pelas mulheres que se submeteram a tal prática são as mais variadas. Contudo, a supervisora do Parkmed informou que as mulheres casadas, em sua maioria, alegaram razões de planejamento familiar; tendo, entre os 25 e 34 anos, interrompido de 4 a 5 estados de gravidez.

Segundo, ainda, as mesmas estatísticas divulgadas, a incidência maior de abôrtos ocorre em mulheres de 19 a 29 anos e pode ser, assim, especificada: de 15 a 19 anos, 567 solteiras; de 20 a 24, 200 casadas e 28 divorciadas; de 25 a 29 anos, 51 divorciadas e 9 viúvas.

Há a considerar, ainda, o custo de tal intervenção, que nem sempre está ao fácil alcance de qualquer mulher. Por essa razão, foram criados "fundos de auxílio", em Seattle e as estudantes da Univeridade do Maine têm um "fundo" de ajuda que subsidia as viagens a Nova York. O custo do abôrto varia, sendo em média, US$ 150,00.

Existem três processos abortivos básicos e rápidos, como não podia deixar de ser para uma emprêsa comercial, são êles: a) — o da "indução salínica" que é usado quando a gestante está com 16 a 24 semanas de prenhez, sendo, entre todos, o processo mais drástico. Consiste na intromissão de uma agulha através da parede do abdomen até o útero, onde se encontra o feto, retirando de lá o líquido aniótico e, em seu lugar, injetando uma solução salínica. Esta solução mata o feto e inicia um pequeno parto, surgindo até, mesmo, dôres que se prolongam até a expulsão do feto depois de 24 a 72 horas; b) — o da "di-

latação e curetagem", usualmente feito sob anestesia geral. Tem largo uso desde que a prenhez tenha ocorrido há cêrca de 12 semanas. Consiste, primeiramente, da dilatação da parte cervical do útero, com intromissão de sondas, que dilatam, facilitando as posteriores manobras com a cureta que, então, efetua a raspagem das paredes do útero até que, aos pedaços, todo o embrião tenha sido removido; c) — o da "aspiração pelo vácuo". Trata-se de uma variação da prática abortiva e que a torna, ainda, mais fácil e rápida. É um dos métodos aplicados quando a prenhez tem já 12 semanas e consiste, principalmente, após ser dilatada a parte cervical do útero, na intromissão de um tubo de metal (pode ser de plástico, se a prenhez ocorreu só há 10 semanas), ligado a uma bomba, que pela sucção retira o feto, também, aos pedaços, para o interior de uma garrafa.

Com a legislação de tal prática, parecendo ser esta a tendência universal das legislações mais avançadas, evita-se um determinado número de mortes e de conseqüências fatais, é verdade, desde que sejam praticadas tais intervenções por médicos, mas surgem e surgirão outros graves problemas correlatos a tal liberalização.

PROF. DENIS SZABO

Nos dias 17 e 19 de agôsto, o prof. DENIS SZABO, Diretor do Centro Internacional de Criminologia Comparada, ligado à Universidade de Montreal, pronunciou conferências na Faculdade de Direito Cândido Mendes, a convite do Instituto de Ciências Penais, respectivamente, sôbre os temas "A Criminologia no Mundo Moderno" e "A Problemática do Crime no Mundo Atual". Dessa última participou também o Prof. JOSÉ MARIA RICO, da Universidade de Montreal.

Efetuou o Prof. SZABO aguda análise de situações criminógenas determinadas por certas características da assim chamada sociedade pós-industrial, com relêvo para as circunstâncias que podem envolver o indivíduo nas "megalópolis", enfatizando o papel dos meios eletrônicos de comunicação, da acumulação de riquezas, e do que designa por anonimidade. Particularmente interessante foi a exposição do método de ensino utilizado pelo Centro Internacional de Criminologia Comparada, que dirige, o qual parte naturalmente da concepção multi-abrangente que tem o Prof. DENIS SZABO da Criminologia, recorrendo a um regime necessàriamente inter-disciplinar no desenvolvimento de suas pesquisas.

Em sua estada no Brasil, manteve o Prof. SZABO contato com autoridades do Estado da Guanabara, com vistas à criação de um Centro de Prevenção do Crime, aproveitando a experiência de um modêlo canadense. O Prof. DENIS SZABO é hoje um dos maiores nomes da Criminologia internacional, autor de considerável obra e defensor de fecundas colocações.

DELITOS DE CIRCULAÇÃO

O notável desenvolvimento da dogmática jurídica referente aos chamados crimes de automóvel, ou delitos de circulação, é necessário reflexo do tormentoso problema ocasionado pelo tráfego de veículos nas cidades e nas estradas. Os números traduzem, enfàticamente, o vulto dessa questão.

Recentemente, o presidente do Conselho Nacional de Trânsito
cia na Comissão de Transportes da Câmara dos Deputados, divulg
oficiais segundo as quais, no Brasil, em 1971, morrerão 7.375 pe
sofrerão lesões corporais em conseqüência dos 123.900 acidentes
previstos. Consoante dados do IBGE, os desastres causados pelos
veículos representavam em 1964 47% do total ,mas devem alcar
proporção de 89%. Isso significa que, dos 12.900 acidentes previstos, cêrca
75.000 serão devidos à conduta dos motoristas. A mesma fonte situa no alcoolismo e na estafa as principais origens da fração de acidentes atribuível aos motoristas.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1969 morreram 10.000 pessoas no Brasil por acidentes de circulação, enquanto 200.000 sofreram lesões. Tendo em vista a frota de veículos em uso no país (3.000.000), e o número de acidentes, a OMS apresenta o índice de 39 em cada 10.000.

Por ocasião do Seminário de Acidentes de Tráfego, que se desenvolveu paralelamente ao 7.º Simpósio de Pesquisas Rodoviárias, levado a efeito, recentemente, no Clube de Engenharia, interessante trabalho foi apresentado plo Prof. Boruch Grinblat, da Faculdade de Engenharia da Fundação Armando Álvares Penteado, de São Paulo, propondo um plano de estudos sistemáticos de acidentes de tráfego.

ROBERTO LYRA. *Nôvo Direito Penal*, vol. I. Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1971.

"A quem me perguntar — aonde quer chegar? — responderei: eu quero partir, com a máxima urgência, porque conduzo jovens para o século XXI".

Estas palavras proferidas pelo Professor ROBERTO LYRA ao inaugurar o primeiro Curso Superior de Criminologia realizado no Brasil — que organizou e dirigiu — se não estão textualmente reproduzidas no pórtico de sua obra mais recente, onde tão bem assentariam, estão, imanentes, fora de dúvida, em todo o livro tal o vigor com que em cada passo o autor projeta seu pensamento no encalço do porvir.

O *Nôvo Direito Penal* conquanto obra de cunho didático, estabelece nada obstante uma ruptura com o convencionalismo habitual das obras dessa espécie. Em nada se lhes assemelha. Não é um repertório ordenado de idéias cediças, como certos livros cujos autores se limitam a enfileirar e interpretar opiniões alheias para, em seguida fazer opções nem sempre claras ou convincentes, quando não se apropriam dessas opiniões ou as desfiguram, voluntàriamente ou não, tornando-as irreconhecíveis, ao apresentá-las.

ROBERTO LYRA não precisa perfilhar, defender, exibir, expor, adequar ou transmitir idéias de outrem. É reconhecidamente um criador nato e exuberante, cujas notáveis contribuições ao desenvolvimento da ciência e do direito penal tem merecido louvores unânimes das mais renomadas autoridades de todo o mundo. Seu livro traz a marca do autor: é independente corajoso, claro, sincero, vibrante, íntegro. Não é, como dissemos um mero livro repetitivo e monótono mas obra de vanguarda assestada para o futuro que procura familiarizar o estudioso com as aquisições científicas mais recentes, habilitando-o, assim a perquirir com segurança novos caminhos prevenido contra as distorções, o superficialismo, as modas transeuntes, os preconceitos o conformismo.

Embora didática, é obra polêmica, em que o autor como é de seu feitio, não faz concessões para agradar a ninguém. Muito ao contrário: investe implacàvelmente contra os que conspurcam com teorias falsas, os desígnios nobres do Direito Penal e entravam seu livre desenvolvimento. "Que continuem a palrar, com a "hélice fora dágua", os estranhos e ignorantes do Direito e de suas bases. Entre juristas e sociólogos não há objeto para oposição. O Direito Penal — afirma o professor ROBERTO LYRA — atuará ao nível dos quadros jurídicos depois de revolver as profundezas sociais. Traz a luz colhida nas profundezas para a planície — luz densa e total e não fluorescente e circunscrita. Habilitará, principalmente, o legislador e o juiz a compreender o que tenta disciplinar. Quanto

mais aprofundar, mais dominará. Quanto mais descer, mais elevará. Cuidará do presente atento à dinâmica social para receber a flagrância do progresso, na contínua propulsão do futuro".

Com as palavras adiante transcritas — que nos dão a medida da grandeza da obra e seu alcance e lhe sintetizam o conteúdo é que o professor ROBERTO LYRA inicia o seu prefácio a que intitulou "Defesa Prévia":

"Êste será, certamente, meu último livro, mas o primeiro pela independência e pelo avanço. É a apresentação de um nôvo Direito Penal intransigente com a falsa ética, o falso humanismo, a falsa filosofia, a falsa ciência, a falsa arte. É o aparelhamento dos espíritos moços de tôdas as idades contra a tecnicalização, a medicinização, a psicologização, a psicanalização, a policialização e, sobretudo, a desnacionalização do Direito Penal. Extremei as energias e luzes que me restam em trabalho criador, panorâmico, prospectivo para romper brumas e rasgar horizontes. Perfilei-me pela consciência humana, sem a qual a consciência científica seria um vácuo".

Êste livro irá por certo motivar inteligências jovens, estimular vocações, corrigir desvios, provocar debates. É enérgico, apaixonante, excitante e fecundo, e nos oferece uma visão global da evolução das idéias e das instituições jurídico-penais desde os tempos primitivos aos nossos dias, uma síntese orientadora das posições doutrinárias e das tendências atuais em todo o mundo, acompanhada de crítica veemente aos retrocessos históricos que se manifestam com freqüência em tôda parte, além de proporcionar-nos, ainda, uma antevisão lógica do que haveria de ser o Direito Penal na sociedade do futuro, quando liberto dos resíduos privilegiados, que lhe têm retardado o avanço.

Lopo Alegria

Revista do Instituto Médico-Legal do Estado da Guanabara, ano III, janeiro 1971, v. II, n.º 1.

Êste número da *Revista do Instituto Médico-Legal do Estado da Guanabara* mantém as elevadas qualidades desta publicação, sem sombra de dúvidas a melhor de sua especialidade no Brasil. Merece ser consignado o padrão formal extraordinário da Revista, com obediência às normas técnicas de bibliografia e documentação. Ao final de cada trabalho insere-se o *Summary*, em inglês, fornecendo sucinta informação acêrca do conteúdo do trabalho; o título de cada trabalho é também vertido (a *Revista* opta por inglês); as referências bibliográficas são precisas e se dispõem consoante as referidas normas. Tudo isso — ao lado da impecável impressão — contribui para que se confira destaque ao órgão oficial do Centro de Estudos do I.M.L., notadamente em relação às publicações que versam especìficamente sôbre direito, dotadas de invulgar rebeldia contra as exigências daquelas normas técnicas, indispensáveis auxiliares do pesquisador.

Quanto ao aspecto substancial, traz a publicação como característica a excepcional categoria de seus colaboradores, garantida pelo rigor do conselho de redação (Comissão Científica do Centro de Estudos).

Salientam-se neste número, com maior interêsse para os estudiosos de direito e processo penal, o trabalho de NAPOLEÃO TÔRRES MESSIAS sôbre Vadiagem, elaborado à base de 2.000 exames de validez por êle efetuados; o parecer médico-legal sôbre *Determinação de causa e hora da morte*, da lavra de NILSON SANT'ANNA e ALVES DE MENEZES, primoroso documento sôbre a falibilidade de um laudo técnico, e portanto, matéria diretamente vinculada à teoria da prova; e o parecer médico-legal sôbre *Conjunção Carnal*, de NILTON SALLES, onde realiza pormenorizado exame de um laudo técnico e de um parecer que versavam sôbre o mesmo objeto, assinalando o autor extraordinárias divergências, "justificando a impressão de que são exames de órgãos diferentes" (p. 23).

Na seção *Perguntas e Respostas* consta uma consulta acêrca de se pode o médico atuar cirùrgicamente no paciente contra a sua vontade, diante de situação de iminente perigo de vida, a que a Redação responde afirmativamente, invocando o art. 49 do Código de Ética e o § 3.º, inciso I do art. 146 CP, recomendando-lhe simplesmente certas precauções.

Em verdade, a velha e radical opinião de VON-BAR, no sentido de que a operação cirúrgica levada a efeito sem o consentimento do paciente é lesão corporal dolosa (*"ist vorsätzliche Körperverletzung"*) cedeu terreno, modernamente, aos argumentos que invocam o benefício da coletividade como complemento do interêsse individual na preservação da própria vida, fundamentando, nessa perspectiva, como faz GRISPIGNI, um estado de necessidade (no mesmo sentido, ASÚA; MANZINI distingue, como observa HUNGRIA, "entre o caso de recusa do enfêrmo e o caso em que o mesmo se acha em estado de inconsciência, ora falando em *"legítima defesa de terceiro que a si mesmo se faz uma injusta violência"* — o que nos parece um *tour-de-force* infeliz — "ora falando em estado de necessidade" (*in Comentários*, Rio, 1958, Forense, v. VI, p. 177). LEONIDIO RIBEIRO (*Direito de Curar*) contribuiu decisivamente, como reconhece HUNGRIA (op. cit., p. 176) para resolver a questão, em nosso direito, nos têrmos da excludente especial que o art. 146 registra. Deve ser advertido, contudo, que é indispensável que a intervenção cirúrgica "se apresente *necessária, urgente, inadiável*, para conjurar a iminência da morte do paciente", como acentua HUNGRIA (loc. cit.), ensinando FRAGOSO que "perigo remoto ou futuro não descrimina a intervenção médica não consentida" (*in Lições*, São Paulo, 1962, J. Bushatsky, v. I, p. 186).

Recentemente, a imprensa noticiou caso interessantíssimo (cf. *Time*, July 19, 1971, pág. 44), levado ao Juiz David Porter, na Flórida, no qual era submetida à sua apreciação a oposição da Sra. Carmen Martinez, de 72 anos, portadora de uma forma fatal de anemia hemolítica, em continuar sendo submetida a tratamento extremamente doloroso, que consistia em contínuas incisões cirúrgicas para fins de contínuas transfusões de sangue. "Eu não posso decidir — afirmou o Juiz, em sentença — se ela deve viver ou morrer: isso compete a Deus. Mas uma pessoa tem o direito de não sofrer dôres. Uma pessoa tem o direito de viver ou morrer com dignidade". (*A person has a right not to suffer pain. A person has the right to live or die in dignity*). As transfusões

foram interrompidas, e a Sra. Carmen Martinez veio, posteriormente, a falecer.

Nilo Batista

EURICO CASTELLO BRANCO, *Dos crimes contra a Segurança Nacional, Rio, 1971, J. Konfino ed. 283 p..*

É sabido que a chamada lei de Segurança Nacional, decreto-lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969, oferece sérias dificuldades à reconstrução dogmática, pelos graves êrros técnicos que apresenta. Instrumento legal de extrema severidade, que se fêz necessário para dotar o Estado de aptidão repressiva, frente a situações nas quais o radicalismo político emergiu sob formas inèditamente violentas, numa determinada conjuntura da vida nacional, a LSN se ressente, contudo, das mazelas características das obras empreendidas com muito entusiasmo e pouca ciência. Diante do autêntico labirinto que constituem suas espécies, desordenadas, conflitantes, redundantes, bem como dos princípios reitores estipulados nos primeiros artigos, que abandonam tôda a tradição jurídica dos crimes contra o Estado, para fixar-se em idéias à base das quais se encontra a doutrina da "guerra revolucionária", de elaboração relativamente recente, diante, enfim, da pequena codificação — necessária, mas confusa — que é a LSN, era mister tratá-la com o que poderíamos chamar de "espírito de sistema".

O livro do Sr. EURICO CASTELLO BRANCO, lamentàvelmente, não cobre essa exigência, e não atinge, portanto o objetivo, aliás importantíssimo, de esclarecer, mediante os processos da exegese, da dogmática, e da crítica, essa legislação. Utilizando-se de uma bibliografia realmente modesta, o Autor, segundo o método de "comentários", aborda artigo por artigo, classificando-os, e rubricando-os sem qualquer critério científico reconhecível (a questão do bem jurídico, que, confrontada com os primeiros artigos, suscitaria inúmeras questões, não é sequer cogitada). Um exemplo desta classificação arbitrária é o título apôsto aos arts. 27 e 28: "Dos crimes complexos ou conexos". A natureza de algumas figuras tradicionais se obscurece pela descrição do tipo objetivo de modo absolutamente divorciado delas; é o caso, v. g., da *insurreição* (art. 24). A *insurreição*, que sempre consistiu em "desenvolver uma atividade idônea a fazer com que a população ou uma considerável parte dessa se erga em armas" (cf. MANZINI, *Trat. di Dir. Pen.*, Torino, 1950, v. IV, p. 444), ou seja, numa idônea tentativa armada de assumir o poder, por essa via ilegal, merece do Autor o seguinte comentário: "A insurreição visa espalhar o desassossêgo, a intranqüilidade, a insegurança, com o fim de provocar ambiente de agitação, clima propício à subversão da ordem política ou social" (p. 81). Ao examinar o crime do art. 31 (revelação de segrêdo), consigna o Autor que "o delito de que se trata aqui, em princípio, sòmente pode ser cometido a título de dolo: É de admitir-se, porém, que êle se verifique a título de culpa, quando o ato resultar de negligência ou imprudência do funcionário" (p. 102). Essa proposição simplesmente ignora a regra da punição excepcional das modalidades

culposas (§ único do art. 15 CP). Igualmente não nos parece feliz o recurso aos dicionários para definir o objeto material das várias condutas contempladas nos arts. 27 e 28, prática que se registra na p. 97, de onde transcrevemos um exemplo: "7) *atentado pessoal* — ofensa grave da lei ou da moral, execução ou tentativa de um crime contra alguém". Não vemos a utilidade de registrar "o sentido vulgar" dessas modalidades, como previne o Autor.

Apesar das reservas esboçadas acima, o livro do Sr. EURICO CASTELLO BRANCO começa a preencher a lacuna existente em nossa literatura jurídica contemporânea sôbre os crimes contra a ordem política e social. Não só nessa perspectiva, mas também em função de alguns méritos (v.g., o conteúdo estritamente *informativo* da obra é excelente, notadamente no que se refere à legislação; a experiência pessoal do autor com a prática judiciária referente aos delitos de que trata; e também observações oportunas, como as que faz acêrca da indeterminação da incriminação do art. 25, p. 88), recomenda-se o livro aos estudiosos da matéria.

No prefácio, o Sr. EURICO CASTELLO BRANCO registrara que "ao dar à publicidade êste livro, fica-me a certeza de que, se não fiz um trabalho perfeito, me absolve da temeridade a intenção que tive de ser útil a todos quantos têm na devida conta os assuntos dessa natureza". As dificuldades que a LSN apresenta, por nós assinaladas no início dessa nota, terão sido fator relevante para obstar a consecução dêsses objetivos respeitáveis; formulamos esperanças de que o Autor, numa segunda edição, aprofunde e amplie o seu trabalho, para servir aos mesmos objetivos.

Nilo Batista

Criminalia — Ano XXXVII, n.ºs 1 a 3

A revista mensal *Criminalia*, órgão da Academia Mexicana de Ciencias Penales, foi fundada em 1934, pelo saudoso RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO, JOSÉ ANGEL CENICEROS (seu atual diretor) e FRANCISCO GONZÁLEZ DE LA VEGA, constituindo-se, em verdade, na origem do movimento do qual surgiu subseqüentemente a Academia, da qual se fêz órgão oficial. Pode ela apresentar, portanto, a considerável cifra de trinta e sete anos de edições mensais ininterruptas, tanto mais impressionante quanto se considera que, especialmente na América (à exceção natural dos Estados Unidos), as publicações científicas costumam ter vida assaz efêmera.

Nos números 1 e 3 dêste 37.º ano, *Crminalia* nos apresenta preciosa coletânea de trabalhos do Prof. EDMUNDO BUENTELLO Y VILLA, cuja obra, em sua maior parte, se encontra dispersa numa série de artigos, comunicações, notas e contribuições, inserida nas mais diversas publicações. A par de intensa atividade docente, o Prof. BUENTELLO Y VILLA ligou-se definitivamente aos problemas da delinqüência juvenil (foi Juiz do Tribunal de Menores, em 1948/9) e do penitenciarismo (exercendo cargos do maior relêvo no sistema penitenciário mexicano, particularmente de 1949 a 1952).

O pensamento de BUENTELLO Y VILLA se elabora permanentemente a partir de um conceito do que chama "medicina social", que em certo sentido se imbrica

em outra idéia que lhe é especialmente cara, a de "higiene mental" (acêrca da qual editou um livro, em 1956). Contudo, não se apercebe neste psicólogo e psiquiatra a fácil tendência para incidir nas soluções de uma "sociedade de contrôle", na qual uma repressão estatal bem montada se encarregaria de zelar pela "saúde social", ou mesmo pela "higiene mental" dos indivíduos. Reportando-se a todo instante às revelações da psicanálise (FREUD é constantemente retomado, a despeito da indisfarçável inclinação do autor pelo culturalismo), o Prof. BUENTELLO Y VILLA faz do homem, enquanto único fim — e único método — das tensões sociais, o seu objeto de pesquisa. E se as causas dessas tensões, seu fundamento e origem, não raro passam ao largo de suas especulações, não é menos certo que essa atitude científica dota seu trabalho médico-criminológico de indiscutível cunho humanístico.

Destacamos os trabalhos *"Algunos aspectos de la idiología y terapéutica de la delincuencia infantil y juvenil en México"* (p. 36-45); *"Prevención de la delincuencia"* (p. 59-69); *"El enfermo mental delincuente"* (p. 71-78), como um têrmo médio das atividades do Prof. BUENTELLO Y VILLA. No segundo dêsses trabalhos, há satisfatória informação sôbre o recente modismo criminológico que envolveu a genética.

Contudo, é no artigo *"La Peligrosidad"* (pág. 47-51) que se revela uma aproximação do Autor com problemas relevantes, que, face à natureza do trabalho, não resultam aprofundados como mereciam. Subtraindo à conhecida passagem de FREUD a idéia da agressividade como resposta individual à repressão ("sacrifícios") impostos pela civilização, consigna com perspicácia que "a agressividade primitiva ,que usa como meios os punhos, punhais e pistolas, foi se substituindo por formas sociabilizadas, ainda que nem sempre menos deprimentes ou fìsicamente lesivas: agora, muita agressividade se canaliza mediante a capacidade de manipular outros seres humanos por obra de indústria, planejamento e organização" (f. 48).

Os trabalhos *"Medicina Social"* (p. 143-154) e *"Medicina Social y Delincuencia"* (p. 161-168) podem valer como uma visão geral do pensamento básico do Prof. BUENTELLO Y VILLA, como já referimos. Propondo que *"la medicina social es un agente activo para el cambio de las sociedades"* (p. 143), e reconhecendo a inutilidade de soluções idealistas à base de inatos sentimentos de colaboração e amor, numa *"comunidad de ángeles"* (KARL MANHEIM, pág. 165), adverte que "a segurança social integral não pode tampouco ater-se à solução oposta ,estacionária e retrógrada, que, complacentemente, considera como se fôssem eternas as formas de opressão social e política, sem cuidar de transformar as técnicas sociais, conduzindo a um poder desnudo e rígido, que só emprega a coação, como fêz o nazismo" (p. 165).

A esta generosa contribuição à exata compreensão da delinqüência, enquanto fato social, devemos adicionar esclarecedora intervenção do Autor em matéria divresa. Suas *"Aportaciones de las ciencias psicologicas a la valoracion de pruebas"* (p. 189-197) estão, por si só, a merecer cuidadosa consideração e ativo aproveitamento.

Nilo Batista

JOÃO DE DEUS MENNA BARRETO — *O Desafio das Drogas e o Direito*, Editôra Reves, Rio de Janeiro, 1971 — 132 pgs.

Tema dos mais atuais, já por demais abordado, aparece no trabalho do Juiz MENNA BARRETO, professor de Direito Penal da Faculdade de Direito Estácio de Sá, com outra roupagem, fazendo com que não só os estudiosos, os teóricos, mas, até mesmo os leigos tenham leitura fácil de magnífica utilidade.

Citando entre outros, MURILO MELO FILHO, JOÃO SALDANHA, ALDOUS HUXLEY, ORLANDO GOMES, CRETELLA JÚNIOR, FERNANDO WHITAKER DA CUNHA, ANÍBAL BRUNO, NELSON HUNGRIA e HELENO FRAGOSO, o autor demonstra que sua pesquisa não se restringiu, absolutamente à Ciência Penal, mas a todo tipo de atividade que realmente tivesse qualquer correlação com o tema que abordou.

Inicia sua obra com rápida passagem sôbre os antecedentes históricos do tóxico, desde a antigüidade. Aborda a seguir o fator econômico-cultural observando que análises recentes e estudos estatísticos demonstram que "os crimes que mais diretamente atingem à coletividade no sentido patrimonial, sexual e de saúde pública são cometidos por pessoas pertencentes às classes menos favorecidas cultural e econômicamente".

Ao estudar o fator *político-psicológico* o autor apresenta estudo estatístico no qual enfatiza que o uso de tóxicos constitui a principal *causa mortis* entre os habitantes de Nova York, de 14 a 34 anos de idade, sendo "nos meses de janeiro e fevereiro de 1970 faleceram 177 viciados em drogas, numa média de 3 por dia e dêsse número 49 eram jovens com menos de 16 anos".

Podemos afirmar que o ponto alto do trabalho de MENNA BARRETO é sem dúvida quando enfoca o fator jurídico-social do problema. Após selecionar a legislação pertinente à matéria, estabelece uma classificação, que entende racional, das atividades dos agentes, com o fim de buscar dosagem correta na aplicação da pena, dividindo-os em quatro categorias — traficantes, viciados, traficantes-viciados, e experimentadores.

Com relação ao traficante define ser o elemento verdadeiramente perigoso, razão por que após intenso estudo de sua perniciosa atividade, sàbiamente propõe um tratamento penal rigoroso diverso do que é impôsto às outras três categorias.

Os viciados, a quem de maneira correta considera "uma classe de indivíduos que violam as normas do equilíbrio social premidos por circunstâncias que lhes obliteram, pelo menos momentâneamente (instante de sofreguidão) o dicernimento" o professor MENNA BARRETO, critica, a nosso ver acertadamente, o Dec.-Lei 385 de 26-12-68 que expressamente os incrimina.

Quanto ao traficante-viciado, o autor o trata como espécie de suma periculosidade. Observa não ser o mesmo "um doente criminoso mas ao contrário um criminoso doente". Entende que há necessidade de uma ação "de conteúdo coercitivo para suprimi-lo" sem que se despreze o tratamento médico-profilático para a sua cura.

O experimentador é aquêle que, segundo MENNA BARRETO infringe o estatuto penal levado pela curiosidade. Para ilustrar cita o caso de um aluno de Faculdade superior que, levado por um companheiro, experimentou usar maconha e para seu azar foi prêso em flagrante. Compara a situação do "experimentador" antes e depois do advento da Lei 385. Antes, segundo o entendimento do STF, poderia obter absolvição. Depois de sua vigência, com a punição expressa de quem faz uso dos tóxicos, não.

Propõe finalmente em suas "considerações críticas" tratamento penal diverso para as quatro categorias que criou com rara felicidade.

A obra de MENNA BARRETO é, sem dúvida, da maior importância e atualidade. Deverá merecer dos estudiosos uma atenta leitura, sendo certo que aquêles e como já assinalamos anteriormente, até mesmo os leigos a terão entre seus melhores livros.

Alexandre G. Gedey

GIUSEPPE BETTIOL — *Direito Penal*, ed. Revista dos Tribunais, 1971, vl. II, 340 pp.

Ao 1.º volume do conhecido *Diritto Penale*, do prof. GIUSEPPE BETTIOL, traduzido e editado em 1966, faz a Editôra Revista dos Tribunais acrescentar, êste ano, o 2.º volume, em primorosa tradução do Prof. PAULO JOSÉ DA COSTA JR. e do Prof. ALBERTO SILVA FRANCO, contendo notas dos tradutores e notas do Professor EVERARDO DA CUNHA LUNA.

Abrange o volume recém-editado o estudo da culpabilidade, das fases de realização do fato punível, do concurso de agentes e de concurso de crimes, esgotando dêsse modo a teoria do delito, cuja exposição se inicia no 1.º volume e neste é conduzida até o exame das causas supra-legais de justificação, encerrando a matéria de antijuridicidade. É desnecessário salientar que um jurista do porte de BETTIOL, que fêz consignar no Prefácio para a edição brasileira que "todo penalista que mereça tal nome tem o dever de lutar pela causa da liberdade" (1.º v., p. VII) — encontra nos problemas cruciais colocados pela culpabilidade o mais delicado terreno para o rigor e a generosidade de suas posições. Êste aspecto, considerado paralelamente à severidade científica com a qual BETTIOL se opôs à degradação do direito penal à condição de instrumento de regimes políticos totalitários, adiciona às reconhecidas qualidades de seu empreendimento dogmático em tôrno da culpabilidade, um fascinante teor de documento de intransigente afirmação de princípios liberais à base dos quais — e tão sòmente à sua base — se pode construir um direito penal da culpa.

Às excelentes "notas do tradutor", com constantes remissões ao direito brasileiro, se acrescentam neste 2.º volume oportunas observações do Prof. EVERARDO DA CUNHA LUNA, seja igualmente no sentido de converter ao direito positivo brasileiro considerações do Autor, seja no sentido — aos moldes de várias notas dos tradutores — de advertir para certos aspectos da exposição, complementando-os ou desenvolvendo-os.

A obra de GIUSEPPE BETTIOL, rica de informações sôbre os institutos que examina, é de extrema utilidade para todos os profissionais do direito, e de leitura obrigatória para os estudiosos de Direito Penal. A tradução que temos em mãos representa inestimável serviço a nossas letras jurídicas, facilitando o acesso ao pensamento do mestre italiano, e divulgando entre nós um trabalho da maior categoria.

Nilo Batista

MIGUEL REALE JÚNIOR — *Dos Estados de Necessidade*, José Bushatsky, ed. São Paulo, 1971, 101 págs.

O desenvolvimento dos estudos de Direito Penal entre nós fazia previsível uma safra de jovens penalistas, preocupados com as grandes questões da dogmática jurídico-penal, e dispensando-lhes o necessário tratamento científico.

O livro de MIGUEL REALE JÚNIOR se insere nessa expectativa, marcando uma apreciável contribuição ao estudo do estado de necessidade, ou dos estados de necessidade. Abordando o assunto, não se furta o Autor a queimar, com elegância, as etapas prévias da culpabilidade normativa e da inexigibilidade de outra conduta, fundamento e pôrto da matéria com que trabalha. A obra se ressente de um saudável hausto finalista — revelando a inevitável difusão das criativas colocações dessa doutrina, entre nós, apesar das restrições imerecidas que lhe fizeram alguns de nossos maiores penalistas.

Trata-se de livro indispensável aos profissionais do direito que trabalharão com o Código de 1969, para justa compreensão do instituto do estado de necessidade, tal como nêle se disciplinou.

Nilo Batista

Revista de Ciencias Penales, Tomo XXIX, n.º 2.

O órgão do Instituto de Ciências Penales (Chile) nos apresenta, nesse número, dois trabalhos em sua seção de doutrina: *Culpabilidad y Criminologia*, do Prof. ENRIQUE CURY, e *El delito de peligro por conduccion temeraria*, do Professor A. BERISTAIN, da Universidade de Oviedo.

Em *Culpabilidad y Criminologia*, o Prof. CURY pesquisa a aproximação, ou melhor, a interpenetração da Criminologia com o Direito Penal a partir da culpabilidade post-frankiana, já que "o exame das circunstâncias concomitantes e de sua influência na formação da vontade, pertence ao criminólogo e condiciona o penalista" — o que significaria estarem as duas ciências "recìprocamente determinadas" (pág. 111). O Autor conclui por considerar que ,a serem exatas tais considerações, "a teoria da culpabilidade deve transformar-se, e compreender uma completíssima criminologia das causas" (pág. 114).

Em *El delito de peligro por conduccion temeraria*, o Prof. A. BERISTAIN realiza preciosa reconstrução da espécie criminal que enfoca, não só com ampla informação de direito comparado, como sobretudo no exame dos elementos típicos. Colocando a idéia de "temeridade" no plano objetivo, — não com "a imprudência temerária do autor, mas como a forma objetiva da condução" (pág. 125) —, situa sua qualidade de temeridad *emanifesta* no plano subjetivo da integralização do tipo, com apoio em feliz observação de BOCKELMAN, e outros argumentos ponderáveis (pág. 127). Ao estudar o elemento normativo da exposição a perigo, o Autor efetua conciso mas excelente trabalho sôbre o conceito dogmático de perigo, suas classes e conteúdo. Abordando a culpabilidade, põe em questão o assim chamado dolo de perigo, culminando todavia por admitir sua *"conveniencia doctrinal"* (pág. 146). Também é versada a hipótese de concurso do crime de perigo com o crime de resultado que é um seu sucedâneo, em perspectiva empírica. Em suma, trata-se de valiosa contribuição à compreensão dessa-

figuras, em franco desenvolvimento, que visam, na precisa expressão do Autor, a *"adelantar las barreras de la protección penal"* (pág. 151).

Na seção de Jurisprudência, destacam-se as notas de JORGE FIGUEROA, enfocando uma decisão da Côrte de Concepción, a respeito de situação de exercício arbitrário das próprias razões, ligada a furto de espécies que correspondiam a dívida do lesado para com o acusado; e a nota de JUAN BUSTOS sôbre uma decisão da Côrte de Talca, a respeito de um caso de dupla autoria em homicídio culposo e lesões corporais culposas por acidente de trânsito.

Na seção de Bibliografia, merece relêvo a notícia de SÉRGIO POLITOFF, a propósito do livro *Politik und Verbrechen*, de HANS MAGNUS ENZENSBERG (Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1964). A resenha que dêle nos é fornecida demonstra tratar-se de fascinante obra, elaborada sôbre o que o Autor define como *"terreno vago, incierto, entre folletin y filosofía"*. São nove monografias, que abordam, das reflexões sôbre a "jaula de cristal" de Eichman, ao "Sôbre a teoria da traição", o "perfil de um pai da pátria, Rafael Trujillo", significativamente próximo da "Balada de Chicago — modêlo de uma sociedade terrorista", e ainda a indispensável consideração de episódios da Máfia. O eventual lançamento de uma tradução brasileira representaria para o editor, a par de um serviço à causa da cultura, indiscutível sucesso editorial.

Nilo Batista

Exame de corpo de delito indireto

O exame de corpo delito indireto não pode ser admitido quando era possível a realização do exame direto. Assim decidiu, com absoluto acêrto, a 2.ª Câmara Criminal do T. A. da Guanabara, na Ap. Crim. n.º 4.426, relator o eminente Juiz JOÃO CLAUDINO "Só na impossibilidade de realização do exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta". Pretendia-se ter por provadas lesões corporais com o simples boletim de socorro, o qual, como se sabe, é firmado por um só médico. A decisão foi unânime, (D.O., Parte III, 12/7/71, pág. 514, do *apenso*).

O exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio é essencial (art. 158 Cód. Proc. Penal), sob pena de nulidade (art. 564, III, letra "b").

É certo que o corpo de delito direto pode ser suprido pelo indireto (art. 167), que se realiza através da prova testemunhal.

Duas são porém, as condições imprescindíveis: (a) é indispensável que os vestígios tenham desaparecido; (b) — a prova testemunhal deve ser uniforme e categórica, de forma a excluir qualquer possibilidade de dúvida quanto à existência dos vestígios. Cf. RDP, n.º 1, pág. 148. Não se admite o corpo de delito indireto quando nenhum impedimento havia para a realização do exame: "Nulo é o processo em que tendo a infração deixado vestígios e não havendo qualquer obstáculo à realização do exame de corpo de delito, êste não é realizado. O art. 158 do Cód. Proc. Penal encerra uma regra de observância compulsória, cuja preterição é fulminada com a pena de nulidade, não a suprindo a confissão do réu, nem a prova testemunhal". (T. J. de São Paulo, h.c. 38.267, relator Des. THOMAZ CARVALHAL, *Revista dos Tribunais*, 208/71).

"É imprescindível o corpo de delito direto. Se não se prova a impossibilidade de obtê-lo, nenhuma valia tem o indireto. A vítima que se recusa ao exame deve ser compelida sob pena de desobediência". (T.J. Distrito Federal, relator Des. JOSÉ DUARTE, *Revista Forense*, 90/816).

Veja-se também a decisão proferida pelo Tribunal de São Paulo *(in Rev. Tribs.*, 268/533).

A 2.ª Câmara Criminal do T.A. da Guanabara decidiu também na Ap. Crim. n.º 4.091, relator igualmente o ilustre Juiz JOÃO CLAUDINO, que "só na impossibilidade de realização do exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta". (D.O., Parte III, 2/8/71, pág. 556 do *apenso*).

Crime continuado. Pluralidade de processos. Coisa julgada

A complexa questão da coisa julgada no crime continuado foi levada ao STF, no julgamento do RHC 47.816, por sua 2.ª Turma, relator o eminente Min. THOMPSON FLORES.

Na hipótese, o paciente fôra processado por estelionato continuado (venda de automóveis adquiridos por prêço inferior) em duas distintas ações penais, que correram em diversos juízos (distintas Varas Criminais da mesma Comarca). Num dos processos foi absolvido, afirmando o Juiz que o fato descrito na denúncia era de natureza civil, tendo a decisão transitado em julgado. No outro processo, decisão posterior o condenou, afirmando a existência de estelionato continuado. A primeira decisão transitou em julgado, embora isso só tenha ocorrido depois de proferida a sentença condenatória no segundo processo.

Reclamava o impetrante que o tribunal reconhecesse efeito de coisa julgada do primeiro processo sôbre o segundo, argumentando com a unidade jurídica do crime continuado.

O tribunal denegou a ordem por unanimidade. Afirmou o eminente relator que "os fatos objeto da primeira denúncia e seu aditamento diversos foram da segunda", isto é, o segundo processo se referia a vendas de carros a pessoas diversas daquelas que figuravam como lesadas no primeiro processo. E que a absolvição no segundo processo, ainda que transitada em julgado, porisso mesmo, não poderia refletir-se no primeiro. Invocou, nesse sentido, a lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES: "Quando o réu é absolvido por um ou mais delitos, na sentença que passou em julgado, *bis in idem* não haverá, se a nova acusação fôr promovida tendo em vista fatos que, embora ligados pelo nexo da continuidade aos da decisão anterior, dela não constituiram objeto, e, por isso, não foram julgados". *(Elementos de Dir. Proc. Penal*, 1961, 3.º vol., pág. 100).

Concluiu o seu voto o relator afirmando que essa orientação está conforme à jurisprudência estratificada do STF, incluída na *Súmula* 497. O crime continuado não constituiria uma unidade, sendo seu objetivo único tornar menos intensa a aplicação da pena.

O eminente Min. ELOY DA ROCHA, acompanhando o relator, salientou: "Para conceituação do crime continuado, importa ,antes de tudo, verificar a pluralidade de ações ou omissões dos crimes se deve configurar ,com todos os seus elementos, inclusive o elemento subjetivo. Ainda que o elemento objetivo fôsse idêntico, a diversidade do elemento subjetivo poderia descaracterizar em qualquer dos ,fatos a infração penal. A indagação do elemento subjetivo avulta sobretudo, no caso, em que se trata de estelionato. A ação, relativamente a uma das vítimas, poderia constituir estelionato e, quanto à outra, não, considerado o elemento subjetivo, art. 171 do C. Pen.. Sòmente depois, investigam-se as condições legais da continuação, para o efeito da unidade prevista na lei.

Em processos separados, foram proferidas duas sentenças. Suponha-se que o paciente tivesse sido condenado no primeiro processo, enquanto tinha andamento, em separado, o outro. Quem haveria de argüir a coisa julgada, resultante daquela condenação? O juiz poderia absolver o paciente, se assim julgasse, no segundo processo".

O ilustre Min. ADALÍCIO NOGUEIRA, negando igualmente a ordem, observou que "não obstante continuados foram frutos de mais de uma ação, em conformidade com o prescrito no art. 51, § 2.º, do Cód. Pen.. Não se cogita de unicidade de ação delituosa, senão de variedade desta, embora os tipos respectivos se vinculem por um elo comum.

As atividades criminosas são autônomas, embora interligadas, e por isso hão que ser separadamente apreciadas. A

conseqüência exclusiva a inferir-se do fato é a atenuação da penalidade sobrevinda à continuação, bem como, no que toca à prescrição o benefício consagrado pela jurisprudência, hoje consolidada na Súmula 497". (*Rev. Trim. Jurispr.*, 55/411).

Interpelação em crime contra a honra praticado pela imprensa não previne a competência do juízo. Recebimento da queixa exige despacho expresso

Nesse sentido decidiu a 3.ª Câmara Criminal do T.J. da Guanabara, no h. c. 20.831, relator o eminente Des. ODUVALDO ABRITTA. O paciente havia respondido a interpelação judicial por artigo publicado na imprensa. Julgando insatisfatórias as explicações dadas, o requerente promoveu ação penal perante o juízo em que foram pedidas as explicações, entendendo haver prevenção.

Concedeu a Câmara o h.c., afirmando a incompetência do juízo. Isso porque o pedido de explicações "é diligência preliminar facultativa, cuja realização não compromete o juízo, eis que seu resultado, segundo o parágrafo único do mesmo dispositivo (art. 11 da lei 2083), fica a critério exclusivo do ofendido. Assim, não constitui ato processual indispensável e inerente à propositura da ação penal. Normalmente, passa a pertencer ao requerente para com ela instruir a ação a promover". (*Rev. Jurispr.*, 13/362).

NELSON HUNGRIA (*Comentários*, volume VI, pág. 126) referindo-se ao pedido de explicações a que alude o art. 144 Cód. Penal afirma que o Cód. Proc. Penal não o regulou especialmente, "de modo que o seu processo deve obedecer ao das notificações avulsas", com a entrega dos autos ao requerente, independentemente de traslado. No mesmo sentido opina o douto DARCY ARRUDA MIRANDA (*Comentários à Lei de Imprensa*, vol. II, 1969, pág. 488). A lei de imprensa de 1934 (Dec. 24.776, art. 17 § 1.º) referia-se expressamente a *notificação*, que seria entregue ao notificante (§ 2.º).

Pedimos licença para consignar nossa completa divergência com a orientação do v. acórdão. Diversamente do que ocorre no processo civil, no crime a competência se firma pela *prevenção* desde que o juiz tenha antecedido outro "na prática de algum ato do processo ou de medida a êste relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa" (art. 83 Cód. Proc. Penal). A competência por prevenção no processo penal é de muito maior amplitude do que no processo civil, e as dúvidas que a matéria suscita provêm exclusivamente de introduzir no debate os critérios do processo civil, inteiramente inaplicáveis.

Em conseqüência, basta, para prevenir a competência, a prática de qualquer medida *relativa ao processo*.

O pedido de explicações é medida processual peculiar em que se procura caracterizar a existência, em seus aspectos exteriores, de uma ofensa. Isso se faz, rigorosamente, através de uma *interpelação*. A nova lei de imprensa (lei 5.250, de 9/2/67, art. 25) impròpriamente se refere a *notificação* e, adotando o sistema do Código Penal, estabeleceu que ao juiz compete julgar se as explicações são satisfatórias ou não. Êsse sistema dá lugar a graves inconvenientes. Quem pede as explicações é que deve julgar se as que foram dadas são satisfatórias. Tais aspectos da matéria, no entanto, são irrelevantes, a nosso ver, para decidir a questão da competência (ao contrário do que pareceu à E. Câmara).

Trata-se apenas de saber se o pedido de explicações é medida *relativa ao processo*. A afirmação parece-nos irrecusável. Examinando a matéria, JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Da Competência em Matéria Penal*, 1953, pág. 203) demonstra que no processo penal rege o princípio de que "o juiz preveniente estende seu conhecimento da causa preparatória à causa preparada", afirmando que previnem a competência, na lei de imprensa, as diligências preliminares para a exibição de autógrafos, o pedido de explicações, o processo sumaríssimo sôbre a inidoneidade financeira e a retificação compulsória.

No Rec. Crim. 6.636, a 2.ª Câmara do T.J. da Guanabara, corretamente decidiu que "o pedido de explicações de que trata o art. 25 da lei 5.250, de 1967, previne a competência do juiz que dêle conheça para a ação penal". Foi relator para o acórdão o Des. ROBERTO MEDEIROS, cujo voto foi acompanhado pelo Des. OLIVEIRA RAMOS, ficando vencido o Des. FAUSTINO NASCIMENTO (relator).

O Tribunal de Alçada de São Paulo, por sua 3.ª Câmara Criminal já decidiu no mesmo sentido: "O pedido de explicações, formulado *ex vi* do art. 144 do Código Penal e diante do que dispõem os arts. 75, parágrafo único e 83 do Código de Processo Penal, firma a competência do juízo que dêle conheça para a ação penal" (*Rev. Tribs.*, 379/248).

O processo de interpelação deve ser entregue ao requerente. Manifesta-se aqui, como ensina o nosso doutíssimo ELIEZER ROSA, o poder de documentar que possui a jurisdição, formando a prova que interessa e pertence à parte.

Uma última observação merece o v. acórdão, na parte relativa ao despacho com o qual o juiz recebeu a queixa ou a denúncia. No caso, o juiz, ao invés de lançar as palavras sacramentais, "recebo a queixa", despachou: "A., cite-se o querelado, designando o cartório dia e hora para o interrogatório". Afirmou a E. Câmara que "o despacho de recebimento de denúncia ou queixa, pelas suas conseqüências, não pode ser implícito, na dependência da interpretação dos técnicos do direito. Há de ser expresso, para a compreensão geral, inclusive de quem é pessoalmente atingido por êle". Lembramos, no entanto, que o STF já decidiu sôbre a matéria no h. c. 42.576, relator o Min. PEDRO CHAVES, afirmando que se trata de simples irregularidade e de "irregularidade fútil", pois o juiz determina providências que implicam necessàriamente no recebimento da denúncia. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 35/582). A 2.ª Câmara Criminal do T.J. da Guanabara, na Ap. Crim. 47.142, relator o ilustre Des. ROBERTO MEDEIROS, admitiu também o recebimento implícito da denúncia, afirmando: "Não se determina a citação senão depois de recebida a denúncia. Determinando a citação do acusado, estava o magistrado dando comêço à ação penal e impulsionando-a, o que só ocorre, inicialmente, através do recebimento da peça acusatória". (*Rev. Jurispr.*, 13/387). É a boa orientação.

Falsidade ideológica. Registro civil. Ausência de dolo

Em caso que envolvia falsidade ideológica em registro civil por motivo nobre, declarou a 3.ª Câmara Criminal do T.J. da Guanabara a ausência de dolo, na Ap. Crim. 41.828, relator o Des. DEOCLECIANO MARTINS DE OLIVEIRA. Tratava-se de registro de nascimento feito pela mãe, de filho adulterino, que o declarou legítimo. A apelante (condenada em primeira instância à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão) vivia amasiada cêrca de 18 anos com o pai da criança, e era pessoa sexagenária e enfermiça.

Entendeu a Câmara que não houve dolo e que, se dolo tivesse havido, seria *dolus bonus*, já que seu único propósito foi o de resguardar o futuro e a dig-

nidade da criança. Evidenciava-se também que nenhuma vantagem pessoal auferira a ré, com a declaração falsa.

Ficou vencido o ilustre Des. JOSÉ MURTA RIBEIRO, que confirmava a sentença, entendendo que o dolo na falsidade ideológica, é a vontade da *mutatio veritatis*, na espécie, e particularizada pela intenção de alterar a verdade sôbre circunstâncias de relêvo jurídico, com conseqüências na esfera do direito de família e das sucessões. (*Rev. Jurispr.* 13/367).

Considerando situação semelhante, decidiu o STF, por sua 3.ª Turma, no mesmo sentido, relator o eminente Min. HERMES LIMA, no h. c. 43.515. Nesse caso, o paciente era casado e separado da mulher, vivendo amasiado com outra. Declarou no registro que era legítima a filha dêle e da companheira, reconhecendo o juiz que agiu por motivo superior. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 39/280). No sentido de que o falso registro de filho ilegítimo não é crime, cf. ainda *Rev. For.*, 199/275.

O dolo no crime de falsidade ideológica (art. 299 Cód. Penal) é específico. Consiste na vontade dirigida à ação ou omissão que constitui a materialidade do fato, *com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sôbre fato jurìdicamente relevante*. A alteração da verdade sôbre fato jurìdicamente relevante deve ser feita de forma a prejudicar alguém, seja o prejuízo efetivo ou potencial. (*Rev. For.*, 199/287). No julgamento do h. c. 43.515, declarou o Min. HERMES LIMA: "Na nossa legislação penal, quanto à falsidade ideológica, se realmente a intenção não foi prejudicar, mas proteger, não me parece que o dolo específico haja ocorrido". É possível, assim, que a falsidade ideológica no registro civil se realize sem dolo, o que dependerá das circunstâncias do caso concreto.

Mesmo nos casos em que há prejuízo potencial, êsses casos estão fatalmente destinados à absolvição, pois a gravidade de nossa lei torna a condenação iníqua e insustentável. É, tìpicamente, uma daquelas situações de *anomia* da norma jurídica, que o Tribunal deixa de aplicar por não corresponder, de maneira gritante, às mínimas exigências de justiça.

Que o motivo nobre não exclui o dolo, prova-se com o art. 242 § único do Código Penal vigente. O exato caminho, de *lege ferenda*, está em permitir em tais casos o perdão judicial, cominando a pena de multa alternativamente, como fêz o nôvo Código Penal (art. 267 § único).

Pif-paf. Não constitui contravenção

A 2.ª Câmara do Tribunal de Alçada da Guanabara, na Ap. Crim. n.º 34, relator o ilustre juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO, decidiu por unânimidade que o jôgo chamado *pif-paf* não é de azar e a sua prática não constitui contravenção. Nesse sentido, há numerosas decisões dos tribunais. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 158, bem como *Rev . For.*, 126/532 e *Rev. Tribs.*, 228/499; 242/367; 257/197 e 259/332. WILSON BUSSADA, *Contravenções Penais*, São Paulo, 1956, n.º 253, pág. 138.

O acórdão assinala que no mesmo sentido já se pronunciaram neste Estado, quando Distrito Federal, a Chefia de Polícia, aprovando parecer de seu assistente jurídico, Dr. CÂNDIDO ÁLVARO DE GOUVÊA (*Boletim de Serviço do Departamento Federal de Segurança Pública*, n.º 257, de 9/11/1956, página 1/2), e a Procuradoria Geral da Justiça, em parecer do Dr. MARTINHO DA ROCHA DOYLE, datado de 2 de março de 1969, por delegação do Procurador Geral CÂNDIDO DE OLIVEIRA NETO, que o aprovou.

Disparo de arma de fogo. Não se configura a contravenção se os disparos são de festim

Nesse sentido decidiu a 2.ª Câmara Criminal do T. de Alçada da Guanabara, na Ap. Crim. n.º 270, relator o ilustre juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO, por unanimidade.

Como bem acentuou o excelente juiz relator, "sendo o bem jurídico tutelado pelo nosso direito positivo, na contravenção de disparo de arma de fogo (art. 28 da CLP), a incolumidade pública, como se verifica da epígrafe do capítulo em que está ínsito o dispositivo legal, são irrelevantes para configurá-la os disparos com festim". Esclarece, com evidente acêrto, que nossa lei tomou por modêlo o vigente Código Penal italiano, onde a contravenção (art. 703) figura sob a rubrica *Contravenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro la vita e l'incolumità personale*, diversamente do que ocorre no direito alemão, que, silenciando sôbre o bem jurídico tutelado, permite que se entenda a contravenção como contra o perigo e o *molestamento* públicos.

Porte de arma. Munição fora da arma

A 4.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo, na Ap. Crim. n.º 59.493, relator o Min. AZEVEDO JÚNIOR decidiu, unânimemente, que não se configura a contravenção prevista no art. 19 LCP, quando alguém leva garrucha desmuniciada. Na hipótese, o réu levava a arma numa pasta (circunstância julgada irrelevante, para configurar o *porte*) e trazia no bolso oito cartuchos intactos e adequados àquela arma. A perícia demonstrou que a garrucha funcionava bem. Entendeu a Câmara que não havia contravenção, porque a arma não estava municiada *quando da agressão*. "O ilícito penal sòmente surgiria no momento em que houvesse o municiamento, não antes disso já que então não podia a garrucha ser ùtilmente usada, ainda que pudesse ser fulminantemente alcançada na pasta. Em linguagem singela, mas que pretende ser significativa da inexistência da contravenção no caso: quando da apreensão, o réu não estava *armado*" (*Julgados do T. A.*, vol. 2, pág. 177).

Parece-nos difícil negar o porte de arma quando a munição está em poder do réu. Está *armada* a pessoa que tem numa das mãos uma pistola automática e na outra o pente de cartuchos que introduz na pistola numa fração de segundo. Considerando-se o conteúdo de perigo que a contravenção pressupõe, não pode haver dúvida de que a infração se configurava, na hipótese em julgamento. Em caso análogo assim decidiu a 1.ª Câmara do mesmo Tribunal, por unanimidade, na Ap. Crim. n.º 59.237, relator o Min. AZEVEDO FRANCESCHINI. Entendeu a Câmara, com exatidão, que, em se tratando de arma de fogo, para aperfeiçoar-se a contravenção do art. 19 da LCP, não se exige que o agente seja surpreendido levando projetil *na agulha* ou no tambor: "basta que, além da arma em condições de funcionamento, possua munição ao alcance da mão" (*Julgados*, vol. 2, pág. 186).

A 2.ª Câmara do T. de Alçada da Guanabara, na Ap. Crim. n.º 424, relator o ilustre juiz EPAMINONDAS PONTES, entendeu, por unanimidade, que se caracteriza a contravenção com o simples transporte da arma em pasta fechada, sem balas no tambor, não havendo possibilidade de ser o revólver usado de imediato.

Preconceito de raça ou de côr. Recusa de hospedagem. Só há contravenção se se demonstra o especial motivo de agir

Na Ap. Crim. n.º 113, a 1.ª Câmara Criminal do T. de Alçada da Guanabara, relator o ilustre juiz RAUL DA CUNHA RIREIRO, afirmou que a contravenção prevista no art. 2.º da Lei n.º 1.390, de 1951, só se configura quando se demonstra que a ação foi motivada por preconceito de raça ou de côr.

Na hipótese entendeu a Câmara, e bem, que não ficara demonstrado que a recusa na hospedagem se tinha feito por motivo de raça ou de côr. Tudo não passava de uma convicção das testemunhas, fundadas em razões meramente subjetivas, que não passaram de simples presunção, insuficientes para condenar. Decisão unânime.

Contrabando. Falta de apreensão da mercadoria. Irrelevância

Com os acontecimentos políticos de 31 de março de 1964, tivemos, como se sabe, em nosso país, uma onda de IPMs, com os quais inúmeras violências foram praticadas, com fundamento no famigerado art. 156 C J M. Tais IPMs foram apenas expressão de *zêlo revolucionário* e, mesmo nos casos em que havia realmente crimes a punir, não levaram a qualquer resultado prático. Isso ocorreu, em boa parte pela desorientação total dos militares encarregados dos inquéritos, que os transformaram numa espécie de inquisição universal para compreender enorme variedade de delitos contra diversos acusados, em fatos que não guardavam entre si qualquer conexão. Os que foram para a Justiça Militar, por fatos de natureza política, comprometeram-se irremediàvelmente pela incompetência do M. P. militar e de muitos auditores, que realmente não estavam habilitados para funcionar em tal tipo de processos. Nunca se viu neste país tão grande número de denúncias ineptas, apesar de imensas. Na sentença condenatória proferida no volumoso processo contra os comunistas de Pernambuco, que se apresenta em 47 volumes, o juiz reproduziu na sentença exatamente o que se continha na denúncia, como motivação para condenar a maioria dos acusados, fato que implica em evidente nulidade.

Essa fúria acusatória, que constitui fenômeno episódico e fàcilmente compreensível, deu lugar à instauração de IPM nos Estados do Ceará e Piauí, tendo por objeto a investigação de contrabandos e descaminhos que naqueles lugares sempre ocorreram com a participação e a conivência das autoridades. É a via fácil do enriquecimento de numerosas pessoas respeitáveis dos Estados do norte, que se dedicam ao comércio ilícito especialmente com Paramaribo.

O h.c. n.º 1.351, impetrado ao TFR pelo saudoso prof. OLAVO OLIVEIRA, era relacionado com denúncia oferecida em IPM, contra 60 pessoas, versando sôbre 133 crimes, sendo 22 de estelionato; 47 de bando ou quadrilha; 12 de corrupção ativa; 51 de contrabando ou descaminho e um de facilitação de contrabando ou descaminho. Tudo isso num só processo. A pressão das autoridades militares levou à decretação da prisão preventiva.

O conhecido rigor com que o TFR julga casos dessa natureza fêz com que a ordem fôsse denegada, unânimemente. Foi relator o ilustre Ministro ANTONIO NEDER.

Argüía a defesa a inépcia da denúncia, que era irrecusável, por desatender às exigências do art. 41, Cód. Proc. Penal, quanto à narração do fato delituoso. Inadmissível era, por outro lado, a reunião de numerosos fatos absolutamente isolados, sem qualquer conexão, que jamais poderiam constituir objeto de um único processo (argumento não invocado pela defesa).

O TFR afirmou que a denúncia não era inépta, pois a multiplicidade de agentes e a circunstância de se tratar de crime continuado tornava difícil precisar, com exatidão, qual o dia e o lugar em que os agentes praticaram cada uma das ações. "A imprecisão no mencionar essas circunstâncias não é suficientemente idônea para caracterizar a inépcia da denúncia".

Nas acusações por contrabando, não houve qualquer apreensão de mercadorias. Em relação a tais crimes, tudo não passava de referências fragmentárias dos próprios acusados, que depuseram presos, com base no art. 156, CJM. A denúncia não arrolava testemunhas. Afirmava a defesa que o crime deixa vestígios e que era imprescindível o exame de corpo de delito. O Tribunal rejeitou a alegação, afirmando o ilustre relator que o crime de contrabando "não deixa vestígios a serem provados por exame de corpo de delito".

Lamentamos dissentir. ARTURO ROCCO (*L'oggetto del reato*, 1932, pág. 10) identificava o corpo de delito com o objeto material do crime (*Obietto materiale del reato è, quindi, in altre parole, il corpus delicti*), nêle incluindo os meios materiais e instrumentos (*instrumenta sceleris*) empregados pelo agente, bem como o produto do crime. O nosso JOÃO MENDES (*O Processo Criminal Brasileiro*, 1911, vol. II, pág. 6), com exatidão, ensinava que corpo de delito é "o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso". E ORTOLAN (*Élements de Droit Pénal*, 1963, vol. I, pág. 484) dizia que o corpo de delito é *"l'ensemble complet des éléments matériels dont se forme le délit"*. O corpo de delito é constituído em suma, por todos os elementos materiais da conduta incriminada, inclusive meios ou instrumentos de que se sirva o criminoso.

Não nos parece, *data venia*, possa haver qualquer dúvida de que a mercadoria que constitui objeto material da ação seja integrante do corpo de delito nos crimes de contrabando ou descaminho. No caso não só a mercadoria não foi apreendida como também nenhuma testemunha a ela se referiu.

É outro assunto saber se a regra contida no art. 158 Cód. Proc. Penal, deve ser mantida no processo penal moderno. Responderíamos pela negatitiva. Trata-se de evidente vestígio do sistema das provas legais, sem razão de ser nos dias de hoje. Veja-se a característica lição de nosso excelente JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, pág. 364): "Na verdade, fora do sistema da prova legal, só um código como o nosso, em que não há a menor sistematização científica pode manter a exigibilidade do auto de corpo de delito sob pena de considerar-se nulo o processo. Que isso ocorresse ao tempo da legislação do Império ainda se compreende. Mas que ainda se consagre tal baboseira num estatuto legal promulgado em 1941, eis o que se não pode explicar de maneira razoável".

No h.c. de que damos notícia alegava também o impetrante ser nulo o decreto de prisão preventiva, por falta de fundamentação. O ilustre relator, confirmando anteriores pronunciamentos, admitiu a existência de fundamentação *implícita*, entendendo que o juiz incorporou ou integrou na fundamentação de seu decreto de prisão preventiva o conteúdo da denúncia. Ainda aqui pedimos licença para, mais uma vez, deixar consignada nossa divergência. A motivação da prisão preventiva deve ser exatíssima e estar contida no próprio decreto, para que fique claro o convencimento do juiz ao decidir sôbre prisão excepcional. A denúncia constitui uma acusação ou seja, uma simples

imputação de fatos, não constituindo um documento probatório. Por outro lado, nada pode a denúncia conter sôbre a *necessidade* da prisão cautelar. Não há motivação implícita. Veja-se a precisa lição de BETTIOL (*Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*, 1966, página 222): *La motivazione implicita non è una motivazione.*

Do acórdão lê-se: "Prisão preventiva. Prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. A inexistência dessa prova e dêsses indícios para consubstanciar a ilegalidade da prisão deve ser demonstrada de maneira conveniente e não simplesmente alegada". Essa passagem da *ementa*, em desacôrdo, aliás, com o voto do ilustre relator, é particularmente infeliz. Não compete à defesa evidenciar que não existe prova da existência do crime ou da autoria. Cabe, como é óbvio, ao juiz demonstrar cumpridamente que ela existe, de modo a justificar a prisão preventiva (*TFR Jurispr.*, 12/103).

Defensor constituído de réu revel tem direito a ser designado curador. Justiça Militar

Dando provimento à Correição Parcial n.º 982, relator o ilustre Ministro WALDEMAR TORRES DA COSTA, decidiu o STM que "deve ser designado curador o advogado que se apresenta com instrumento de procuração do acusado revel. O curador designado, na ausência do acusado, considerado em lugar incerto e não sabido, deve ser substituído por advogado que se apresente legalmente constituído".

Tratava-se, na hipótese, de acusado que se achava fora do país e que outorgara mandato ao advogado para que o defendesse em ação penal em curso. O Conselho indeferiu a pretensão, entendendo que o reconhecimento judicial da ausência do réu lhe impõe restrição temporária e condicional à sua capacidade jurídica de agir, na escolha de seu defensor. E que, em conseqüência dessa perda de capacidade de fato, compete ao Presidente do Conselho a nomeação do curador (art. 71, § 2.º, do C.P.P.M.).

Como assinala o acórdão, com absoluta precisão, realmente, "pela lei de Organização Judiciária Militar — artigo 44 — II — Compete ao Presidente dos Conselhos Especiais e Permanentes de Justiça, nomear advogado ao acusado que não o tiver e curador ao ausente ou de menor idade.

"Isso, porém, não quer dizer que o acusado, considerado revel, não possa constituir advogado, pois tal proibição representaria uma restrição ao livre exercício da advocacia que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil assegura aos seus membros."

"Aliás o próprio Código de Processo Penal Militar, em seu art. 75, estabelece que "ao exercício da sua função no processo o advogado terá os direitos que lhe são assegurados e os deveres que lhe são impostos pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, salvo disposição em contrário, expressamente prevista neste Código."

"A única restrição que a lei impôs ao revel está inscrita no art. 413, isto é, o revel que comparecer após o início do processo acompanhá-lo-á nos têrmos em que estiver, não tendo direito à repetição de qualquer ato.

"Evidentemente, o advogado constituído ao ser designado curador sofrerá a restrição imposta aos que defendem revéis, como o afirma o art. 414, isto é, o curador ao acusado revel se incumbirá da sua defesa até o julgamento, podendo interpor os recursos legais, excetuada a apelação de sentença condenatória. Em nenhum dispositivo do C.P.P.M., se encontra qualquer dispositivo proibindo que o advogado aceite procuração de um acusado considerado revel.

"O que está dito na lei é que ninguém ficará sem defesa, perante a Justiça pois, até o revel tem assegurado o patrocínio de um advogado, na função de Curador designado pelo Presidente do Conselho e na ausência de quem esteja legalmente investido de mandato para defendê-lo.

"De outro lado nenhum inconveniente ou prejuízo poderá advir à Justiça por haver o revel sido defendido por advogado que constituiu, logo que tomou conhecimento da acusação que lhe é atribuída."

De notar que a Procuradoria-Geral manifestara-se pelo deferimento da correição "porque o nela pleiteado está acorde com a lei e com o que consta dos respectivos autos".

A orientação do STM foi confirmada no julgamento da Correição Parcial n.º 997, relator o ilustre Min. JACY GUIMARÃES PINHEIRO (que ficou vencido, juntamente com os eminentes Ministros SYZENO SARMENTO e OLIVEIRA SAMPAIO). Nesse caso, o advogado pleiteara fôsse designado curador, apresentando-se com instrumento de mandato que lhe foi outorgado pelo pai do acusado revel (em aplicação analógica do disposto no art. 241 do C.P.P.M.).

O direito de livre escolha do defensor constitui um desdobramento do direito de defesa, que em nossos dias se proclama sem restrições. Constitui um princípio arcáico o de impor ao réu conseqüências terríveis pela revelia, repudiando o processo penal moderno a bárbara restrição medieval de ódio ao contumaz, inspirada, como lembra FLORIAN, no desumano critério romanístico.

Hoje subsiste apenas, por um lado, o fato da acusação, e, por outro, o fato da ausência, sendo indiscutível o interêsse público da defesa, que se destina a iluminar o julgador, evitando o êrro judiciário. Os advogados são órgãos da administração da Justiça e como tais, instrumentos de sua realização. Tanto melhor será a Justiça quanto mais eficaz a ação dos advogados, que, como assinala MANZINI, não são defensores do crime, mas da lei e do direito.

Ainda que o acusado não fôsse simplesmente revel, e sim *foragido* (no dizer de CANELUTTI, aquêle que *voluntàmente* se substrai à execução de um mandado de captura), ainda assim prevaleceria o princípio da plenitude de defesa, compreensivo da escolha do defensor. Em excelente trabalho (*A Defesa do Foragido)*, ROMEU P. CAMPOS BARROS, ilustre professor da Faculdade de Direito de Goiás, afirma: "A exegese que se pretende emprestar ao parágrafo único do art. 396 CPP, no sentido de que envolve uma restrição ao direito de escolha do defensor pelo acusado que desatende ao chamado judicial, não se ampara no sistema do Código que dá *sempre* a função supletiva ao juiz de nomear defensor, quer quando êste deixa de comparecer a determinado ato do processo, ainda que provisòriamente ou para o só efeito do ato".

A solução não difere de outros sistemas. MANZINI ensina que *"el nombramiento de confianza prevalece* siempre *sobre el de oficio, al punto de que este se entiende revocado tan pronto el imputado sea asistido o representado por un defensor de confianza"*, explicando que isso se justifica pela conveniência de conceder ao acusado *"la mayor amplitud posible en lo que se refiere a su defesa"* (*in Tratado de Der. Proc. Pen.*, Trad., v. II, pág. 599).

Entre nós, no mesmo sentido, o pronunciamento de ESPÍNOLA FILHO, *in Código de Processo Penal Anotado*, v. II, n.º 550, e BORGES DA ROSA, *in Processo Penal Brasileiro*, 1942 v. 2, pág. 199.

Essa concordância poderia se estender a outros autores, e se deve, em boa parte, a que tal questão se imbrica com o próprio prestígio da justiça no Estado democrático.

De fato, a justiça penal só tem a lucrar quando faculta aos acusados os

mais amplos meios de defesa. E a atuação do advogado de confiança constitui sem dúvida, um dos mais eficazes dêsses meios garantindo de antemão ao acusado, à sua família e à comunidade o concreto exercício da defesa; vale dizer, a sua concreta participação na sentença final. Dêsse modo a par de inexistirem obstáculos legais à admissão do advogado constituído, existem, pelo contrário motivos legais e motivos políticos *stricto sensu* — ligados à amplitude da defesa no regime democrático — a indicarem a conveniência daquela admissão.

A orientação do STM, em conseqüência merece o aplauso entusiástico de todos os que se ocupam com o Direito Penal em nosso país, revelando a sensibilidade da E. Côrte para uma questão importante e delicada, principalmente com respeito a processos por crimes políticos.

Corrupção ativa. Inexiste em face de ato injusto da autoridade

Já decidiu o STF, em mais de uma oportunidade, que não há crime de corrupção ativa no oferecimento de vantagem a funcionário público, para que não pratique ato injusto (*Rev. Trim. Jurispr.*, 33/380). Novamente voltou a pronunciar-se a 2.ª Turma por unanimidade, no mesmo sentido ao decidir o h. c. n.º 43.549, relator o eminente Min. ALIOMAR BALEEIRO (*Rev. Trim. Jurispr.*, 40/26).

Corrupção ativa em relação a funcionário do Banco do Brasil

No julgamento do h. c. n.º 1.272, relator o eminente Min. HENRIQUE D'AVILA, decidiu o TFR, em sessão plena, que "o crime de corrupção ativa, de que trata o art. 333, do Código Penal, pressupõe necessàriamente que o sujeito passivo seja funcionário público. E esta qualidade não tem o servidor do Banco do Brasil envolvido em irregularidades ocorridas em operações rotineiras de crédito, comuns a todos os estabelecimentos bancários".

A irregularidade a que alude o acórdão teria ocorrido na Carteira de Crédito Geral do Banco.

Decisão correta em que ficaram vencidos os ilustres Ministros AMARÍLIO BENJAMIN e ANTONIO NEDER (*TFR Jurispr.*, n.º 15, pág. 181).

Desobediência. Não se configura com a resistência passiva à prisão

Por unanimidade, assim decidiu, com absoluta exatidão, a 2.ª Câmara do T. J. da Guanabara, na Ap. Crim. n.º 47.065, relator o eminente Desembargador OLAVO TOSTES FILHO.

A desobediência passiva à ordem de prisão não é crime. Se a evasão não violenta não configura qualquer delito, não pode ser punível quem busca eximir-se à prisão (*Rev. Jurispr.*, 13/383). É o argumento de mestre SOLER (*Der. Pen. Argentino*, 1963, V, pág. 11), que estuda atentamente a matéria, e que podemos acolher, pela identidade das disposições legislativas de nossos países. Cf., no mesmo sentido, *Arq .Jud.*, 69/126.

Desobediência. Não se configura se a ordem é ilegal

Decidindo a Rev. Crim. n.º 5.267, as Câmaras Criminais Reunidas do T.J. da Guanabara, relator o eminente Desembargador FAUSTINO NASCIMENTO, afirmaram que não pode se configurar o crime de desobediência, se o funcionário procede de modo arbitrário e sem respeito às formalidades legais. Nessa situação, como ensina BENTO DE FARIA (*Código Penal Brasileiro*, vol. V, pág. 552) quem se torna violador da lei é o próprio funcionário.

Na hipótese tratava-se de simples determinação de comparecer a uma repartição pública (Serviço de Trânsito) para justificação de irregularidade, que não dependia de flagrante. Isso ocorreu em incidente entre guarda de trânsito e motorista, no curso do qual o guarda exigiu ilegalmente que o motorista o acompanhasse, ao invés de aplicar as medidas previstas no Código Nacional do Trânsito. Decisão evidentemente correta. O ilícito penal estava do lado do guarda (*Rev. Jurispr.*, 14/295).

A 3.ª Câmara Criminal do T.J. da Guanabara, na Ap. Crim. n.º 48.163, relator o Des. ODUVALDO ABRITTA, afirmou haver desobediência num caso de busca e apreensão sem mandado formalizado, sendo, portanto a diligência, ilegal (*Rev. Jurispr.*, 14/331).

Desobediência. Denúncia inepta

A 2.ª Turma do STF, relator o eminente Min. ALIOMAR BALEEIRO, no julgamento do h.c. n.º 44.439 declarou "ser imprestável denúncia por desobediência, que não caracteriza em que ela constitui". Por outro lado, sendo diversos os acusados não discriminou a denúncia a atuação de cada um dêles, elemento imprescindível (*Rev. Trim. Jurispr.*, 43/612).

Desobediência. Não existe sem ordem que tenha cominação expressa

A 2.ª Turma do STF concedeu o h.c. n.º 44.174, por unanimidade, relator o ilustre Min. PEDRO CHAVES, num caso que afirmou ser de "verdadeira teratologia jurídica": um jovem foi processado por desobediência, em virtude de um simples *bate-bola* na praia. Não há crime de desobediência, por ausência de tipicidade quando não haja ordem dirigida concretamente ao indivíduo, com a cominação expressa. Cf. FRAGOSO, *Lições*, IV, pág. 1.152. O crime de desobediência não pode dar lugar a abusos, nem servir para constrangimento ilegal por parte da autoridade. Como ensina SOLER (*Der. Pen.*, V, pág. 110), "para não atribuir extensão desmedida à figura da desobediência, é preciso ser muito exigente acêrca da existência concreta da ordem com respeito a cada destinatário; da clara cominação da mesma e da existência de um dever positivo de acatamento".

No caso levado a julgamento, não houve qualquer ordem ou cominação direta contra o paciente, que só foi detido e levado à polícia, quando pleiteava junto a um policial a restituição da bola. Decisão exatíssima (*Rev. Trim. Jurispr.*, 42/314).

Corrupção passiva. Elementos que a integram

Na Ap. Crim. n.º 47.312, relator o ilustre Des. ROBERTO MEDEIROS, decidiu a 2.ª Câmara Criminal do T.J. da Guanabara, que a corrupção passiva "tem como suporte básico a prática ou omissão de um ato de ofício. O agente pede ou aceita o favor em troca de um ato de ofício, lícito ou ilícito, que à acusação cabe apontar na denúncia e demonstrar no curso do processo". Cf. FRAGOSO, *Lições*, IV, págs. 1.102/1.105; HUNGRIA, *Comentários*, V, pág. 514. No caso em julgamento, não se ligou a solicitação a qualquer ato de ofício que o apelante devesse praticar ou deixar de praticar e nem se insinuou sequer que o ofendido tivesse interêsse dependente da ação funcional do réu, ou em curso na repartição em que estava lotado. Por tal razão, proclamando a imoralidade da ação, a Câmara o absolveu, afirmando a aticipicidade do fato (*Rev. Jurispr.*, 16/359).

Concussão. Flagrante preparado. Existência de crime

Durante largo tempo os tribunais afirmaram a existência de crime putativo, quando funcionários públicos exigiam vantagens de comerciantes, sendo surpreendidos pela polícia quando vinham efetuar o recebimento, marcado para momento posterior. Há sempre crime em tais condições. Independentemente da validade do flagrante, consuma-se o crime de concussão no momento e no lugar em que o funcionário *exige* a vantagem, independentemente de seu efetivo recebimento. O crime, nessa modalidade, é *formal*. Se o comerciante marca outra ocasião para entregar a vantagem exigida e avisa à polícia, para surpreender o criminoso em flagrante, não há dúvida de que ocorre o *flagrante preparado* a que se refere a *Súmula* n.º 145. Isso, no entanto não pode ter a virtude de fazer desaparecer o crime, que já se consumara em momento anterior, quando o funcionário fêz a exigência.

O matéria foi considerada pelo STF, em sua 1.ª Turma no h.c. n.º 44.609, sendo relator o eminente Min. BARROS MONTEIRO. A decisão unânime foi, a nosso ver, exatíssima: o Tribunal concedeu a ordem para que o paciente se defendesse sôlto, sem declarar a ausência de justa causa. Afirmou o relator: "É fora de dúvida que o auto de flagrante lavrado no dia seguinte, foi preparado, avisada que fôra a polícia, pelos proprietários do estabelecimento". Em suma: o flagrante é nulo, mas o crime subsiste (*Rev. Trim. Jurispr.*, 43/149).

Em sentido contrário decidiu a 2.ª Turma, no h.c. n.º 44.426, relator (para o acórdão) o eminente Ministro EVANDRO LINS E SILVA, sendo vencidos os Ministros ALIOMAR BALEEIRO e ADAUCTO CARDOSO. Nessa decisão o STF aplicou a *Súmula* n.º 145. Em realidade, porém, havia dúvida quanto à iniciativa da ação (*Rev. Trim. Jurispr.*, 43/609).

Extravio de documento. Configuração

A hipótese de que cogitou a 1.ª Turma do STF no h.c. n.º 43.729 era a de pessoa que tinha sob sua guarda os autos de inquérito administrativo e os emprestou, em confiança, ao próprio interessado. Êste os destruiu. Foi o paciente condenado pelo crime previsto no art. 314 Cód. Penal. Por unanimidade, concedeu-lhe o STF o h.c., relator o ilustre Min. EVANDRO LINS E SILVA, entendendo, a nosso ver de forma incensurável, que não houve tipicidade, nem o crime se pune a título de culpa. O paciente não extraviou os autos, mas os emprestou a um terceiro, de boa-fé, tomando desde logo a iniciativa de levar o fato ao conhecimento da administração e promover a restauração (*Rev. Trim. Jurispr.*, 40/389).

Falsa identidade. Configura-se desde que o agente vise obter qualquer vantagem

O crime previsto no art. 307 Cód. Penal, configura-se também quando a vantagem visada pelo agente não é de conteúdo patrimonial como ensina, sem discrepância a doutrina. *Vantagem*, nesse dispositivo de lei, significa, como diz MAGGIORE (*Diritto Penale*, 1953, *Parte Speciale*, vol. II, pág. 488), qualquer utilidade patrimonial ou não patrimonial, material ou moral e mesmo simplesmente sexual. Cf. FRAGOSO, *Lições*, vol. IV, pág. 1.050.

Seguindo o entendimento comum, a 1.ª Câmara Criminal do T.J. da Guanabara, na Ap. Crim. n.º 48.482, relator o ilustre Des. MURTA RIBEIRO, decidiu que para a caracterização do crime de falsa identidade não é necessário que o agente vise uma vantagem econômica, mas uma vantagem qualquer. No caso, o apelante visava, com falsa identidade, fugir à ação da polícia, por crimes anteriormente praticados. Decisão unânime (*Rev. Jurispr.*, 14/340).

Uso de documento falso. Carteira de identidade trazida no bolso

Na Ap. Crim. n.º 48.980, relator o ilustre Des. OLAVO TOSTES FILHO, decidiu, com acêrto, a 2.ª Câmara Criminal do T.J. da Guanabara que "não pratica o crime do art. 304, Cód. Penal, quem, embora trazendo-a em seu bolso (falsa carteira de identidade), não na exibe a ninguém, ou dela lança mão para a sua finalidade específica" (*Rev. Jurispr.*, 18/371).

Não pode haver uso sem que o documento saia da esfera pessoal do agente iniciando com outras pessoas relações que produzem conseqüências jurídicas. O uso envolve o emprêgo do documento em sua específica função probatória, ou seja, para evidenciar fatos a que seu conteúdo se refere. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 141 e os autores ali mencionados.

Falsificação de convites de baile. Falsidade documental

Diante de uma caso de falsificação de convites para baile carnavalesco, vendidos ao preço de Cr$ 50,00 (cinqüenta cruzeiros), foi o réu condenado pelo crime previsto no art. 298 Cód. Penal, afirmando-se a existência de falsidade em documento particular. Denegou a 2.ª Turma do STF a ordem de h.c. impetrada (n.º 43.743), por unanimidade, relator o ilustre Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES. Pedimos licenca para observar que um convite impresso, sem assinatura não constitui *documento*, não sendo elemento idôneo para a prática de falsidade documental. Documento é o escrito, *devido a autor determinado*, contendo certo teor e possuindo relevância jurídica. O impresso, se não estiver assinado, não é documento. Cf. a propósito, FRAGOSO, *Lições*, 2.ª edição, vol. 4, n.º 884, página 988. A falsificação na hipótese constituiria meio fraudulento e o caso, estelionato (*Rev. Trim. Jurisprudência*, 40/478).

Falsidade documental. Ausência de corpo de delito

A 1.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara, no h. c. 20.083, relator o ilustre Des. JOÃO FREDERICO MOURÃO RUSSELL, decidiu, com evidente acêrto, ser incabível o corpo de delito indireto nos casos de falsidade documental. Afirmava-se, no caso, ter havido falsidade material de cheques, que não vieram aos autos. O juiz *a quo* admitira a ocorrência de exame *indireto*, por via de testemunhas. Entendeu, no entanto, a Câmara, por unanimidade, não ser admissível no caso, o exame de corpo de delito indireto, concedendo a ordem para excluir a imputação do falso documental. (*Rev. Jurispr.*, 14/301).

Crime contra a saúde pública. Prova do estado da mercadoria no ato da venda

Concedeu a 2.ª Turma do STF o h. c. 44.544, impetrado em favor de responsáveis por grande fábrica de refrigerantes, acusados de terem praticado o crime previsto no art. 279 Código Penal. O inquérito policial foi instaurado por queixa de pessoa que alegava ter passado mal após ingerir parte do conteúdo de uma garrafa, que apresentou juntamente com outras garrafas. O laudo pericial atestou haver nas garrafas, objeto do exame, a presenca de substâncias estranhas que, embora não sendo de natureza tóxica,

tornaram o produto impróprio para o consumo público alimentar.

O T. J. da Guanabara, por sua 2.ª Câmara, havia denegado a ordem, ficando vencido o eminente Des. OLAVO TOSTES.

O relator (Min. ADALÍCIO NOGUEIRA) assinalou, com inteira propriedade, em seu voto, que não pode deixar de ferir a atenção o fato de que, numa produção anual de milhões de garrafas de refrigerantes, algumas apenas viessem patentear a negligência e o descuido de uma grande emprêsa, há longos anos empenhada no aperfeiçoamento de sua indústria: "o insólito do caso dá que meditar. E daí, o rigor, a reserva e o cuidado com que se devem acolher acusações dessa espécie. A denúncia que as formular, para fugir à pecha de inepta, há que esquadrinhar, minuciosamente, tôdas as circunstâncias do acontecimento, por que se não constranjam, sem fundadas razões, possíveis inocentes alheios ao sucedido".

Subscreveu o tribunal o voto vencido do excelente juiz que é o Des. OLAVO TOSTES. Nesse voto há uma passagem que merece destaque: "Para a instauração da ação penal, não há necessidade da prova liminar da autoria mas não é permitida dúvida sôbre a materialidade do crime, pelo menos em crimes-ligados à deterioração de substância alimentícia. O estado de conservação é suscetível de modificação depois do ato da venda, de sorte que parece essencial a identificação da avaria, na flagrância do ato incriminado. Não há exemplo, que eu possa memorizar, de uma ação penal em que se dispensou a informação sôbre o estado da mercadoria *no momento exato da sua entrega ao consumidor*, passando a materialidade do crime a depender da idoneidade do queixoso, com o risco de uma adulteração posterior sem culpa do vendedor".

O exame pericial havia sido realizado vários dias após o fato e o queixoso não soube dar indicações sôbre quando e onde havia adquirido os refrigerantes.

O Min. ALIOMAR BALEEIRO assinalou a precariedade do laudo pericial que declarava apenas ser a substância imprópria, sem indicar o que ela era e nem que quantidade dela existia na bebida. *(Rev. Trim. Jurispr.*, 43/79).

Quem conhece o processo de fabricação e engarrafamento de bebidas nas grandes fábricas, altamente mecanizadas, sabe muito bem que êsse tipo de defeitos não pode existir. As acusações são geralmente falsas e fantasiosas, exigindo a maior cautela.

Por outro lado, o crime é punível sòmente a título de dolo, e chega a ser ridículo imaginar que os responsáveis por uma grande indústria de bebidas poderiam ter agido dolosamente com respeito a uma parte defeituosa de sua produção.

O art. 279 Código Penal é aplicado pelos tribunais com rigor desmedido e tem conduzido a muitas condenações injustas, em casos em que há evidente ausência de dolo.

Substância alimentícia avariada. Corpo estranho

Corpo estranho e sem nocividade encontrado no pão não configura o crime previsto no art. 279 Código Penal. Nesse sentido decidiu, corretamente, a 3.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara no Rec. Crim. 6.485, relator o ilustre Des. MAURO GOUVÊA COELHO, por unanimidade. Na hipótese um corpo estranho (tecido de meia de nylon) foi acidentalmente introduzido no interior de um pão, sem que o laudo pericial afirmasse a nocividade para a saúde. *(Rev. Jurispr.*, 17/419). A mesma Câmara anteriormente havia decidido, na Ap. Crim. 37.251, relator o eminente Des. MURTA RIBEIRO, não haver crime contra a saúde pública num caso em que um *band-aid* nôvo foi encontrado no interior de um pão. *(Rev. Jurisprudência*, 6/408).

Crime contra a saúde pública. Substância imprópria para o consumo e nocividade

Não basta, para que se configure o crime previsto no art. 279 Código Penal, que os peritos declarem determinada substância *imprópria* para o consumo. A nocividade consiste na idoneidade da substância para causar dano à saúde, ou seja, ao normal desenvolvimento físico-psíquico do homem. Impróprio para o consumo é o que se apresenta em condições inadequadas, quanto ao cheiro, ao sabor, à cor, ao aspecto, em suma. Cf. FRAGOSO, *Lições*, III, página 849; FLAMÍNIO FÁVERO, *Crimes contra a saúde pública*, 1950, pág. 76; MAGALHÃES NORONHA, *Dir. Pen.*, vol. IV, pág. 27.

Aceitando essa distinção fundamental para a configuração do delito a 2.ª Câmara do T. J. da Guanabara, na Ap. Crim. 48.607, relator o eminente Des. ROBERTO MEDEIROS, absolveu, por unanimidade, pessoa acusada de ter em depósito uisque declarado simplesmente *impróprio* para o consumo. *(Rev. Jurispr.*, 15/306).

No mesmo sentido pronunciaram-se as Câmaras Criminais Reunidas, nos Embargos de nulidade e infringentes na Ap. Crim. 42.527 relator o ilustre Des. OLAVO TOSTES FILHO. Nesse caso, tratava-se de alteração de componentes da fórmula de substância medicinal, sem que se demonstrasse a redução do valor terapêutico. *(Revista Jurisprudência*, 17/407).

Desabamento de edifício. Dúvida quanto à causa do desabamento e quanto à culpabilidade

O desabamento do edifício "São Luiz Rei", que estava em fase final de construção e pertencia a uma associação de beneficência, constitui fato deplorável, que abalou tôda a cidade do Rio de Janeiro. Movida ação penal contra diversos engenheiros foram a final absolvidos os responsáveis pela sondagem do terreno, pelo cálculo das estruturas e pela construção da estrutura do prédio. O engenheiro responsável pelo estaqueamento do edifício, no entanto, foi condenado às penas do art. 256 § único Código Penal.

O Tribunal de Alçada da Guanabara por sua 2.ª Câmara Criminal, deu provimento à Ap. Crim. 419, relator o eminente juiz HAMILTON MORAES E BARROS, para absolver o apelante.

Assinala o bem lançado acórdão que "a construção de um edifício é, hoje, tarefa de muitos", sendo indiscutível a diversificação de tarefas. "Cada emprêsa tem tarefa especial e trabalha com base em dados que lhe são fornecidos. Em conseqüência, a responsabilidade dos vários tarefeiros, civil e criminal, limita-se ao que lhes está afeto, e não pode ser ampliada nem presumida. Cumprido o contrato celebrado, afastam-se da cena. Sua vinculação está limitada à perfeita execução, à correta previsão".

O apelante se encarregava de projetar e executar o estaqueamento das fundações, e não de fazer as fundações inteiras. Ficou demonstrado que a ruina do edifício se deveu ao colapso das suas fundações, mas a perícia do Instituto de Criminalística não conseguiu afirmar causas e fixar responsabilidades. Faltaram aos órgãos técnicos os meios necessários para levar a cabo as devidas indagações. O apelante reclamou os exames e prontificou-se mesmo a pagar tôdas as despesas para que se realizassem.

Concluiu o eminente relator que a prova técnica existente nos autos não servia para embasar uma condenação

criminal, "pois o clima intelectual dela é a certeza e não as hipóteses, por mais brilhantes que sejam".

A decisão foi unânime. Em seu voto o ilustre juiz IVÂNIO CAIUBY, referiu-se ao "total desaparelhamento da justiça criminal e dos órgãos do poder público a ela mais estreitamente ligados, para a solução ou esclarecimentos de qualquer problema mais complexo ou menos corriqueiro", observando ainda: "o que mais constrange ainda é que, numa éra de *sêde de reformas*, não se cuide de dotar a Justiça Criminal de meios materiais eficazes para a consecução de seus fins". Absolveu também o apelante porque não ficou demonstrado que o estaqueamento tenha cedido por fato que lhe era imputável. E concluiu, com exatidão: "havendo possibilidade fundada, por menor que seja, de que o réu não seja culpado, não pode ser condenado. Para a condenação criminal, é necessária pelo menos a prova concreta da culpa pessoal".

Rufianismo e proxenetismo. Incompatibilidade

As Câmaras Criminais Reunidas do T. J. da Guanabara decidiram, na Rev. Crim. 5.213, relator o ilustre Des. AMILCAR LAURINDO, que o rufianismo não pode concorrer com a mediação para satisfazer a lascívia de outrem, quando a ação é dirigida contra a mesma pessoa. Se a prostituição já existe como forma profissional de saciar a lascívia alheia e indeterminada, será possível o favorecimento à continuidade de um estado pré-existente, mas nunca o induzimento particular e determinado. Entendeu ainda o Tribunal qu ea afirmação da vítima, só por sí, em delito de tal natureza, não pode conduzir à condenação. Decisão unânime. *(Revista de Jurisprudência,* 13/339).

Casa de prostituição. Inépcia da denúncia

No h. c. 43.460, julgado pela 3.ª Turma do STF, decidiu-se por unanimidade anular o processo, afirmando a inépcia da denúncia oferecida pelo crime de casa de prostituição, a qual se limitava a imputar ao paciente a prática do delito com a simples menção do *nomen juris*. É evidente que a denúncia em tais condições desatende ao que prescreve o art. 41 Código de Processo Penal. Relator o Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA. *(Revista Trimestral de Jurisprudência* 40/528).

Casa de prostituição. Locação

Decidiu a 3.ª Turma do STF, relator o eminente Min. LUIZ GALLOTTI, que não pratica o crime do art. 229 Código Penal quem aluga imóvel a prostitutas para que nêle exerçam a sua atividade. A ordem foi concedida unânimente, por ausência de justa causa.

Estamos de acôrdo em que não se configura o crime do art. 229 na hipótese. Parece-nos, no entanto, irrecusável que o fato constitui o crime do art. 228 Código Penal (favorecimento da prostituição). (*Rev. Trim. Jurisprudência* 41/33). Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 103, com indicação de outras decisões a respeito.

Miserabilidade. Prova

A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual é privada, como dispõe o art. 225 do Código Penal. Todavia, a ação será pública, mediante representação, "se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família".

A prova da miserabilidade é geralmente feita através de atestado fornecido pela autoridade policial.

No julgamento do h. c. 46.706, relator o ilustre Ministro ADAUTO LÚCIO CARDOSO, decidiu a 2.ª Turma do STF, por unanimidade, que a miserabilidade "não carece de atestação quando resulta com segurança de condição da vítima, no caso empregada doméstica em cidade do interior, notòriamente incapaz de fazer face às despesas de ação privada". Decisão perfeita. *(D. J.*, 25/4/69, pág. 1.638).

Corrupção de menor. Inexiste se o menor é pessoa já corrompida

Concedeu a 2.ª Turma do STF, o h. c. 43.496, relator o eminente Min. VICTOR NUNES LEAL, em caso de corrupção de menor que se revelou ser pessoa já corrompida. Foi a denúncia oferecida em rumoroso inquérito realizado no Rio de Janeiro, envolvendo artistas de televisão e diversas outras pessoas, acusadas da prática de atos libidinosos com menores.

Em relação ao paciente ,estudante da Universidade Católica, a denúncia o acusava de ter dormido com menor de 17 anos, vinda de São Paulo, que nos dias anteriores participara de tôda sorte de excessos sexuais com outros homens, no mesmo local. O impetrante instruiu o pedido com o depoimento da suposta vítima, com o qual se demonstrava que em São Paulo não tinha domicílio certo, procurando sempre homens para ter onde dormir.

O T. J. da Guanabara havia denegado o pedido (h. c. 21.142, relator Des. MAURÍCIO EDUARDO RABELLO, *in Rev. Jurispr.*, 13/363), afirmando que nossa lei não distingue graus na corrupção.

Em seu voto, o Min. VICTOR NUNES LEAL realizou um confronto entre a denúncia e os elementos em que se apoiava (o que é perfeitamente lícito, "para que o poder de denunciar não degenere em abuso de poder, que recai no âmbito do *habeas corpus*"), concluindo: "É forçada, no caso, a teoria da corrupção gradativa, em se tratando de menor com quase dezoito anos, que já tivera a infelicidade de se prostituir, entregando-se por dinheiro a homens diversos". O Min. EVANDRO LINS E SILVA também reconheceu que a menor "já tinha chegado a elevado grau de corrupção". Não é possível a corrupção de menor já corrompida. Para o conceito de pessoa já corrompida, cf. FRAGOSO, *Lições*, II, pág. 522. Ficou vencido o ilustre Min. OSWALDO TRIGUEIRO, que afirmava não poder, em *habeas corpus*, examinar a prova necessária à concessão da ordem. *(Rev. Trim. Jurispr.*, 42/119).

É evidente que não há corrupção de menores nos casos de *fornicatio simplex*. (Cf. *Rev. Trim. Jurispr.*, 33/110). Veja-se também a decisão proferida pela 2.ª Turma do STF, no h. c. 43.417, relator Min. VILAS BOAS, D. J., de 19/10/66, pág. 3.636. A corrupção de menores não pode ser considerada uma espécie de soldado de reserva nos crimes contra os costumes, não sendo, como evidentemente não é, sucedâneo de outro crime sexual. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 93.

No voto do excelente Min. VICTOR NUNES está consignada uma advertência importante que julgamos oportuno reproduzir: "O processo a que se refere êste *habeas corpus* desvela uma parte dêsse grave problema social, que é a prostituição precoce. Sem ser privilégio do nosso país ou do nosso tempo, êle apresenta dificuldades peculiares nas atuais condições de vida das autoridades, que é de todo louvável, em prevenir e reprimir o favorecimento ou a exploração do meretrício, nas grandes metrópoles. Mas o zêlo não pode incluir, indiscriminadamente, na etapa preparatória da corrupção de

menores, atos isolados de simples comparsaria, que são moralmente condenáveis, mas não punidos pela lei penal".

A 2.ª Câmara do T. J. da Guanabara, na Ap. Crim., 43.819, relator o excelente Des. OLAVO TOSTES FILHO, declarou que não se configura o crime de corrupção de menor "se o acusado apenas acede ao congresso sexual com menor experimentada não se registrando nenhum ato ou palavra de aliciamento ou destruição do pudor da indigitada ofendida". Diz ainda o acórdão: "A tônica do dispositivo legal está no verbo corromper e não na prática da libidinagem, de sorte que é necessário que se comprove que o agente tenha procedido de modo a minar a resistência da menor, vencer o seu pudor, atraí-la ou despertar-lhe a concupiscência, com palavras blandiciosas ou afagos libidinosos" (*Rev. de Jurisprudência*, 14/311).

No h. c. 44.566, considerou a 2.ª Turma do STF a situação de homem casado que se desquitou, passando a viver maritalmente com a menor, havendo três filhos dessa união. O paciente fôra condenado pelo juiz de primeira instância, sendo denegado o h. c. que impetrou ao T. J. do Rio Grande do Sul. Em seu voto, afirmou o excelente relator, Min. EVANDRO LINS E SILVA: "Na verdade, o que é corromper, senão perverter, degradar, desnaturar, torcer, moralmente, o espírito da jovem? Isto é que é corrupção. Penso que o elemento subjetivo do crime, tal como está descrito na sentença, não se configurou. O tipo penal não é apenas a definição objetiva dada na lei; compreende também a parte subjetiva da ação do acusado. No caso, a meu ver, não existe o crime de corrupção de menor. O paciente, ao possuir essa môça, tinha o propósito de com ela viver, como vive, maritalmente tendo dela três filhos".

É evidente a mudança de costumes, em nossa época, em relação ao fato do desvirginamento, que impõe a nosso ver uma visão distinta de alguns crimes contra a liberdade sexual. Com a penetração e o brilho habituais, observou o Min. ALIOMAR BALEEIRO que é hoje diversa a condição da mulher que não é mais virgem: "Hoje, sabemos que ela assume uma profissão, tem vida própria e equilibrada, como em inúmeros países. A própria família não tem mais o preconceito de atirá-la à prostituição como uma vindita como meio de lavar a face... Hoje, ela trabalha, leva sua vida normal, inclusive tem sua vida afetiva. Pode não ser da igreja, mas não é em si mesmo uma vida condenável sob o ponto de vista dos costumes. A moral é condicionada ao tempo". (*Rev. Trim. Jurisprudência*, 44/271).

Sedução. Idade da vítima

Julgando o Rec. Extr. 61.083, relator o ilustre Min. LUÍS GALLOTTI, a 3.ª Turma do STF considerava a questão da prova da idade da ofendida nos crimes contra os costumes. Tratava-se de revisão criminal e o acórdão recorrido afirmava: "O exame médico é o meio legal, seguro e aconselhado pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência para a determinação da idade da ofendida nos crimes de sedução, quando a vítima não foi registrada ou é inoperante o seu registro de nascimento". No caso, o registro de nascimento foi realizado após o fato que se afirmava ser delituoso, mas a certidão de batismo indicava ter a vítima mais de 18 anos.

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, com inegável acêrto. O exame médico-legal de idade é sempre precário e aproximativo, não sendo possível nele basear a condenação criminal, que exige sempre certeza. O STF já decidiu que o exame médico da vítima, na ausência de registro civil, não pode constituir prova de idade, para autorizar a condenação (*Rev. Trim. Jurisprudência*, 41/497).

Diversa é a questão de saber se o registro de nascimento posterior ao fato impede o recebimento da denúncia. A resposta aqui é, evidentemente, negativa, e nesse sentido decidiu a 3.ª Turma do STF no h. c. 44.047, relator o ilustre Min. HERMES LIMA, que ficou, aliás, vencido. Como afirmou, com exatidão o Min. ELOY DA ROCHA, a questão é de prova. Se o registro não tem validade, a prova da idade poderá ser suprida pelos meios regulares, como, por exemplo, a certidão de batismo. "De outro lado, acrescentou, chegaríamos à conclusão de que, não tendo sido registrado o nascimento da ofendida, ainda que, na instrução, se pudesse comprovar a menoridade, fôsse o caso de sedução, como aqui, ou fôsse o caso de estupro, não se caracterizaria o crime". (*Rev. Trim. Jurispr.* 44/76).

Receptação dolosa do mediador e receptação culposa do adquirente. Compatibilidade

Julgando a Ap. Crim. n.º 46.588, a 2.ª Câmara Criminal do T. J. da Guanabara, relator o ilustre Des. ROBERTO MEDEIROS, afirmou a compatibilidade entre a ação dolosa do mediador e a ação culposa do adquirente, na receptação. Na hipótese, um dos agentes sabendo que a coisa era produto de crime, influiu para que o outro a recebesse, havendo grande desproporção de valores. Seguiu-se, assim, a orientação da doutrina (HUNGRIA, *Comentários*, vol. VII, pág. 297; MAGALHÃES NORONHA, *Crimes contra o Patrimônio*, 2.ª Parte, pág. 434). Não há, em tal caso, concurso de agentes, pois o concurso é incabível entre ação dolosa e ação culposa, mas dois crimes autônomos, praticados por cada um dos agentes (*Rev. Jurispr.*, 14/323). Essa decisão é tanto mais correta quanto no art. 180 Cód. Penal, há tipo misto *cumulativo* e não *alternativo*. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Conduta Punível*, 1961, págs. 137 e 205 e a bibliografia ali citada.

Receptação

No h.c. 43.758, a 2.ª Turma do STF, relator o ilustre Min. ALIOMAR BALEEIRO, decidiu que não pode prevalecer condenação pelo crime previsto no art. 180 do Código Penal *caput*, se não estabelece a denúncia as razões de convicção acerca do conhecimento concreto do crime pelo comprador. A receptação dolosa exige dolo direto e não pode ser praticada com dolo eventual. O receptador deve saber que a coisa que recebe, adquire ou oculta é produto de crime, não bastando a dúvida, com a aceitação do risco.

Entendeu o STF que o crime seria o do art. 180 § 1.º Cod. Penal, sendo culposa a receptação. Como tal crime estaria prescrito, foi a ordem concedida. Há precedentes a justificar êsse procedimento. Decisão unânime. (*Rev.* Trim. Jurispr., 41/536).

No *h. c.* 44.070, da 1.ª Turma, relator o eminente Min. ADAUTO CARDOSO, reafirmou o Tribunal que a receptação dolosa só se configura "quando indubitável a prova de que o receptador sabia que a coisa adquirida, recebida ou ocultada era produto de crime". A decisão foi, igualmente, unânime. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41/545).

Quanto ao dolo no crime de receptação, convém acrescentar alguns dados. Para que tal crime se configure, em nosso direito, é necessário que o agente tenha *conhecimento inequívoco* de que a coisa adquirida, ocultada ou recebida é produto de crime. Ao contrário do que sucede na generalidade dos casos, o crime previsto no art. 180 Cod. Pen. não pode ser praticado com

dolo eventual, representado, como diz MANZINI, por uma situação de dúvida. Isso resulta da própria descrição da conduta típica: "Adquirir, receber ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, *coisa que sabe ser produto de crime*".

Porisso mesmo, a doutrina e a jurisprudência afirmam, invariàvelmente, ser necessária a *certeza* da origem criminosa do objeto material da ação, o que ocorre mesmo perante legislações que não se referem ao aspecto subjetivo do comportamento na própria definição do delito.

Assim, SEBASTIAN SOLER, o maior penalista da América, em seu notável tratado (*Derecho Penal Argentino*, vol. V, 1963, pág. 247), ensina que o crime "não consiste em comprar de má fé, senão em perturbar a ação da justiça, e uma figura dêsse tipo requer necessàriamente a *certeza* acerca da procedência delituosa da coisa adquirida".

MANZINI (*Trattato*, vol. IX, pág. 897), perante o direito italiano adverte: "*Non basta il semplice* dubbio, *ancorche esso equivalga evidentemente alla scienza (alternativa) della provenienza delittuosa. L'art*, 648, *infatti, esige la* certezza".

No mesmo sentido, DE MARSICO (*Delitti contro il patrimonio*, 1951, pág. 224): "*Ed anche qui il dolo come coscienza (nel momento rapresentativo) del valore dell'atto si riafferma, essendo necessario che l'agente non solo operi su cose effettivamente provenienti da delitto, ma abbia la* certeza *di tale provenienza*".

Finalmente, nosso grande mestre HUNGRIA (*Comentários*, vol. VII, pág. 299), é decisivo: "É preciso que haja *certeza* da proveniência criminosa da coisa. Se o agente procede na *dúvida*, o que se apresenta é a receptação culposa. Esta será reconhecida ainda quando o agente proceda com *dolo eventual*. O texto do art. 180 é iniludível: não basta que o agente tenha razões para *desconfiar* da origem criminosa da coisa, pois cumpre que *saiba* tratar-se de produto de crime. É imprescindível o *dolo direto*, isto é, o conhecimento positivo de que se está mantendo a situação ilícita decorrente de um crime anterior".

A jurisprudência também exige, invariàvelmente, a *certeza*: "Desclassifica-se o delito para receptação culposa, se não há prova de que o réu tinha *certeza* da proveniência criminosa da coisa" (*Rev. For.*, 158/415). "Sem a *certeza* de que o agente sabia ser produto de crime a coisa comprada, não se configura a receptação dolosa" (*Rev. For.* 180/348). "Para que se configure a receptação dolosa, imprescindível é que haja a *certeza* da proveniência criminosa da coisa; se o agente procede na dúvida, o que se apresenta é a receptação culposa, que será também reconhecida quando o agente procede com dolo eventual" (*Rev. For.*, 192/382). "Se os autos não ministram elementos seguros de que o acusado tinha a *certeza*, sabia da procedência criminosa do objeto adquirido, não há cogitar-se do delito de receptação dolosa" (*Rev. For.*, 185/341). "Não há receptação dolosa senão quando se apura que o agente sabia *com certeza* que a coisa receptada era produto de crime" (*Rev. For.*, 94/146). "Sem *certeza* de que o receptador sabia ser a coisa receptada o produto de um crime, não há receptação dolosa; se apenas devia êle presumir esta circunstância, o crime é de receptação culposa" (*Rev. Tribs.* 142/701).

O elemento "certeza" aparece, nas decisões que invocamos, com um duplo aspecto. Exige-se, por parte do agente, *certeza* de que a coisa é produto de crime, e, por outro lado, exige-se, por parte do julgador, *certeza* de que o agente sabia da proveniência delituosa, ou seja, certeza sôbre a certeza.

Êsse último aspecto nada tem de peculiar ao crime de receptação, pois é essencial a tôda condenação. Como dizia JEAN PATARIN (*Le particularisme de la theorie des preuves en droit pénal*, no volume *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Paris, 1956, pág. 57): "*La recherche d'une certitude parfaite se révelè une exigence particulièrement impérieuse du droit penal*".

Cheque sem fundos. Tolerância do credor

A tolerância do credor, concordando em aguardar certo prazo para apresentação do cheque que lhe foi dado como pagamento à vista é indiferente, pois ocorre após a consumação do delito. Nesse sentido decidiu, com exatidão, a 1.ª Turma do TSF, no h. c. 43.823, relator o eminente Min. EVANDRO LINS E SILVA, por unanimidade (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41/757).

Cheque em garantia de dívida. Ônus da prova

Compete ao emitente provar que o cheque foi dado em garantia de dívida, quando sua aparência é formalmente incensurável.

A 2.ª Câmara do T.J. da Guanabara, na Ap. Crim. 46.107, relator o ilustre Des. ROBERTO MEDEIROS, por unanimidade decidiu que "quem pretende que cheque de sua emissão, ou de terceiro, não é o que a lei diz que êle é, isto é, ordem de pagamento à vista, mas promessa de pagamento, ou garantia de dívida, deve prová-lo cumpridamente". (*Rev. Jurispr.*, 14/318).

Cheque sem fundos. Não há identidade jurídica entre endôsso e emissão

No h. c. 21.242, afirmou a 2.ª Câmara Criminal do T.J. da Guanabara, sendo relator o ilustre Des. ROBERTO MEDEIROS, que não há identidade jurídica entre emissão e endôsso de cheque, de tal modo que não é possível incluir a ação de endossar no tipo do art. 171 § 2.º, VI Cód. Penal. Na hipótese, o cheque sem fundos fôra emitido por determinada pessoa e depositado em conta de outra, que o endossou.

Não obstante as opiniões em contrário de NELSON HUNGRIA, BENTO DE FARIA e MAGALHÃES NORONHA, entendeu a Câmara que "não há equiparar *para efeitos penais* emissão de cheque sem fundos e endôsso de cheque sem fundos", sem recurso à analogia. Nesse sentido é, aliás, a lição de SOLER (*Der. Pen.*, V, pág. 427) e ALBERTO S. MILLAN (*El cheque*, 1958, pág. 135).

Parece-nos correta a orientação do Tribunal. O que existe nesses casos é geralmente co-autoria, sempre que o endôsso seja realizado quando o cheque é lançado em circulação, ou seja, antes do momento consumativo do crime. (*Rev. Jurispr.*, 16/351). Não se exclui, por outro lado, que a utilização fraudulenta do cheque sem fundos, por meio do endôsso, possa constituir um estelionato em seu tipo fundamental (art. 171 *caput*).

Cheque sem fundos. Competência

Considerando o crime de emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos *material*, entende o STF, em jurisprudência pacífica, que o momento consumativo do delito, é aquêle em que o cheque é apresentado, verificando-se a inexistência de fundos.

Em conseqüência, a competência determina-se pelo domicílio do banco sacado. Assim voltou a decidir o Tribunal, por sua 1.ª Turma, no Conflito de Jurisdição n.º 3.957, relator o ilustre Min. VICTOR NUNES LEAL, sem divergência (*Rev. Trim. Jurisprudência*,

42/414). Mesma decisão foi dada no Confl. Jurisd. 3934, relator o ilustre Min. DJACI FALCÃO, por unanimidade (*Rev. Trim. Jurispr.*, 43/645).

A 2.ª Câmara Criminal do T.J. da Guanabara, no Rec. Crim. 6.443, decidiu que o crime se consuma "na ocasião em que o sacador entrega o cheque ao tomador, com o engano e o prejuízo dêste, embora só ulteriormente se torne conhecida a fraude". Êsse é o entendimento correto, como temos repetidamente afirmado. Foi relator o ilustre Des. ROBERTO MEDEIROS. (*Rev. Jurispr.*, 17/416).

Cheque sem fundos. Exigência de vantagem ilícita

A 2.ª Turma, por unanimidade, concedeu a ordem impetrada no h. c. 43.767, num caso em que o paciente fôra condenado por emissão de cheque sem fundos, que posteriormente havia sido pago. O v. acórdão não revela o montante do cheque, nem em que fase ocorreu o pagamento. O eminente mestre Min. HAHNEMANN GUIMARÃES, em seu voto, no entanto, afirmou: "Dou provimento ao recurso, para conceder a ordem pedida, visto como o paciente não auferiu vantagem ilícita com a emissão do cheque, que foi pago". O cheque sem fundos é, assim, integralmente vinculado ao estelionato, em circunstâncias privilegiadas, aliás, pois se exclui inclusive a punibilidade da tentativa. A decisão foi unânime. Todavia, ao que parece, as circunstâncias especiais do caso concreto explicam a decisão, pois no h.c. 43.644, da mesma turma, relator o Min .HAHNEMANN GUIMARÃES, a ordem foi denegada, num caso em que o pagamento do cheque se fêz 3 anos após a sua emissão e 1 ano e 4 mêses após a denúncia, com a afirmação corretíssima e irrecusável de que a reparação do dano não exclui a punibilidade (*Rev. Trim. Jurispr.*, 40/327 e 532).

No h. c. 43.625, da 1.ª Turma, relator o lustre Min. EVANDRO LINS E SILVA, concedeu-se a ordem em caso de pagamento, não estando também esclarecida a fase em que tal pagamento se realizou, considerando o reduzido valor (menos de cinco cruzeiros novos). Em seu voto o relator concedeu a ordem por ausência de justa causa, "como temos reconhecido em casos análogos de cheques de reduzido valor, e que tenham sido pagos ao credor". (*Rev. Trim. Jurispr.* 40/32). O mesmo fundamento prevaleceu no h.c. 43.570, igualmente decidido por unanimidade pela mesma turma, sendo relator o mesmo Min. EVANDRO LINS. Tratava-se de um cheque de sete e meio cruzeiros novos. Nessa oportunidade o eminente juiz fêz as considerações que julgamos útil transcrever:

"Na verdade o cheque se tem desvirtuado de sua finalidade, em grande número de operações. Daí a tendência em receber com reservas as acusações de crime de fraude no pagamento por meio dêsse título. Em livro recente, CASAMAYOR, juiz da Côrte da Cassação de Paris, assinala como os cheques sem provisão de fundos congestionam os serviços da Justiça criminal, no mundo contemporâneo. E informa que, no Japão, "aquele que emite um cheque em fundos se vê simplesmente privado de seu talão e proibido de abertura de conta em banco" (*La justice, l'homme et la liberté*, 1964, p. 207/8). Vê-se a tendência de retirar do Código Penal tal infração, para fazê-la sofrer sanções de natureza administrativa. Razões de ordem prática, entre outras, aconselham essa solução, inclusive para aliviar os cartórios criminais de uma infinidade de processos dessa natureza. Há estatísticas alarmantes, que indicam ser vultosíssima a quantidade de inquéritos e ações penais por tal crime, sem que a justiça disponha de meios e recursos para poeirar, em tempo razoável, os casos de

efetiva fraude em que o beneficiário do cheque o recebeu como garantia de dívida". (*Rev. Trim. Jurispr.* 40/474).

Se algumas dessas considerações são admissíveis de *lege ferenda*, é difícil, a nosso ver, *data venia*, conciliá-las com nosso direito positivo. Cf. sôbre o assunto, em posição crítica, HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.os 74 e 76.

Referindo-se ao pagamento feito pelo banco sacado, em confiança, no h. c. 43.693, da 1.ª Turma, relator o Min. EVANDRO LINS E SILVA, por unanimidade afirmou-se que em tal hipótese há crime e não tentativa impossível, pois a hipótese é de fraude. Como se sabe essa é uma das questões controvertidas em nosso direito, em matéria de cheque. Aqui, porém, cogitava-se de pagamento feito em cheque depositado para compensação em outro banco, sendo pago *antes* da compensação, em confiança. Não pode haver dúvida quanto à existência de crime. (*Rev. Trim. Jurispr.* 40/323).

No julgamento do h.c. 43.598, relator o Sr. Min. PRADO KELLY, decidiu por unanimidade a 3.ª Turma que o pagamento do valor do cheque (no caso, Cr$ 187,00), *antes* do oferecimento da denúncia, desautoriza a condenação por crime previsto no art. 171 § 2.º n.º VI Cod Penal. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41/754). No mesmo sentido decidiu a 3.ª Turma, no h.c. 43.701, relator o Sr. Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, por unanimidade (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41/756), bem como a 2.ª Turma, no h.c. 44.274, relator o eminente Min. HAHNEMANN GUIMARÃES (*Rev. Trim. Jurispr.*, 42/188).

No h.c. 44.170, julgado pelo Tribunal Pleno, sendo relator o ilustre Min. ADAUTO CARDOSO, foi a ordem concedida, contra o voto do Min. ELOY DA ROCHA, porque o cheque (cujo montante não foi mencionado) foi pago antes da denúncia (*Rev. Trim. Jurispr.*, 42/528). Veja-se também o h.c. 44.182 (Tribunal Pleno), em que o cheque de Cr$ 370,75 foi pago *antes* da denúncia. A ordem foi concedida (contra os votos dos Ministros ELOY DA ROCHA e VICTOR NUNES LEAL), afirmando-se na ementa que na hipótese *não estava caracterizada a fraude*. Isso significa que a fraude depende do pagamento posterior, o que nos parece, *data venia*, inadmissível (*Rev. Trim. Jurispr.*, 43/29).

O STF, como se vê, tem atribuido ao pagamento o efeito de extinguir a punibilidade, de forma bastante imprecisa. Dir-se-ia que o abandono dos princípios jurídicos que regem a matéria conduziu à incerteza e à insegurança.

Em vários acórdãos não encontramos referência nem ao valor do cheque nem ao tempo em que o pagamento se efetuou. Pensamos, no entanto, que a doutrina dominante pode ser assim sintetizada: o pagamento do cheque, qualquer que seja o seu valor, *antes* da denúncia, extingue a punibilidade. Se o pagamento for efetuado *depois da denúncia*, só se extinguirá a punibilidade, se se tratar de cheque "de ínfimo valor". De ínfimo valor, têm sido considerados cheques que não ultrapassam a Cr$ 10,00.

Um bom exemplo dessa orientação encontramos no h.c. 43.899, decidido por unanimidade pela 1.ª Turma, relator o ilustre Min. VICTOR NUNES LEAL (*Rev. Trim. Jurispr*, 42/662). Tratava-se de um cheque de Cr$ 200,00, pago *após* a denúncia. A ordem foi denegada, afirmando o ilustre relator que "o resgate do cheque após o início da ação penal, embora antes da sentença, não poderia ter o efeito de extinguir a punibilidade".

O TFR, por maioria, no h.c. 1.539, em que foi relator o eminente Min. ANTÔNIO NEDER, afirmou corretamente que o crime prevista no art. 171, § 2.º n.º VI, é formal. Dissentiu apenas o ilustre Min. AMARÍLIO BENJAMIN. Assinalou o relator que "perante nosso

Código, o interêsse imediatamente protegido não é a segurança patrimonial do tomador ,mas a confiança no cheque como ordem de pagamento" (*TFR Jurispr.*, 14/116).

Já tivemos ocasião de criticar a doutrina do STF em matéria de cheque, a qual, *data venia* nos parece insustentável. Ela equivale a transferir o momento consumativo do crime para a denúncia, e assim mesmo se o cheque não for de *ínfimo valor*. O que estamos vendo é a polícia transformar-se em instrumento de coação para a cobrança de cheques.

Prescrição. Contagem de prazo

A natureza da prescrição determina o critério para a contagem do prazo, que é diverso, considerando-se o que dispõe o Cod. Penal (art. 8) e o Cód. Proc. Penal (art. 798 § 1.º). No h. c. 43.608, a 1.ª Turma, por unanimidade, relator o Min. OSWALDO TRIGUEIRO, decidiu que a contagem se deve fazer incluindo o dia do início, vale dizer, pelo critério do Código Penal. (*Rev. Trim. Jurispr.*, 40/114). O TFR também já decidiu que no prazo se inclui o dia do começo (H. C. n.º 1.512) e o T.J. da Guanabara já se pronunciou no sentido de que a prescrição é de direito substantivo (*Rev. Jurispr.*, 12/155), embora entendesse, em outra oportunidade, que, no caso de perempção, a contagem se faz pelo Cód. Proc. Penal (*Rev. Jurispr.* 11/318).

Julgamos que a respeito da prescrição, deve prevalecer a teoria mista, que reconhece o seu caráter material e processual (HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudncia Criminal*, n.º 42), devendo a contagem fazer-se pelo Código Penal.

A prescrição começa a correr da data do *recebimento da denúncia*, e não do dia em que foi apresentada. Assim decidiu o STF, por sua 1.ª Turma, relator o ilustre Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, no h.c. 43.169. Decisão unânime. Antes de recebida a denúncia não produz seus efeitos jurídicos (*Rev. Trim. Jurispr.*, 41/530).

Crime comissivo por omissão. Exige o dever jurídico de impedir o resultado

A 2.ª Câmara do Tribunal de Alçada da Guanabara, na Ap. Crim. 2.085, relator o ilustre juiz WELLINTON PIMENTEL, por unanimidade, decidiu que os crimes comissivos por omissão exigem sempre a ocorrência de dever jurídico de impedir o resultado.

Na hipótese, tratava-se do crime de desabamento culposo (art. 256 Cód. Penal), atribuído à omissão do apelante. Afirmava-se ser êste responsável pelo imóvel, que ruiu, matando duas pessoas e ferindo outras. Não era o apelante proprietário do imóvel, que efetivamente não utilizava. O prédio havia sido alugado, há muitos anos, a firma de engenharia pertencente ao falecido pai do réu. A emprêsa do apelante pagava a um vigia, que era antigo empregado da locatária original.

Essa decisão nos dá oportunidade para algumas observações de interêsse.

O crime previsto no art. 256 Cód. penal não exige tenha o agente qualquer qualidade ou condição pessoal: pode ser praticado por qualquer pessoa. Trata-se de crime *comissivo*, que poderia ser cometido por qualquer pessoa que, através de um comportamento ativo, causasse desmoronamento.

Como todo crime comissivo, êste também pode ser praticado *por omissão*, constituindo um *crime comissivo por omissão*.

A Dogmática Jurídico Penal tem suscitado questões difíceis e altamente controvertidas, no que concerne a tal categoria de delitos, seja pelas dúvidas a que dá lugar a causalidade da omissão, seja pela identificação do dever jurídico de atuar.

É fóra de dúvida, porém, que tais crimes não se configuram *sem que o agente tenha o dever jurídico de impedir o resultado*. Não há omissão sem transgressão de dever jurídico de atuar. A omissão não é simples não fazer, mas *não fazer algo* que o agente podia e *devia* realizar. Como nos crimes comissivos por omissão se exige, para a configuração do delito, a superveniência de um resultado, o dever jurídico de atuar é aqui *um dever jurídico de impedir o resultado*. O que dá vida ao ilícito é o fato de o agente não evitar o acontecimento que tinha o dever de impedir.

Porisso, a doutrina tradicional afirma que os crimes comissivos por omissão apresentam antijuridicidade especial, consistente na violação de um dever jurídico de agir.

Já CARRARA (*Programma*, § 30) dizia que os crimes de pura inação não podem ser concebidos senão nos casos em que alguém tenha *direito exigível à ação omitida*. VON WEBER (*Grundriss des Strafrechts*, 1949, pág. 58) sustenta que é *pressuposto* da omissão que haja um dever jurídico de agir, afirmando que as proibições se dirigem a qualquer um, mas as ordens, só a um restrito número de pessoas. Daí conclui HÖPNER (*Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte*, 1916, pág. 115) que a omissão só pode ser equiparada à ação se for preliminarmente estabelecida a sua antijuridicidade, ensinando SCHÖNKE-SCHRÖDER, em seus preciosos comentários ao Código Penal alemão, que tìpicamente a omissão só pode corresponder à ação quando existe uma especial relação de dever (*Pflichtverhältnis*), por fôrça da qual o agente é chamado a afastar o resultado típico, através de fôrças que se lhe oponham.

Em tais crimes, o agente surge como *garantidor* da não superveniência do resultado. É de mister que o agente tenha assumido ou que lhe tenha sido imposta a função de garantia da não superveniência do resultado típico. Não basta um dever *quem vis ex populo*. Essa visão dogmática dos crimes comissivos por omissão é corrente hoje na doutrina. Cf. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 1957, pág. 239; WELZEL, *Deutsches Strafrecht*, 1962, pág. 184; SCHÖNKE - SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1962, pág. 27; ANTOLISEI, *Manuale de Diritto Penale*, 1963, página 180; BETTIOL, *Diritto Penale*, 1966, pág. 218; ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, vol .I, pág. 307 (edição de 1956).

Afirma-se, assim, a exigência de *dever jurídico de atuar*, como elemento essencial dos crimes comissivos por omissão.

Nosso Código Penal vigente é omisso, em relação às fontes do dever jurídico de atuar necessário aos crimes comissivos por omissão. Alguns códigos limitam-se a deixar assentada a exigência de um *dever jurídico de impedir o resultado*. É o caso do Código italiano (art. 40): "*Non impedire un evento, che si ha l'obbligo di impedire, equivale a cagionarlo*". No mesmo sentido o Código grego, de 1950 (art. 13): "Quando a lei exige, para fundamentar um fato punível, determinado resultado, o não impedimento do resultado equipara-se à causação do mesmo, se o acusado omite especial dever jurídico de evitá-lo". Assim também o Código iugoslavo, de 1951 (art. 22).

A doutrina supre a deficiência da legislação estabelecendo, desde FEUERBACH, que êsse dever jurídico pode emanar da lei, do contrato ou de atividade anterior do próprio agente, causadora do perigo.

Os projetos de lei mais recentes procuram estabelecer claramente tais pressupostos dos crimes omissivos impróprios. O projeto Nelson Hungria, no art. 14 § 1.º dispunha: "A omissão é relevante como causa quando quem omite devia e podia agir para evitar o resul-

tado, decorrente êsse dever seja da lei, seja de relação contratual ou de perigosa situação de fato criada pelo próprio omitente, ainda sem culpa." O texto definitivo apresenta redação superior.

Os anteprojetos Soler (art. 10) e Eduardo Correia (art. 7 § 1.º) seguiram a mesma orientação.

São três, portanto, as fontes do dever jurídico de impedir o resultado: a lei, o contrato e a precedente atividade criadora do perigo.

A mãe que deixa de alimentar o próprio filho pequeno, que vem a morrer, responde por homicídio porque a lei (Cód. Civil, art. 231) impõe aos pais o dever de sustento, guarda a educação dos filhos. Pessoa estranha praticaria apenas o crime de omissão de socorro.

A segunda fonte do dever de atuar é o contrato. Neste caso, o dever de atuar e a posição de garantidor surgem de obrigação contratual, quando o agente é obrigado pelos riscos decorrentes. É o caso da enfermeira contratada para velar pelo doente; do professor que se compromete pelo pupilo; do locatário em relação ao imóvel, etc. Cf. ANÍBAL BRUNO, ob. cit., vol. I, pág. 305.

Finalmente, o dever de agir que pode dar lugar aos crimes comissivos por omissão existe também quando o próprio agente provoca a situação perigosa. Quem cria o perigo de dano tem obrigação jurídica de afastá-lo. Porisso se afirma que o dever de agir nesses casos é tácito e resulta do sistema.

Quem põe fogo a um depósito tem o dever jurídico de socorrer os que nele se encontram.

É claro que a culpabilidade exige que o agente tenha consciência da sua posição de garantidor (cf. WELZEL, ob. cit., pág. 191; MAURACH, ob. cit., pág. 245). No exemplo da mãe que omite alimento ao filho, é indispensável que ela tenha conhecimento de sua condição de mãe. No caso do contrato, é indispensável que o agente saiba que é parte obrigada, etc.

No caso submetido a julgamento, pode-se observar que o locatário não tem o dever jurídico de zelar pela solidez do imóvel, se o contrato não o obriga nesse sentido. É que o Código Civil dispõe, em seu artigo 1206: "Incumbirão ao locador, salvo cláusula expressa em contrário, tôdas as reparações, de que o prédio necessitar. § único. O locatário é obrigado a fazer por sua conta no prédio as pequenas reparações de estragos *que não provenham naturalmente do tempo ou do uso*".

Atribui a lei civil ao locatário a obrigação de restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, "salvas as deterioriações naturais ao uso regular" (art. 1192 n.º IV Código Civil).

Não tem, portanto, o locatário *dever jurídico* de zelar pela solidez do imóvel.

Tal dever *a lei* atribui ao locador. Êle poderá ser estabelecido *em contrato*, o que não era o caso, pois a locação não tinha contrato escrito.

Não é possível, em conseqüência, que o acusado tivesse praticado um crime comissivo por omissão, com referência ao desmoronamento, porque não lhe cabia nenhum *dever jurídico de impedir o resultado*. Nem lei, nem contrato lhe impunham tal dever. Não foi êle que, através de sua ação, causou a instabilidade do muro. Essa argumentação da defesa foi acolhida pelo Tribunal.

Crime contra a honra. Interpelação judicial

O T. A. da Guanabara, por sua 1.ª Câmara Criminal, no Rec. Crim. n.º 140, relator o ilustre juiz FABIANO DE BARROS FRANCO, negou provimento por maioria a recurso interposto contra o despacho de juiz que indeferiu interpelação relativa a ofensa relacionada com adultério atribuído por uma

das partes à outra em processo judicial. Entendera o juiz que simples imputação de *adultério*, sem maiores esclarecimentos, constituía apenas injúria, estando coberta pela imunidade judiciária prevista pelo art. 142 CP, n.º I, sendo portanto, incabível a interpelação.

Ficou vencido o excelente juiz EPAMINONDAS PONTES, que, preliminarmente, entendia não ser possível ao juiz pronunciar-se sôbre a interpelação, julgando as explicações dadas satisfatórias, ou não. Invocou em seu apoio a autoridade de NÉLSON HUNGRIA (*Comentários*, vol. VI, n.º 143, *in fine*). A nós também parece irrecusável que a apreciação sôbre as explicações dadas compete ao juiz da ação penal, sob pena de prejulgamento. Feita a interpelação, o juiz deve mandar entregar os autos ao requerente, *sem se pronunciar sôbre as explicações dadas*.

O voto vencido (que aprovamos integralmente) examina com rara precisão a segunda parte da matéria em julgamento. Não seria possível negar a interpelação sob fundamento de que havia apenas *injúria*: "Não houve, pròpriamente, na petição de interpelação uma acusação de calúnia. O que está na petição é que havia uma insinuação do crime de adultério que seria praticado habitualmente pelo interpelante no apartamento que era objeto de uma ação de despejo. Ora, se o interpelante já se julgasse diretamente caluniado, não teria porque interpelar. Se requereu a interpelação, foi porque se viu atingido por grave acusação de adultério mas de modo impreciso. Cabia fôsse espancada a imprecisão com a resposta concreta esclarecendo quando e com quem o interpelante praticara adultério; ou com a resposta reconhecendo tratar-se de acusação leviana, interesseira, visando a levar o juiz do despejo a ter o interpelante como pessoa inidônea, fraudadora do objeto da locação rescindenda e nada mais. No caso, houve insinuação de adultério, parecendo terem sido omitidos detalhes conhecidos. Cabia a interpelação para que fôssem revelados os detalhes insinuados ou para que houvesse o necessário recuo" (*Diário da Justiça*, GB, 20-7-79, pág. 345).

No Código Penal vigente, a imunidade judiciária em caso de injúria ou difamação é absoluta, e será inepta a interpelação quando se tratar de fato que não possa, de forma alguma, constituir calúnia. No caso em julgamento, havia a atribuição de um delito, sem maiores detalhes, podendo surgir da interpelação a ofensa punível.

Injustificável é, aliás, a exigência de imputação detalhada de fato delituoso para configurar a calúnia. Pode o agente atribuir à pessoa ofendida a prática de um crime, omitindo circunstâncias que não excluam a clara referência a um fato concreto. A orientação em sentido contrário de vários tribunais é positivamente incorreta, contrastando com a finalidade da lei. Veja-se a certeira lição de HUNGRIA (*Comentários*, vol. VI, n.º 127). O Código Penal argentino, com a reforma introduzida pela Lei n.º 17.567, em seu artigo 109 (seguindo o Projeto SOLER, art. 146), pune como calúnia a falsa imputação da prática de crime doloso, "ou de uma conduta criminosa dolosa, ainda que indeterminada", visando com isso evitar as dúvidas introduzidas pela jurisprudência dos tribunais.

De notar que no nôvo Código Penal a injúria ou a difamação irrogadas em juízo não serão puníveis, *salvo quando inequívoca a intenção de ofender*" (artigo 149). Introduziu-se assim uma restrição à imunidade judiciária totalmente injustificável. Diante disso, a interpelação será sempre cabível, em caso de ofensa equívoca, qualquer que seja, pois a culpabilidade sòmente será examinada no curso da ação penal.

Estagiário junto à Defensoria Pública e funcionamento no sumário de culpa

Decidiu unânimemente a 3.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, no julgamento da apelação n.º 52.997, que "o estagiário da Defensoria Pública está expressamente autorizado por lei a funcionar "na tomada de depoimentos pessoais", "inquisições e acareações de testemunhas" (Provimento n.º 25, de 4/6/66, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, art. 4.º, letra *b*)".

Data venia do v. acórdão, é precisamente texto expresso de lei — da Lei n.º 4.215 — que proíbe ao estagiário a prática de tais atos, quando os considera *privativos* dos advogados, como *atos de defesa* que inegàvelmente são. O provimento n.º 25 não pode subsistir, porquando colide com a lei, e por essa clave se têm afinado copiosas decisões que declaram a nulidade de processos nos quais hajam funcionado, em inquirições de testemunhas, tão-sòmente os estagiários junto à Defensoria Pública. A substância da questão contudo, prepondera sôbre seu aspecto formal: a liberdade dos cidadãos (comprometida, sem dúvida, por qualquer inabilidade da defesa) é preço muito elevado pelo aprimoramento na formação técnica de novos profissionais. A intervenção de mero estagiário no sumário de culpa corresponde a autêntica experiência *in anima nobile*, por todos os títulos condenável, devendo determinar a nulidade do processo, já que, em boa verdade, estêve o acusado indefeso (*in D. O.* de 15/7/1971, Parte III, *Apenso* ao n.º 132, pág. 522).

Sentença condenatória que se baseia em prova colhida no inquérito policial

Julgando os embargos oferecidos à decisão da Apelação n.º 50.541, as Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara concluíram que *"não se concebe condenação penal calcada exclusivamente nos elementos coligidos no inquérito policial"*, assinalando que "o princípio do livre convencimento não vai tão longe". Foi relator o Des. VALPORÊ DE CASTRO CAIADO, registrando-se a ocorrência de votos vencidos (*in D. O.* de 15/7/1971, Parte III, *Apenso* ao n.º 132, pág. 525).

Parece-nos decisão irretocável. É princípio assente em nosso processo criminal o da subsidiariedade da prova colhida no inquérito (cf. *Rev. For.*, 167/391). O Supremo Tribunal Federal, julgando o H.C. n.º 43.042 anulou sentença criminal que se fundara exclusivamente na prova obtida no inquérito, em decisão-paradigma da qual foi relator o eminente Min. PEDRO CHAVES, que assim se expressou: "A sentença está baseada exclusivamente na prova testemunhal colhida no inquérito, como nela mesma se contém expressamente. Essa prova foi tomada sem observância do princípio do contraditório, em procedimento meramente instrutório, sem defesa do acusado. Sentença baseada em prova dessa natureza é sentença sem fundamentação, é sentença nula, e a prisão conseqüente dela é evidente constrangimento à liberdade do paciente" (cf. *R. T. J.*, 40/744). FREDERICO MARQUES (*in Elementos de Dir. Proc. Pen.*, 1961, v. I, pág. 161) ensina que "só excepcionalmente é que o juiz poderá encontrar no inquérito alguma base para estruturar o seu livre convencimento". A lição é antiga, e os tratadistas da prova sempre se mostraram cautelosos no instante de avaliar provas colhidas em procedimento inquisitorial. De tôdas, a mais suspeita é a confissão, não raro obtida mediante coação física, pelos métodos mais atrozes e repugnantes. MITTERMAYER advertia para o fato, assinalando que *"si la confession ha sido recibida por empleados de policia (...) es necesario desconfiar siempre de los medios de excitación que han empleado"* (*in Tratado de la prueba en Matéria Criminal*, pág. 189). E o professor ROBERTO LYRA, em seu *Passado, Presente e Futuro da Prova Penal*, 1955, pág. 69, estabelece um quadro absolutamente real e significativo das condições sob as quais se costuma obter "confissões" extrajudiciais.

Legislações recentes (entre as quais nosso Código de Processo Penal Militar, art. 9.º) estabelecem expressamente o caráter provisório da instrução realizada no inquérito, cuja única função é fornecer ao Ministério Público um *ponto de partida* para a persecução penal. O M.P. deve provar sua denúncia em instrução sob a garantia constitucional do contraditório, à luz das audiências públicas, submetendo à defesa não só a prova que produz como o *modo* de produção dessas provas; e não considerá-la provada porque a polícia, mantendo-o às vêzes prêso e em situações constrangedoras, na obscuridade de salas onde não é permitido o "ingresso de pessoas estranhas ao serviço", desserviu à Justiça — e à lei — nessa ordem, e ao mesmo tempo.

Prescrição pela pena em concreto

Novamente voltou o Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara a decidir que a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação, seguindo a orientação do Supremo Tribunal Federal, consegrada na *Súmula* n.º 146.

Assim ocorreu no julgamento do H.C. n.º 25.498, pela 1.ª Câmara, do qual foi relator o ilustre Des. VALPORÊ DE CASTRO CAIADO, sendo voto vencido o Des. OLIVEIRA RAMOS (*in D. O.* de 15 de julho de 1971, Parte III, *Apenso* ao n.º 132, pág. 522) ;assim ocorreu novamente na mesma Câmara, no julgamento da Apelação n.º 54.798, com o mesmo relator e mesmo voto vencido (*in D. O.* de 15 de julho de 1971, Parte III, *Apenso* ao n.º 132, pág. 524).

Não temos duvida em afirmar que a melhor interpretação se encontra com o ilustre Des. OLIVEIRA RAMOS. Contudo, diante da invariável orientação do E. Supremo Tribunal Federal, consagrada na *Súmula* n.º 146, deve o problema da prescrição pela pena em concreto, hodiernamente, no Brasil, ser colocado no plano das exigências de igualitária distribuição de justiça, dada a amplitude e pleno acolhimento obtidos por aquelas orientações. A êste aspecto se referia o Min. PRADO KELLY, no julgamento do H.C. n.º 42.987, quando afirmava que *"por mais discutível que seja tècnicamente a conclusão em tal sentido* (no sentido da prescrição) *de inúmeros julgados, fôrça é convir que a orientação invariável, neles seguida, consagra uma concessão liberal, de que não é lícito, pela generalidade e pela extensão de seus efeitos, retratar-se a Alta Côrte* (*in R.T.J.*, 36/359).

A inflexível jurisprudência da Alta Côrte, a respeito, deve assegurar, por um relativo disciplinamento de decisões, a segurança na igualdade do tratamento judiciário. Consignamos, por isso, as duas decisões já mencionadas, tendo em vista que episòdicamente, em composição ocasional de suas Câmaras, o E. Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara negou a prescrição da ação penal aos moldes da *Súmula* n.º 146.

Crime de automóvel. Agravante pela inobservância de regra técnica.

No julgamento do H.C. n.º 48.375, relator o eminente Min. BARROS MONTEIRO, a 1.ª Turma do STF afirmou que a agravante relativa à inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, aplica-se tanto aos motoristas profissionais quanto aos amadores (*Rev. Trim. Jurispr.*, 56/695).

Tratava-se de gravíssimo acidente de trânsito, com pluralidade de vítimas, tendo sido o réu condenado à pena de 2 anos e 3 meses de detenção. Aplicou o Juiz a pena-base de 1 ano e 6 meses, aumentando-a de 1/6 pelo concurso de crimes e de 1/3 pela inobservância de regra técnica, que o magistrado afirmara ter ocorrido com o fato de dirigir alcoolizado e expondo os outros a perigo. Com tal pena excluía-se o direito à suspensão condicional.

Com o *Habeas Corpus* visava o impetrante excluir a parcela de aumento relativa à inobservância de regra técnica (6 meses), reduzindo a pena de modo a permitir a concessão do *sursis*.

Indeferindo o pedido, salientou o ilustre relator que o STF não poderia sancionar a tese que fundamentara a impetração, pois, se é certo que dos motoristas profissionais "se exige a prova de conhecimentos técnicos do veículo" (C.N.T., art. 72, § 1.º), tanto dêles, como dos amadores, reclama-se a mesma habilitação para dirigir (art. 64), o mesmo exame de sanidade física e mental, a ciência das leis e regulamentos do trânsito e a prática de direção na via pública (art. 72, *a*, *b* e *c*).

Acrescente-se que, no momento, conforme noticia a imprensa, os exames psicotécnicos, hoje apenas exigidos para os condutores de veículos de transporte coletivo e de escolares (art. 73) vão ser estendidos a tôdas as categorias de motoristas, conforme o permite, aliás, o § 3.º do mesmo dispositivo do C.N.T.

E, mais: Um e outro estão sujeitos à observância do extenso rol de deveres e obrigações de que trata o art. 82 do mesmo Código".

Reconheceu o relator que a inobservância de regra técnica não estava nos fatos indicados no dispositivo da sentença, mas, sim, no excesso de velocidade, referido na motivação.

Data venia da E. Turma, parece-nos que tinha razão o impetrante, o que não nos parece difícil demonstrar.

Circunstâncias são elementos acidentais que acompanham o fato delituoso e com êle se relacionam (*accidentalia delicti*), influindo na gravidade do malefício, aumentando ou diminuindo a culpabilidade ou a antijuricidade do fato.

As circunstâncias são judiciais (artigo 42) ou legais (arts. 44, 45 e 48), podendo configurar, na Parte Especial, causas de aumento ou diminuição das penas.

No art. 121, § 4.º (como no art. 129, § 7.º) está prevista uma causa especial de aumento da pena aplicável ao homicídio culposo, que opera acrescendo a culpabilidade do agente. Aumenta-se a reprovabilidade do comportamento de quem tenha causado culposamente a morte de alguém

(a) — com inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício;

(b) — deixando de prestar imediato socorro à vítima;

(c) — não procurando diminuir as conseqüências de seu ato; ou

(d) — fugindo para evitar a prisão em flagrante.

A agravação surge através de um *plus* de culpabilidade *e jamais poderia ser reconhecida em elementos que integram a conduta típica ou a definição do delito em sua hipótese fundamental.* Como assinala BURNS (*Strafzumessungsrecht*, 1967, págs. 96 e 335), um dos primeiros erros jurídicos descobertos pela teoria da aplicação da pena foi o da inadmissível dupla valoração de características do tipo, considerados de nôvo pelo juiz na identificação de certas agravantes.

No crime de homicídio culposo e no de lesões corporais culposas, a pena é agravada se o fato foi praticado "com inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício".

Tal dispositivo só se aplica quando se trata de um *profissional*, pois sòmente em tal caso se acresce a medida do dever de cuidado e a reprovabilidade da falta de atenção, diligência ou cautela exigíveis. Se não se trata de um profissional, o componente da culpabilidade não excede o que regularmente se requer para a configuração do crime culposo em sua hipótese típica básica, de modo que o reconhecimento da agravante significaria uma *dupla valoração* inadmissível.

Se alguém constrói um muro divisório de seu terreno e se tal muro vem a ruir causando morte, por ter sido edificado com inobservância de regras técnicas, parece evidente que uma culpa agravada só poderia ter um técnico na construção de muros. Quem, não sendo técnico, se lançasse à construção de um muro, seria apenas culpado da imprudência elementar ao crime culposo.

A maior responsabilidade surge sòmente pelos acrescidos deveres que tem o profissional. Se o muro fôr construído por um profissional, com inobservância dos deveres de seu ofício, a censurabilidade será bem maior, porque *o profissional está adstrito a mais graves responsabilidades.*

Como ensina o nosso excelente ANÍBAL BRUNO (*Direito Penal*, vol. IV, página 129), "não é a imperícia do agente que se torna agravante na primeira hipótese, mas a inconsideração com que age, *desprezando as regras do seu ofício*, e por êsse desinterêsse, provocando o fato punível".

São bem raras, na legislação comparada, disposições semelhantes à de nossa lei. NÉLSON HUNGRIA menciona o *Código holandês*, de 1881 (art. 309), segundo o qual, se o homicídio culposo ou as lesões corporais culposas *"sont commis dans l'exercice de quelquer profession ou emploi, la peine pourra être augmentée d'un tiers"*. Como se percebe, o aumento de pena sòmente é aplicável ao crime cometido "no exercício de qualquer profissão ou emprêgo".

No Código Espanhol (art. 565), também se contempla agravante para o homicídio culposo e as lesões corporais culposas, quando resultarem de "imperícia ou de negligência profissional".

Explica QUINTANO RIPOLÉS (*Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, 1962, vol. I, pág. 106) que a jurisprudência inicialmente aplicava o citado dispositivo legal a todos os condutores de veículos legalmente habilitados, reservando-se posteriormente, no entanto, dita agravação para os condutores profissionais em sentido estrito.

Em outra obra, *Derecho Penal de la Culpa*, 1958, pág. 546, esclarece o saudoso mestre: *"La versión más prudente es la de limitarse a reservar la agravación de ella en casos de profesionalidad estricta, que es el critério ultimamente predominante en la jurisprudência. Entendiendo por profesión de conductor no la mera tenencia del permiso de conducir reglamentaria, como en alguma ocasión se creyó, sino el arte, hábito o continuidad en el empleo que se tiene y ejerce publicamente"*.

De outra forma, argumenta o grande penalista, o cumprimento da obrigação de conduzir com autorização competente constituiria absurda agravação de responsabilidade para o motorista habilitado e inadmissível privilégio para o condutor não habilitado, pois a êste não se aplicaria a agravante.

O antigo § 222 do Código Penal Alemão (modificado em 1940) também mandava aumentar a pena se o crime fôsse praticado com a violação de deveres de cargo, ofício ou profissão. Consultando-se os autores, verifica-se que nenhuma dúvida havia de que a agravante se limitava às ações que constituíssem exercício de uma profissão. Veja-se, por exemplo, WACHENFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1914, pág. 315, e GERLAND, *Deutscres Strafrecht*, 1932, pág. 477.

FRANK (*Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 1931, pág. 474) ensi-

nava que "o fundamento da mais severa punibilidade encontra-se na culpa mais grave (*schweren Verschulden*) que tem o agente pela omissão dos deveres profissionais".

O citado dispositivo do Código Alemão foi eliminado, como dissemos, em 1940, sendo objeto de críticas uniformes de tôda a doutrina. *É que a violação de deveres profissionais já se pode adequadamente considerar culpa "stricto sensu" na forma de imperícia.*

Denegada a ordem, o impetrante requereu revisão criminal ao Tribunal de Alçada da Guanabara, a qual tomou o n.º 61, sendo relator o ilustre juiz ELIÉZER ROSA. Concederam-na por unanimidade as Câmaras Criminais Reunidas por que "na espécie não cabe o aumento especial da pena previsto no § 4.º, do art. 121 do Cód. Penal, por isso que não se trata de condutor profissional e sim amador. Mesmo, porém, que se aplicasse tal aumento também ao condutor não profissional, no caso não ocorreu inobservância de regra técnica, tendo havido por parte do julgador incorreção na qualificação jurídica das circunstâncias dentro das quais se verificou o fato. Nosso direito anterior esclarece, em sua literalidade, o ponto que aqui se traz em questão, a saber, se o condutor não profissional de veículos auto-motores pode ter, em caso de homicídio culposo ou em caso de lesões corporais culposas, sua pena aumentada nos têrmos do § 4.º do artigo 121 do Cód. Penal. Na verdade, o Cód. Penal de 90 e a Consolidação das Leis Penais diziam, para a hipótese, isso: "Aquêle que, por imprudência, negligência ou imperícia na *sua* arte ou profissão, ou por inobservância de alguma disposição regulamentar cometer, ou fôr causa involuntária, direta ou indiretamente, de um homicídio, será punido..." (O grifo em "sua", na transcrição do texto legal alegado é do relator). Ora, o possessivo "sua" na língua do legislador passado traz conotação rica de sentido para explicar e esforçar a tese que aqui se busca pôr de manifesto. Só o condutor profissional, dirigindo veículo, exercita *sua* profissão. Para o condutor profissional ser condenado, em sede criminal, por delito do automóvel, há que ter havido provadamente violação das normas não só de *comportamento genérico* (diligência, prudência e perícia) mas também violação de *normas de comportamento específico* estabelecidas por lei (em sentido amplo) ou pela técnica de utilização da via pública, se fôr caso de lhe ser a pena aumentada. Para o condutor não profissional ser condenado em sede penal haverá de ter havido violação das normas de *comportamento genérico*, e o aumento da pena, só se tiver havido violação de normas de comportamento específico mas não ligadas ao profissionalismo. É aqui o caso. O réu ora requerente desta Revisão só violou normas de comportamento genérico e a pretendida violação de normas de comportamento específico não lhe é imputável, dado ser êle condutor amador" (Decisão ainda não publicada).

O T. A. da Guanabara, por sua 1.ª Câmara Criminal, no julgamento da Ap. Crim. n.º 1.448, relator o ilustre Juiz (hoje Desembargador) BANDEIRA STAMPA, fixou bem o ponto a que acima aludimos. Tratava-se de ultrapassagem imprudente, dando lugar à colisão de veículos. Havia no fato o elemento constitutivo da culpa, que não poderia ser novamente considerado para aumentar a pena. Como se diz no exatíssimo acórdão, "dar início a ultrapassagem, sem antes verificar a sua possibilidade, revela culpa, por imprudência. E sendo tal ultrapassagem o elemento de fato que constitui, por si, a culpa, não é de ser, também, configurador da exasperante de inobservância de regra técnica de profissão". Decisão unânime (*Arquivos do Tribunal de Alçada*, Ano II, n.º 4, pág. 248).

Delito de circulação. Discordância entre a prova testemunhal e a prova pericial

No julgamento da Apelação Criminal n.º 4.859, decidiu a 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara, que "na contradição grave entre a prova técnica e a prova oral inconteste, fica a dúvida e não a certeza necessária a uma solução condenatória".

No caso, o laudo pericial afirmara a inexistência de frenagem, por ausência de vestígios, ao contrário de farta prova testemunhal (na qual se inseria o depoimento dos patrulhadores, cuja atenção para o acidente foi chamada pela "freada") — tôda ela a atestar o conveniente uso dos freios. Como, na hipótese, a discrepância entre um comportamento que observasse o cuidado objetivo e um comportamento culposo residisse essencialmente neste aspecto — da utilização dos freios —, optou a Câmara pela solução absolutória, reconhecendo situação de dúvida. Foi relator o Juiz GOULART PIRES.

Trata-se de decisão acertadíssima, a nosso ver. O laudo pericial não pode prevalecer quando é incompatível e conflitante com outras provas. Frente a situações dessa natureza, prescrevia MITTERMAYER a seu alunos de Heildelberg, há mais de 150 anos, que ao juiz "só lhe resta decidir favoràvelmente ao acusado, desprezando totalmente os fatos constantes de um relatório (pericial) que não o convenceu" (*in Tratado da Prova em Matéria Criminal*, trad. A. Soares, Rio, 1909, pág. 208).

O art. 182 CPP, que reproduz disposição constante de várias legislações do Séc. XIX (cód. francês; cód .bavaro) é, confrontado aos princípios gerais do livre convencimento, quase uma superfetação. O nosso MAGALHÃES NORONHA observa, estudando que o laudo não obriga o juiz, que "caso contrário, seria o perito, em última análise, o julgador" (*in Curso de Dir. Proc. Penal*, S. P., 1964, pág. 133).

Houve um tempo em que, desgraçadamente, a solução das disputas envolvendo acidentes de trânsito se deslocavam dos corredores do Forum para as ante-câmaras dos peritos, porque êstes, na conclusão de seu laudo, indicavam uma *culpa* — estritamente objetiva, referida à ordenação do trânsito, e não raro equivocada — que alguns magistrados supunham consistir numa antecipação técnica da decisão, à qual sòmente deveriam dotar da forma jurídica da sentença. Êste era o resultado, ao nível prático do processo penal, da errônea visão que mereceu o endôsso do notável ALTAVILLA, segundo a qual o perito é um *"juiz técnico"*, condição extrapolada de sua categoria primária de fonte de prova (cf. *Psicologia Judiciária*, trad. F. Miranda, Coimbra, 1959, 4.º v., pág. 141), sujeita, como as demais provas, a considerações de compatibilidade, coerência e adequação lógica ao surto de informações de que dispõe o juiz para convencer-se.

FLORIAN advertiu, a êsse respeito, que, se há uma "parte da perícia que é juízo, ou seja, a parte que se apresenta como auxílio ao juiz", e se esta parte "tem, por sua natureza, necessidade de ser interpretada pelo juiz", "para que serve, então, essa qualificação peculiar?" (*in Delle Prove Penali*, ed. Vallardi, 1924, v. I, pág. 178). Pouco antes, o mesmo autor se referira à "mais completa liberdade do juiz na apreciação das conclusões periciais" (op. cit., pág. 117).

Não se trata de desmerecer a prova pericial, que é, indiscutìvelmente, preciosa e eventualmente indispensável contribuição ao conhecimento do juiz. Trata-se simplesmente de situá-la em sua correta posição, evitando que de uma entusiástica exaltação da técnica — tão falível quanto o homem, que a criou e comanda — resulte a curiosa

inversão a que aludiu MAGALHÃES NORONHA, na passagem citada. As provas tinham "pêso" no regime de provas legais; no regime do livre convencimento, sua consideração atende a critérios lógicos, e não aritméticos.

Sobretudo no que concerne aos crimes culposos, cuja delicada estrutura só pode ser penetrada, com eficiência, pelos instrumentos fornecidos pela teoria da ação final (cf., especialmente, WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Karlsruhe,* 1961), parece-nos absolutamente temerário conferir à conclusão do laudo pericial ("a *culpa* foi do motorista Tício") um valor diverso daquele que o juiz atribuiria às declarações de uma testemunha idônea e experiente, a qual fôsse inquirida (se fôra tal pergunta possível) sôbre a *culpa* dos participantes do acidente. O mais importante no laudo, sem dúvida, é o relatório: é a correta apreensão dos fatos e sua redução a expressão inteligível aos leigos. A sua conclusão é uma conclusão técnica, objetiva, naturalista. Entre a *"culpa"* a que se referem ordinàriamente as conclusões dos exames periciais e a *"culpa"* que o juiz pode reconhecer na sentença está simplesmente o mundo do direito.

A decisão do Tribunal de Alçada constitui soberba demonstração do acêrto dessas colocações (*in D. O.* de 12/7/1971, Parte III, *Apenso* ao número 129, pág. 615).

Inquirição de testemunhas por estagiário. Nulidade

Encaminhando-se no bom sentido, decidiram as Câmaras Criminais Reunidas do T. A. da Guanabara, por maioria, que "a inquirição de testemunhas é ato de defesa e, assim, privativo de advogado. Sua prática por estagiário acarreta nulidade". Decisão na Revisão Criminal n.º 55, sendo relator o ilustre Juiz PEDRO LIMA (*D. O.*, Parte III, 28/6/71, pág. 490).

A inquirição de testemunhas é realmente ato de defesa importantíssimo, como sabem todos os que têm experiência no processo penal. Não pode ser praticado por estagiário, que é simples aprendiz, sem acarretar, com freqüência, grave prejuízo para o acusado. Não temos dúvida em afirmar a correção do julgado, rigorosamente fundade na Lei n.º 4.215, sendo irrelevante, por ilegal, o provimento da OAB comumente invocado.

Porte de arma e mero transporte

O porte de arma, como fato punível, não se confunde com o mero transporte, que ocorre, por exemplo, quando a arma é trazida em evolvotório impeditivo do uso nocente imediato. Assim já decidiu o STF (Cf. HELENO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal,* n.º 157).

O T. A. da Guanabara, por sua 2.ª Câmara Criminal, na Ap. Crim. n.º 4.885, relator o ilustre Juiz ELIÉZER ROSA, por unanimidade afirmou, em decisão incensurável: "Não estando a arma nocente na imediata disponibilidade do homem, mas distanciada de seu corpo, não há porte e sim transporte de arma, fato indiferente à lei penal das Contravenções" (*D. O.*, Parte III, 28/6/71, pág. 489).

Citação por edital. Necessidade de esgotar os recursos para localizar o réu

A citação por edital constitui ficção jurídica a que não é lícito recorrer sem que antes sejam realizadas tôdas as diligências cabíveis em face das informações proporcionadas pelos autos. Nesse sentido decidiu a 1.ª Câmara Criminal do T.A. da Guanabara, no H.C. n.º 2.269, relator o excelente Juiz PEDRO LIMA, por unanimidade: "A citação edital, que repousa numa presunção, só se deve praticar após esgotados todos os recursos fornecidos pelo processo para a localização do réu. É nula a que se realiza sem tal diligência" (*D. O.*, Parte III, 28/6/71, pág. 489. do *apenso*).

Acidente de trânsito. Via preferencial

A 1.ª Câmara Criminal do T.A. da Guanabara, na Ap. Crim. n.º 4.360, relator o ilustre Juiz BARROS FRANCO, por unanimidade afirmou que a preferência em cruzamento não constitui direito absoluto, a excluir a culpa: "A preferência por si só não exclui a culpa do motorista que no cruzamento ultrapassa outro veículo e se precipita em cima de um terceiro que normalmente efetuava a travessia" (*D. O.* Parte III, 28/6/71, pág. 489 do apenso). Decisão exatíssima em tema sôbre o qual já fizemos ampla análise. Cf. *RDP* n.º 1, pág. 113.

Justiça Militar. A correição parcial é medida idônea para declarar-se a extinção da punibilidade pela prescrição

No julgamento da Correição Parcial n.º 933, relator o falecido Min. JOÃO MENDES DA COSTA FILHO, assentou o STM, por unanimidade, princípio da maior importância na interpretação do cabimento da correição parcial. Tratava-se de denúncia oferecida em relação a crime que estava prescrito, sendo tal denúncia recebida pelo auditor. Contra o despacho que recebe a denúncia não cabe recurso e o acusado requereu a correição.

Declarou o E. Tribunal que "a correição parcial é medida idônea para promover declaração de extinção da punibilidade pela prescrição", pois há êrro manifesto do Juiz ao receber a denúncia. Como salientou o eminente relator, "o caso é de correção parcial. Para corrigir o êrro que é apontado no despacho impugnado, valeu-se o suplicante da medida prevista no art. 367, CJM, já que para obviá-lo não há recurso específico admitido na lei adjetiva militar". E ainda que "além de caber, na espécie, a medida requerida, há que atender à determinação do artigo 115 CJM, segundo a qual, em casos como êste, a prescrição deverá ser declarada de ofício. A denúncia não poderia ser recebida. Aí está um êrro que precisa ser corrigido e a Correição Parcial é meio idôneo para fazê-lo. Quando do recebimento, já era improcedente a pretensão punitiva, certo, como é, que estava prescrito o *jus puniendi*".

No mesmo sentido o STM voltou a decidir na Correição Parcial n.º 962, relator o ilustre Min. ALCIDES CARNEIRO.

Essas decisões merecem o aplauso de todos, não só porque constituem exata interpretação da lei, como também porque a inexistência do *habeas corpus* tem de conduzir necessàriamente a razoável ampliação das medidas processuais que permitem a impugnação de ilegalidades que atingem gravemente o direito de liberdade do cidadão. Convém apenas assinalar que a prescrição deve ser aferida pelos *fatos* narrados na denúncia e não pela sua capitulação, muitas vêzes maliciosa e propositadamente incorreta para evitar seja declarada desde logo a prescrição, prolongando-se uma perseguição judiciária injusta e inútil. A denúncia oferecida recentemente na 2.ª Auditoria da Aeronáutica da 1.ª CJM, no velho inquérito do ISEB, é o exemplo mais flagrante.

Denunciação caluniosa e calúnia

Julgando-se atingido por denunciação caluniosa de que resultou inquérito policial arquivado, dirigiu-se o interessado ao Procurador-Geral da Justiça, re-

querendo fôsse requisitada pelo M.P. a abertura de inquérito policial. Indeferiu o pedido o Procurador-Geral, por entender que não se configurava o crime de denunciação caluniosa. Diante disso, o interessado apresentou queixa por calúnia contra o autor das imputações falsas, que deram origem ao inquérito. O Juiz a quem foi distribuída a queixa não a recebeu, alegando que o crime seria o de denunciação caluniosa, sendo incabível a ação privada por crime contra a honra.

Inconformado com essa decisão, recorreu o autor da queixa ao Tribunal de Alçada da Guanabara (Rec. Crim. n.º 224, da 1.ª Câmara Criminal), que deu provimento ao recurso, reconhecendo que remanesce como crime autônomo a calúnia, se o M.P. deixa de denunciar pelo crime complexo de denunciação caluniosa.

Foi relator o ilustre Juiz EPAMINONDAS PONTES, que acentuou em seu excelente acórdão: "sempre que ao M.P. não se configure um crime complexo do qual um dos elementos seja um delito deixado à iniciativa privada, êste remanescerá destacado; permanecerá com sua configuração própria, segundo o pensamento do ofendido, que tem a legitimação para pretender vê-lo, dêsse modo, reconhecido judicialmente. A não ser assim, ter-se-ia dado ao M.P. o poder de disponibilidade em delito cujo processo foi deixado à iniciativa privada ou se lhe teria dado um *sui generis* poder de julgar, uma singular judicatura indireta, pela tabela do arquivamento sem qualquer contrôle judicial.

Ter-se-ia dado, ao Ministério Público, o poder de arquivamento relativamente a delito, cujo processo foi deixado à iniciativa privada. Seriam incongruência e ilegalidade evidentes" (*D.O*, 3/5/71, pág. 342 do *apenso*).

A decisão é, evidentemente, correta.

A denunciação caluniosa é *crime complexo*. Isso significa que ela tem, como elemento constitutivo, fato que por si só constitui crime.

Ninguém duvida de que a denunciação caluniosa não passa de uma *calúnia* levada às últimas conseqüências, atingindo, por isso mesmo, não só a honorabilidade pessoal da vítima mas também a administração da Justiça.

Se o M.P., por qualquer razão, recusa-se a iniciar a ação penal *afirmando que o crime mais grave não ocorreu*, subsiste então indiscutìvelmente, a calúnia, que pode ser perseguida pelo ofendido.

Prova ilegal. Nulidade do processo

"É nula a sentença condenatória, que dá fundamental importância à prova testemunhal de processo em apenso, no qual o réu não foi parte, para a decisão dos autos principais. Só as provas produzidas contraditòriamente com a parte à qual se opõem poderão e deverão ser levadas em consideração pelo juiz". Assim decidiu a 1.ª Turma do STF, por unanimidade, no H.C. número 48.668, relator o eminente Ministro AMARAL SANTOS (*D. J.*, 14/6/71, pág. 2.828). Decisão exatíssima. Veja-se sôbre o assunto, *RDP* n.º 1, pág. 148.

Rito sumário. Lei 4.611. Assistente do M.P. na fase policial. Nulidade

É nulo o processo de rito sumário, se intervém assistente de acusação na fase policial. Assim decidiu a 1.ª Turma do STF, por unanimidade, no H.C. n.º 48.421, relator o eminente Ministro DJACI FALCÃO: "Admissão do assistente do Ministério Público na fase policial do processo regido pela Lei n.º 4.611, de 2 de abril de 1966, sua inviabilidade. Sòmente na fase judicial, quando atua o acusador público, é que se torna admissível o assistente. Concessão do pedido de *habeas corpus* em face da nulidade do processo" (*D. J.*, 14/6/71, pág. 2.828).

É difícil compreender como admitir o funcionamento do assistente do M.P. se o M.P. não funciona, e sem que se cumpram as formalidades previstas em lei. É o Juiz que admite o assistente, ouvido o M.P. (art. 272 Cód. Proc. Penal), não podendo tal ato ser praticado pela autoridade policial. A *nulidade* do processo, no entanto, a nosso ver, depende de ter havido prejuízo, para a acusação ou a defesa (art. 563, Cód. Proc. Penal), segundo a regra geral.

Crime político. Audiência de deputados e senadores arrolados como testemunhas

A vigente Lei de Segurança Nacional, como a anterior, disciplina a audiência de testemunhas de forma absolutamente inadmissível e evidentemente inconstitucional.

É que estabelece desigual tratamento para as partes, de forma que as testemunhas arroladas pela promotoria são regularmente intimadas, sob as penas da lei, a comparecer a Juízo, ou requisitadas, quando são funcionários públicos, ao passo que a defesa sofre o ônus de apresentar as suas testemunhas, no dia e hora fixados para a inquirição. Se tais testemunhas deixarem de comparecer à audiência marcada, sem motivo de fôrça maior comprovado pelo Conselho, "não mais serão ouvidas, entendendo-se como desistência o seu não comparecimento" (artigo 66 e seu parágrafo único).

Isso representa dificuldades comumente intransponíveis para a defesa e para o esclarecimento dos fatos. São numerosas as situações em que as testemunhas se recusam a atender ao pedido da defesa, para evitar incômodos ou por simples temor do contato com assuntos dessa natureza, em face da insegurança que nesta área existe quanto aos direitos de liberdade do cidadão.

As partes estão também em situação desigual em face do número de testemunhas que uma e outra pode arrolar. Estabelecendo, por um lado, que o Ministério Público *deverá* arrolar até três testemunhas, por outro diz que a defesa *poderá* indicar duas (arts. 65 e 66).

Tais disposições violam o princípio de isonomia das partes no processo penal, assegurado pelo princípio constitucional do contraditório.

Como ensina JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Elementos de Processo Penal*, vol. I, pág. 82), o procedimento contraditório é "decorrência da isonomia processual, que é corolário, por sua vez, do princípio constitucional da igualdade perante a lei. Nota característica do contraditório é o direito de ambas as partes produzirem, *em igualdade de condições*, as provas relativas às suas pretensões" (pág. 85).

ANDRÉ VITU (*Procedure Pénale*, 1957, pág. 13), igualmente doutrina: "*Dans l'organisatian de la justice, la procédure accusatoire suppose une complète égalité entre l'accusacion et la défense*".

O grande mestre LEONE (*Lineamenti di Diritto Processuale Penale*, 1949, pág. 10) não discrepa de tais lições ao assinalar que é princípio do sistema acusatório "*la paritá di posizione delle parti*".

Como ensina o prof. SEBASTIÁN SOLER (*Interpretacion de la ley*, Barcelona, 1962, pág. 37), "*la igualdad perfecta de las partes en un proceso es, sin la menor duda, un principio de justicia, además de una efectiva garantia de que sea alcanzado uno de los fines que el proceso persigue: estabelecer la verdad, de modo que sobre ella pueda darse a cada uno lo que es efectivamente suyo*".

A rigidez dos textos da lei de segu-

rança sôbre a prova testemunhal foi quebrada pelo STM no julgamento da Correição Parcial n.º 981, relator o eminente Min. ALCIDES CARNEIRO. Referia-se a hipótese em que a defesa havia arrolado como testemunhas senadores em exercício, tendo requerido fôssem expedidas precatórias para Brasília para que a audiência se realizasse na forma do art. 350 CPPM. Tais testemunhas deveriam ser ouvidas "em local, dia e hora prèviamente ajustados entre elas e o juiz". O Conselho, após admitir a expedição de precatórias (que deixaram de ser cumpridas por se acharem ausentes as testemunhas), recusou a renovação do ato, dando por encerrada a prova da defesa.

O STM entendeu que tinha razão o Rcte., deferindo a Correição Parcial "como forma de garantia do direito de defesa e tendo em vista a situação pessoal, prevista e favorecida em lei, das testemunhas arroladas".

As prerrogativas processuais dos deputados e senadores constituem garantias da independência e do funcionamento regular do Poder Legislativo. Tais prerrogativas só cessam quando deixarem êles de atender, sem justa causa, o convite judicial, no prazo de trinta dias (art. 32, § 4.º, da Constituição Federal).

Não prevalece, portanto, o dispositivo da lei de segurança sôbre a inquirição de testemunhas, quando se trate de deputados ou senadores. Em tal caso, deve aplicar-se o art. 350 CPPM. A decisão do STM nesse sentido bem revela a preocupação pelos direitos da defesa e a constante inspiração democrática da E. Côrte na aplicação da lei.

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA NO PROCESSO DOS CRIMES A QUE SE REFERE A LEI N.º 4.611, DE 2 DE ABRIL DE 1965

ARION SAYÃO ROMITA

SUMÁRIO: *1 — Introdução. 2 — Constitucionalidade da lei. 3 — Concessão de* habeas corpus. *4 — Interrogatório e julgamento. 5 — Arquivamento. 6 — Anulação e absolvição da instância. 7 — Rejeição da portaria ou do auto de prisão em flagrante. 8 — Absolvição sumária.*

1 — Estendendo ao processo dos crimes de homicídio culposo e de lesões culposas o rito sumário do procedimento *ex officio*, a Lei n.º 4.611, de 2 de abril de 1965, sofreu justas críticas dos doutos.

Assim se expressou WEBER MARTINS BATISTA: "apontada como a primeira resposta séria ao cruciante problema da multiplicação infindável dos processos criminais (*omissis*), acabou, ao nosso ver, cooperando para o seu agravamento. As autoridades policiais têm acumulado o fôro com um sem número de procedimentos inviáveis no nascedouro, muitos dos quais instaurados até mesmo na ausência de fato típico, como são exemplo os casos de auto-lesão culposa, encontrados menos raramente do que seria de esperar". (1)

O Anteprojeto de Código de Processo Penal de autoria do Professor HÉLIO TORNAGHI conserva a ação penal iniciada mediante portaria ou auto de prisão em flagrante: Art. 565 — Nos casos de infração não punida, ainda que alternativamente, com pena de reclusão, se não houver prisão em flagrante, o processo será iniciado mediante portaria da autoridade policial ou do juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público. Art. 572 — Nos casos de infração a que não fôr cominada, ainda que alternativamente, pena de reclusão, havendo prisão em flagrante, será o réu apresentado ao juiz competente, juntamente com as testemunhas do fato. (2)

(1) WEBER MARTINS BATISTA, *O Problema do Arquivamento na Lei n.º 4.611*, de 2 de abril de 1965, *in Rev. Jur. do Trib. Just. do Estado da Guanabara* (RJTJEG) 19/54.

(2) *Diário Oficial* da União, suplemento ao n.º 167, de 3-9-1963.

Por tal motivo, o Anteprojeto Tornaghi sofreu reparos de SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA: "ora, com relação aos crimes, tal resquício inquisitorial não mais se justifica. Nem mesmo a maior celeridade processual pode explicar tal anacronismo. Sabem muito bem aquêles que labutam no Fôro, que, pelo contrário, como não há possibilidade de arquivamento, tais processos só terminam com a sentença final, sobrecarregando as Varas". (3)

Também LUIZ EDUARDO RABELLO se mostra contrário à extensão do rito sumário ao processo dos crimes a que se refere a Lei n.º 4.611: "lamentàvelmente (*omissis*), foi estendido o rito sumário de procedimento *ex officio*, que, a princípio, era sòmente para as contravenções penais, agora, também, para os crimes culposos". E explica, mostrando os inconvenientes gerados pela citada lei: "tal procedimento, que deveria ser banido da lei processual por ferir o princípio *ne procedat iudex ex officio*, mais uma vez ganhou fôrça, atingindo, agora, os crimes culposos, nos quais, em tese, estão os acidentes de trânsito, infelizmente, hoje tão numerosos, tendo constituído no ano próximo passado a metade dos processos em andamento neste Juízo". (4)

O Anteprojeto de Código de Processo Penal de autoria do Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, baniu o procedimento *ex officio*: Art. 7.º — Não se admite procedimento criminal *ex officio*. A relação processual penal, para constituir-se, depende sempre de acusação do Ministério Público, nos casos de ação penal pública, ou do ofendido, quando se tratar de ação penal privada.

Esclarece a Exposição de Motivos: "a tutela penal deve ficar a cargo do Ministério Público, e a defesa do direito de liberdade ao acusado e seu patrono. Ao juiz cumpre aplicar imparcialmente a lei penal. Atendeu-se, por isso, no anteprojeto, sem restrições, não só ao princípio de que *ne procedat iudex ex officio*, como ainda ao da proibição do julgamento *ultra petita*". (5)

Enquanto estiver em vigor, a Lei n.º 4.611 continuará gerando problemas, como os denunciados por WEBER MARTINS BATISTA: "como se sabe, aquela lei mandou aplicar aos crimes dos arts. 121, § 3.º, e 129, § 6.º, do Código Penal o rito procedimental previsto para as contravenções. Em decorrência, viram-se os juízes das grandes cidades, de uma hora para outra, em face de um problema de proporções sérias: uma porcentagem muito grande dos chamados "delitos do automóvel" — compreendidos naquelas disposições de lei — chegados às Varas, se compõe de procedimentos absolutamente inviáveis, ora por inexistência de qualquer prova contra o acusado (já esgotada, pràticamente, tôda a prova da acusação), ora por estar provado, sem sombra de dúvida, que não agiu êle com culpa; ou, o que parece absurdo, mas é bastante freqüente, porque o fato atribuído ao indiciado é penalmente atípico". (6) Nestes casos, ainda nas palavras de WEBER MARTINS BATISTA: "os incômodos, os vexames decorrentes do processo penal são inegáveis e constituem graves sofrimentos. Atinge êle, profundamente, o *status dignitatis* do acusado". (7) Com razão ,assevera o jurista citado que "o mínimo do respeito pelos direitos supra-estatais de liberdade e de dignidade das pessoas impõe que o juiz exerça o contrôle jurisdicional prévio do procedimento, ao recebê-lo da autoridade policial". (8) Inegável é a tendência atual no sentido de se mitigar o rigor processual na repressão dos chamados delitos do automóvel: reza o art. 123 da Lei n.º 5.108, de 21-9-1966 (Código Nacional de Trânsito): ao condutor de veículo, nos casos de acidente de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar socorro pronto e integral àquela. Acrescente-se a observação de SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA: "Não é justo que, com relação a infrações mais graves, haja possibilidade de arquivamento, enquanto, no tocante às de menor importância, o réu tenha de ser forçosamente processado". (9)

Todos concordam com a necessidade de se evitar o processeguimento do processo até a sentença final, nos casos acima indicados. Explica WEBER MARTINS BATISTA: "tôdos os juíses acharam que nestes casos (*omissis*) era absurda a idéia de levar o procedimento, normalmente, até o fim, com o que se puniria, injustamente, o acusado. Dissentiram, no entanto, na solução a seguir". (10)

Realmente, pèsquisando-se as soluções alvitradas, podem ser citadas as seguintes: 1.ª) — inconstitucionalidade da Lei n.º 4.611; 2.ª) — concessão de *habeas corpus* ao acusado; 3.º) — interrogatório e julgamento imediato; 4.ª) — arquivamento do feito; 5.ª) — anulação e absolvição da instância; 6.ª) — rejeição da portaria ou do auto de prisão em flagrante.

2 — Para alguns, a Lei n.º 4.611 seria inconstitucional, já diante da Constituição de 1946. Dispunha o artigo 141, § 27, da Carta Magna citada: ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma da lei anterior. O argumento está sintetizado na ilação de WEBER MARTINS BATISTA: "o processo e julgamento da pretensão punitiva, por afetar substancialmente o *ius libertatis*, devem correr perante o juiz competente, que é tão-sòmente o órgão do Estado investido de jurisdição. Quem diz juiz natural, diz juiz constitucional (*omissis*) e nem a Constituição de 1946 nem a atual atribuiu à autoridade polical funções jurisdicionais de processo e julgamento de quem quer que seja, razão por que seria inconstitucional a lei que assim o fizesse". (11)

O mesmo jurista repele a tese da inconstitucionalidade: "a Lei n.º 4.611

---

(3) SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *Algumas Sugestões para a Reforma do Código de Processo Penal, in Rev. de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara* (RDMPEG), 3/29.

(4) LUIZ EDUARDO RABELLO, *Lesões Corporais Culposas. Processo Sumário. Habeas Corpus de Ofício, in* RDMPEG, 10/191.

(5) *Diário Oficial* da União, suplemento ao n.º 118, de 29-6-1970.

(6) WEBER MARTINS BATISTA, *O Saneamento no Processo Penal*, Rio de Janeiro, 1971, p. 49. Na lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES, "a pretensão punitiva que se contém na acusação deve ter a sua razão, ou fundamento. Os fatos em que se esteia o pedido acusatório constituem, segundo a terminologia de LEO ROSENBERG, no processo civil, a base empírica da pretensão. Êles são o antecedente do pedido, ligando-se, um e outro elementos, pela conexão normativa do preceito jurídico aplicável. Pretensão sem fundamento é afirmação inerme e inútil, como o disse CARNELUTTI" (*Elementos de Direito Processual Penal*, II, Rio de Janeiro, p. 156).

(7) WEBER MARTINS BATISTA, *O Problema do Arquivamento*, cit., RJTJEG, 19/60 .

(8) WEBER MARTINS BATISTA, id., 19/61.

(9) SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *Algumas Sugestões*, cit., RDMDEG, 3/29.

(10) WEBER MARTINS BATISTA, *O Saneamento*, cit., p. 49.

(11) WEBER MARTINS BATISTA, *O Problema do Arquivamento*, cit., RJTJEG, 19/57.

rio, a concessão de *habeas corpus* de ofício previsto no art. 654, § 2.º, do Código". (17)

Mas tem procedência a crítica de WEBER MARTINS BATISTA: "a solução, no entanto, não é feliz. Como lembra COSTA MANSO, nenhum juiz pode conceder *habeas corpus* contra ato do próprio juízo. A ordem só tem cabimento quando a coação provém de autoridade diversa daquela que tem o processo sob sua direção, pois seria totalmente ilógico que o juiz ordenasse a medida a si próprio". E mais: "a medida é, ainda, desnecessária. Se o juiz entende ilegal a coação, na hipótese em que concede o *habeas corpus*, basta revogar o ato que a determina". (18)

EPAMINONDAS PONTES tenta refutar o argumento: "é evidente que o juiz que liberta não é a autoridade que coage. A coação ilegal decorre do processo e êste existe, com as características que assumiu, até que o juiz o anule pelo *habeas corpus*. A coação é exercida pela autoridade que inicia o processo". (19)

Improcede a objeção. Não é *do processo* que decorre a coação. Esta é sempre *exercida* por alguém (Código de Processo Penal, art. 654, § 1.º, *a*, *in fine*). Se quem exerce a coação é "a autoridade que inicia o processo", ela é, no fundo ,exercida pelo próprio juiz, uma vez que a autoridade policial age por delegação judicial, tal como ensina EPAMINONDAS PONTES, conforme se viu acima.

Descabe a concessão de *habeas corpus*. Nenhuma inovação introduziu o art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, ao contemplar o *habeas corpus* de ofício. Antes, "é a tradição do nosso processo, que se vê mantida, portanto, no art. 654, § 2.º", segundo a lição de EDUARDO ESPÍNOLA FILHO". (20) Realmente, lia-se no art. 344 do Código de Processo Criminal do Império (1832): independentemente de petição, qualquer juiz pode fazer passar uma ordem de *habeas corpus ex officio*, tôdas as vêzes que no curso de um processo chegue ao seu conhecimento por prova de documentos ou ao menos de uma testemunha jurada, que algum cidadão, oficial de justiça ou autoridade pública, tem ilegalmente alguém sob sua guarda ou detenção. Nos têrmos do art. 48 do Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, independentemente de petição, qualquer juiz ou tribunal federal pode fazer passar uma ordem de *habeas corpus ex officio* tôdas as vêzes que no curso de um processo chegue ao seu conhecimento, por prova instrumental ou ao menos deposição de uma testemunha maior de exceção que algum cidadão ,oficial de justiça ou autoridade pública tem ilegalmente alguém sob sua guarda ou detenção.

A expedição de ordem de *habeas corpus*, prevista pelo § 2.º do art. 654 do Código de Processo Penal, supõe seja a coação exercida por outra pessoa que não o juiz ao qual está afeto o processo. Ressalva-se, é evidente, a competência do tribunal de segunda instância. Mas ao juiz de primeiro grau é defeso conceder *habeas corpus*, pois expediria a ordem contra si próprio.

4 — Informa WEBER MARTINS BATISTA, referindo-se a juízes, que "alguns entenderam de realizar o julgamento do acusado, para absolvê-lo, no próprio dia do interrogatório, marcado em pauta especial, com o que se pretendia livrá-lo, o mais depressa possível, a fim de que não se tornasse necessário o *habeas corpus* ex-ofício. Não é inconstitucional porque, enquanto corre perante a autoridade policial, o procedimento não passa de instrução não processual, de caráter contraditório". (12)

Mas o verdadeiro motivo está na lição de EPAMINONDAS PONTES: "quando o art. 26 do Código de Processo Penal estabelece que nas contravenções a ação penal será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial, está excluindo o inquérito policial. E está igualando o juiz ao delegado de polícia". (13) Esclarece o jurista: "está na Constituição federal que notícia do auto de prisão em flagrante seja dada, imediatamente, a um juiz togado, que é o verdadeiro juiz natural do indiciado. Mas isto não significa não seja o delegado o primeiro juiz natural do suspeito, apenas, *agindo êle como juiz delegado*" (o grifo é do original). E adiante, insistindo na tese relativa à função exercida pelo delegado de polícia: "é que tem êle, também, na essencialidade de sua função clara afinidade com o Ministério Público, dando o primeiro impulso ao processo. Veja-se que exerce função de polícia judiciária. E ela é polícia tanto quanto é Ministério Público e é judiciária tanto quanto é função auxiliar do juízo". Sustenta que "êle é delegado do Poder Judiciário quando inicia as ações penais exercendo a chamada polícia repressiva ou judiciária ,tendo, então, sua atividade regulada pelo Código de Processo Penal e leis penais extravagantes". E arremata, afirmando ser o delegado competente para processar: "e competente para processar também é o delegado, segundo o Código de Processo Penal. Tanto que processa. Não pudesse processar, por fôrça da atual Constituição federal ,e o processo policial, irremediàvelmente, teria que ser reproduzido em juízo ou não poderia servir de base à sentença". (14)

Não é inconstitucional, portanto, a Lei n.º 4.611. Tribunal algum jamais declarou inconstitucional essa lei.

3 — Para LUIZ EDUARDO RABELLO, "a solução para tais casos se encontra no próprio Código de Processo Penal, em seu art. 654, § 2.º, que estabelece o seguinte: os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus* quando, no curso do processo, verificarem que alguém sofreu ou está na iminência de sofrer coação ilegal". (15) Caberia ao juiz expedir ordem de *habeas corpus* com fundamento no art. 648, I, do Código de Processo Penal (a coação considerar-se-á ilegal quando não houver justa causa).

Escreve o jurista: "com efeito, muito embora provadas, em muitos casos, a autoria e a materialidade do evento, não chega êle a constituir crime por lhe faltar a caracterização, por lhe faltar o elemento constitutivo da culpa e, assim, não há crime a punir e, não havendo crime a punir, não há justa causa para o processo penal". (16)

A solução em aprêço merece os aplausos de EPAMINONDAS PONTES: "nas hipóteses em que o juiz rejeitaria a denúncia, pelas ilegalidades enumeradas no art. 43 do Código de Processo Penal ,caberá ao juiz, no processo sumá-

(17 EPAMINONDAS PONTES, *O Arquivamento*, cit., RJTJEG 21/29.
(18) WEBER MARTINS BATISTA, *O Saneamento*, cit., p. 50.
(19) EPAMINONDAS PONTES, *O Arquivamento*, cit., RJTJEG, 21/36.
(20) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, VI, Rio de Janeiro, 1944, p. 403.

(12) WEBER MARTINS BATISTA, id., 19/57.
(13) EPAMINONDAS PONTES, *O Arquivamento do Processo na Lei n.º 4.611*, de 1965, *in RJTJEG*, 21/27.
(14) EPAMINONDAS PONTES, *O Arquivamento*, cit., RJTJEG 21/30, 31, 32 e 34.
(15) LUIZ EDUARDO RABELLO, *Lesões Corporais Culposas*, cit., RDMPEG, 10/191.
(16) LUIZ EDUARDO RABELLO, ob. cit., 10/192.

sível, dos vexames e dos gastos do processo". Êle próprio mostra os inconvenientes da providência: "a solução, com não enfrentar o problema jurídico, apresentou sérios inconvenientes práticos, dado que o despacho "A interrogatório e julgamento" implicava em prejulgamento do caso, de desastrosas conseqüências... financeiras". (13)

5 — Partindo do pressuposto de que, "ao receber o juiz os autos da autoridade policial, ainda não existe relação processual, instaurada não está a instância", WEBER MARTINS BATISTA sustenta que "a situação é análoga à do procedimento comum, na ocasião em que o juiz recebe os autos de inquérito policial, e sendo assim, é possível seu arquivamento, pois o Processo Penal acolhe, expressamente, a analogia (Código de Processo Penal, art. 3.º)". (22)

Distingue WEBER MARTINS BATISTA três casos: 1.º — o fato narrado é realmente atípico (ex.: auto-lesão culposa); 2.º — há prova de que o indiciado não agiu culposamente; 3.º — não há prova contra o indiciado. Nos dois primeiros casos, impõe-se o arquivamento do feito. "No primeiro, por impossibilidade jurídica do pedido. Inexistindo a figura típica da auto-lesão, o fato narrado não constitui crime (Código de Processo Penal, art. 43, I). No segundo, porque, colhida tôda a prova de acusação, demonstrado, irretorquìvelmente, que o indiciado não agiu com a menor parcela de culpa no evento ,devendo-se êste, tão-sòmente, à imprudência da vítima, falece legítimo interêsse ao Estado para prosseguir no feito... (idem, art. 43, III). O terceiro caso, o da falta de provas contra o indiciado, é que poderá oferecer alguma dúvida. Geralmente, os arquivamentos são determinados quando, sendo esta falta irremediável, as lesões sofridas são levíssimas (pela consideração de que *de minimis non curat praetor*) ou foram produzidas em membros da família do próprio autor (já punido, de certa forma). Inexiste aqui, do mesmo modo, legítimo interêsse para prosseguir no feito ,que se mostra absolutamente inviável". A solução é, sempre, o arquivamento. (23)

Opondo-se a essa tese, EPAMINONDAS PONTES mostra que "de arquivamento da ação penal em exame por analogia com o inquérito policial não se pode cogitar, primeiro, porque há lei aplicável (o Ministério Público não pode desistir da ação penal) e, segundo, porque o arquivamento (*omissis*) seria providência contra o réu". (24) Também LUIZ EDUARDO RABELLO afirma "a impossibilidade de requerer o arquivamento de tais processos por incabível tal pedido em ação penal já em andamento e por não poder o Promotor Público desistir de ação penal já intentada". (25)

EPAMINONDAS PONTES assim explicita seus argumentos: "a lei só prevê arquivamento para inquérito policial e ação penal que se inicia na polícia não é inquérito nem é a êle equiparável, simplesmente por ser o que a lei e a doutrina destacadamente, denominam de ação penal". Isto, quanto ao primeiro argumento, porque ,relativamente ao segundo, é o arquivamento "do ponto-de-vista do interêsse verdadeiro do réu, indesejável e ilegal". Realmente, "segundo o art. 18 do Código de Processo Penal, a autoridade policial

(21) WEBER MARTINS BATISTA, *O Saneamaento*, cit., p. 49.
(22) WEBER MARTINS BATISTA, *O Problema do Arquivamento*, cit., *in* RJTJEF 19/57 e 58.
(23) WEBER MARTINS BATISTA, id., RJTJEG, 19/62.
(24) EPAMINONDAS PONTES, *O Arquivamento*, cit., RJTJEG 21/34.
(25) LUIZ EDUARDO RABELLO, *Lesões Corporais*, cit. RDMPEG 10/191.

poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícias. Dêsse modo, vê-se que o arquivamento não é julgamento, não extingue a possibilidade de ser o indiciado novamente perseguido em juízo pelo mesmo fato. Julgado por sentença com provas deficientes, o processo jamais será reaberto (*omissis*). Como é sabido, as nossas leis não consagram a revisão contra o réu". (26)

Sem dúvida, nos têrmos do art. 26 do Código de Processo Penal, *a ação penal* se inicia com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria. Não tem cabimento, portanto, *arquivar ação penal*. O feito, uma vez iniciado, deve findar *por sentença*.

6 — Outras soluções alvitradas seriam a absolvição do réu da instância e a anulação do processo.

Fiel à tese de que "quando o juiz recebe o procedimento da polícia, ainda não está instaurada a instância, o que só ocorrerá com a notificação do acusado para o interrogatório, se se der prosseguimento ao feito", (27) WEBER MARTINS BATISTA escreve que "não cabe ao juiz absolver o réu da instância, simplesmente porque ainda não existe instância, nem anular *ab initio* o processo, pela mesma razão de inexistir processo em sentido estrito". (28)

Tal construção jurídica não se compadece com a regra contida no art. 28 do Código de Processo Penal. Entretanto, a lei processual penal não permite seja o réu absolvido da instância nem a anulação do feito encontra amparo no art. 564 do Código de Processo Penal.

7 — Para alguns juristas, a solução do problema está na aplicação analógica do art. 43 do Código de Processo Penal: a denúncia ou queixa será rejeitada quando: I — o fato narrado evidentemente não constituir crime; II — já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III — fôr manifesta a ilegimitade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. A analogia é expressamente admitida pelo art. 3.º do mesmo código: a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Assim como a denúncia pode ser rejeitada nas hipóteses previstas pelo art. 43 do Código de Processo Penal, o auto de prisão em flagrante ou a portaria seriam igualmente rejeitados pelo juiz, nas mesmas hipóteses.

A esta solução, pode objetar-se que a rejeição da denúncia ou queixa só tem cabimento porque ainda não iniciada a ação penal, o que não sucede na hipótese em debate, pois a ação penal já se acha em curso quando o juiz recebe o processo da autoridade policial.

8 — Outra solução que poderia ser lembrada é a da aplicação analógica do art. 409 do Código de Processo Penal: se não se convencer da existência do crime ou de indício suficiente de que seja o réu o seu autor, o juiz julgará improcedente a denúncia ou a queixa. Transpor-se-ia a impronúncia, instituto típico do processo dos crimes da competência do júri, para o processo dos crimes a que se refere a Lei n.º 4.611.

Recebendo os autos da autoridade policial, o juiz, de ofício ou a requerimento do acusado ou do Ministério Público, absolveria sumàriamente o réu, a ocorrer qualquer das hipóteses já aventadas.

(26) EPAMINONDAS PONTES, *O Arquivamento*, cit., RJTJEG 21/25 e 26.
(27) WEBER MARTINS BATISTA, *O Saneamento*, cit., p. 51.
(28) WEBER MARTINS BATISTA, *O Problema do Arquivamento*, cit., RJTJEG 19/58.

É de se preferir a denominação — absolvição sumária — porque mais consentâneas com a absolvição que resultaria do julgamento final, se o feito prosseguisse normalmente. Impronúncia destoa.

Distingue-se a impronúncia (art. 409) da absolvição sumária (art. 411). Adverte MARIA STELLA VILLELA SOUTO: "convém não confundir impronúncia com absolvição. Nesta, é condição essencial a existência do crime o indício da autoria; pode um fator jurídico de importância, todavia, fazer com que o julgador absolva o réu sumàriamente. Na impronúncia, não há certeza da materialidade do crime, como, por igual, não há certeza da autoria. Pode ocorrer, neste caso, que a prova colhida na instrução não provou a acusação; pode ter sido vaga a imputação feita, através de depoimentos imprecisos e superficiais. Disso resulta a nenhuma certeza do magistrado, que não vê outra solução melhor que a impronúncia do acusado". (29)

Nesse sentido é a lição de EDUARDO ESPÍNOLA FILHO: "dá-se a impronúncia (*omissis*) como conseqüência da exigüidade, da insuficiência da prova, quanto à própria existência material do delito, quanto à autoria, ou quanto a uma e outra. Para a absolvição, invés, mister é que haja um crime, definitivamente provado na sua existência material, a punir, e que indícios sérios e bastantes apontem a autoria do acusado, cuja punição é, entretanto, afastada por categórica declaração da lei penal, à vista de causa expressa, excludente da punibilidade, da criminalidade ou da responsabilidade". (30) CÂMARA LEAL especifica as hipóteses, em que se dá a impronúncia e aquelas em que se verifica a absolvição sumária. (31) Com razão, pondera EDUARDO ESPÍNOLA FILHO: "não vemos por que não alargar a noção, para estender, como merece, a absolvição sumária às hipóteses da provada inexistência de crime (inocência do fato imputado) e da autoria definitivamente afastada, pois é mais significativo, para a pessoa denunciada ou incriminada numa queixa recebida pelo juiz, o ser absolvido, do que o ser impronunciado" (32)

No julgamento dos processso a que se refere a Lei n.º 4.611, dar-se-ia a *absolvição sumária* sempre que o magistrado, recebendo os autos da autoridade policial ,verificasse a absoluta inviabilidade do mesmo, ante a inexistência de fato típico (falta de possibilidade jurídica do pedido) ou ante ausência de culpa do agente (falta de legítimo interêsse).

Tratar-se-ia de verdadeira sentença, não de mero despacho, pois o juiz apreciaria o fundo da causa, como explica EDUARDO ESPÍNOLA FILHO. (33) Com a prolação da sentença de absolvição sumária, o feito chegaria ao seu final, sem os inconvenientes apontados com referência às demais soluções examinadas.

(29) MARIA STELLA VILLELA SOUTO, *ABC do Processo Penal*, II, Rio de Janeiro, 1959, p. 42.

(30) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, IV, Rio de Janeiro, 1942, p. 165/166.

(31) CÂMARA LEAL, *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*, III, Rio de Janeiro, 1942, p. 71 e 76/77.

(32) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, ob. cit., IV, p. 182.

(33) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, Id., p. 167.

A REFORMA DO APARELHAMENTO PENITENCIÁRIO DA ARGENTINA

Um exemplo a seguir

CESAR SALGADO

CONCEPCIÓN ARENAL, cujo nome é citado entre os dos mais ilustres precursores do penitenciarismo científico, escreveu há quase um século: "Dizeime qual é o sistema penitenciário de povo e eu vos direi qual é sua justiça" (1).

Se a insígne autora dêsse enunciado voltasse ao mundo, nos dias de hoje, ela haveria de reconhecer, melancòlicamente, que o problema penitenciário continua desafiando a ação dos homens de consciência e de responsabilidade, em face das graves lacunas de que ainda se ressentem os regimes de aplicação da pena.

É realmente de surpreender o contraste que perdura, mesmo em países de civilização milenária, entre as afirmações teóricas e as realizações práticas, no setor penitenciário.

É certo que algo de meritório se tem feito, aqui e ali, de acôrdo com os modernos preceitos da ciência penitenciária. E, nesse particular, é digna de registro e louvor a obra que vem sendo realizada na Argentina, graças à visão dos homens que, nesse país, tratam do problema da criminalidade.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE UMA CONSCIÊNCIA.

Quando se diz que determinado povo tem a consciência de uma grandeza, em qualquer domínio do pensamento humano, isso significa que as categorias mais representativas do espírito de tal povo rendem culto àquela grandeza, que tanto pode ser moral, científica ou artística.

Com êsses pressupostos, é lícito afirmar que, na Argentina, mais do que em qualquer outra região latino-americana, há uma "consciência penitenciária".

Essa realidade resulta da clarividência de estadistas e do trabalho de cientistas, interessados, desde velhos tempos, no aprimoramento das normas le-

(1) CONCEPCIÓN ARENAL, *Obras Completas*, vol. X, *Las colonias penales de Australia y la pena de deportación*, Madri, 1895.

gais e dos recursos materiais para a aplicação de uma sábia política criminal.

Nas crônicas das origens do penitenciarismo argentino, um nome se apresenta, de maneira surpreendente: o de SAN MARTIN. Pois êsse herói de legendárias façanhas ,uma das figuras mais gloriosas da história das Américas, não desdenhou de instruir-se em assuntos penológicos, através dos trabalhos de FILANGIERI, BENTHAM e LARDIZABAL. E, de seu interêsse no referente ao tratamento dos prêsos, dá testemunho o famoso ofício que, na qualidade de governador de Mendoza, enviou à Municipalidade dessa capital, em 25 de março de 1816.

Nêsse documento, SAN MARTIN ciente de que os prêsos do cárcere local só recebiam uma refeição por dia, pede providências para sanar essa grave irregularidade, por quanto — ponderou — aquêles reclusos, embora delinqüentes, não deixavam de ser homens. E, ainda: "Muitos dêles sofrem prisão meramente preventiva como supostos réus. Os cárceres não são um castigo, mas um recolhimento de custódia ao que deva recebê-lo".

E dizer-se que o grande capitão, eleito pelo destino para as tarefas de libertação de povos irmãos, assim se manifestou há mais de cento e cinquenta anos, quando se ignoravam em terras latino-americanas os mais elementares preceitos do nôvo ordenamento penitenciário!

Outro fato que atribue a SAN MARTIN as credenciais de precursor do penitenciarismo nesta parte do continente americano é "a reforma carcerária e penológica do Peru — a primeira na América do Sul — sob o critério de maior humanidade na aplicação da pena e tratamento dos delinqüentes, segundo os princípios estabelecidos na Europa e nos Estados Unidos (2).

Se não houvesse SAN MARTIN merecido, por outros altos títulos, o lugar proeminente que ocupa, entre os grandes vultos do continente americano, bastaria a sua atuação pioneira em meio à *selva selvaggia* da aplicação da pena, naquêles remotos tempos, — para consagrá-lo como um benfeitor da humanidade.

Com êsse áureo antecedente, a Argentina dava testemunho de sua vocação histórica no campo penitenciário.

E não tardou muito para que outro expressivo documento, o Projeto de Código Penal, de CARLOS TEJEDOR, convertido em lei, em 1886, mencionasse, pela primeira vez, na legislação latino-americana, o "regime penitenciário", com finalidade corretiva.

Imbuidos dos princípios científicos que apontavam novos rumos aos métodos de imposição das sanções penais, cogitaram os penitenciaristas argentinos de construir um presídio, dotado dos melhores recursos, preconizados na época. Assim, tiveram início em 1872 as obras da Penitenciária de Buenos Aires, planejada pelo engenheiro FREDERICO BUNGE, e considerada desde logo como uma das mais acabadas concepções de arquitetura presidiária, em estilo radial, de conformidade com as prescrições do sistema auburniano. "O edifício construído por BUNGE é um dos mais perfeitos que se conhecem e superou os seus congêneres de latino-america pela beleza de suas formas e acerto de sua distinção funcional" — lê-se em GARCIA BASALO (3).

Inaugurada em 1877, a Penitenciária de Buenos Aires influiu grandemente no aprimoramento do sistema penitenciário argentino.

Pela dedicação e capacidade de seus

(2) ELIAS NEUMAN, *Evolución de la pena privativa de libertad y regimenes carcelarios*, págs. 87 a 89, Buenos Aires, 1971.

(3) GARCIA BASALO, *Ballvé, Penitenciarista*, pág. 7, Buenos Aires, 1958.

diretores, ela se converteu, em estabelecimento penal modêlo, onde se tornou possível a aplicação de um regime científico e humano.

Dentre os seus primeiros diretores, destacou-se HENRIQUE O'CONOR, cuja atuação foi consagrada por JOSÉ HERNANDEZ no poema da Raça, MARTIN FIERRO:

"Grabenló como en la piedra
Cuanto he dicho en este canto.
Y aunque yo he sufrido tanto
Debo confesarlo aqui:
El hombre que manda allí
Es poco menos que un santo".

ANTONIO BALLVÉ, Mestre e Exemplo.

Durante pouco mais de um quarto de século, a Penitenciária de Buenos Aires, não obstante as crises políticas que o país atravessou ,manteve-se como padrão para a América Latina.

Nas outras regiões do continente, perduravam ainda os presídios tipo masmorra, destituídos das mais elementares condições de habitabilidade.

Assim era no Brasil. A Penitenciária de São Paulo demoraria ainda algum tempo para nos redimir, em parte, do lamentável atraso em que nos encontrávamos no setor penitenciário. E, ao ser inaugurada, em 1920, na planície do Carandiru, já se contavam dezeseis anos que ANTÔNIO BALLVÉ como diretor da Penitenciária de Las Heras, havia instituído, nesse estabelecimento presidiário, com antecedência sôbre os seus congêneres da América Latina um regime científico para a reabilitação do delinqüente.

É lícito dizer-se que BALLVÉ está para o penitenciarismo americano como CONCEPCIÓN ARENAL e MONTESINOS para o espanhol.

Orientado por sua larga visão do problema penitenciário, através dos conhecimentos científicos que adquiriu e da prática a que se dedicou, BALLVÉ agiu como um autêntico precursor das realizações modernas do penitenciarismo argentino. Sua obra transcendeu os limites de sua pátria para projetar-se nos centros científicos da Europa e da América. Eis o autorizado testemunho de GARCIA BASALO: *"Su nombre, rodeado de prestigio cientifico, fué difundido por doquier por los juicios críticos de* GUGLIEMO FERRERO (1), CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS (2), GINA LOMBROSO (3), ENRIQUE FERRI (4), y de *publicaciones especializadas como la Semaine Medicale, de París* (5). *No hubo en nuestro medio iniciativa penitenciaria de carácter legislativo o administrativo que dejara de avalarse con la obra y el nombre de* BALLVÉ. *Aún hoy, cada vez que se rastrea en el pasado una figura penitenciaria de relieves propios, surge naturalmente su nombre, aunque quienes lo evoquen muchas veces no conozcan ni sospechen su trascendencia."*

En 1924, estando FERRI *en Londres, con motivo del IX Congreso Penitenciario Internacional, a 16 años de la desaparición de* BALLVÉ *escribió: "He comprobado... con vivo placer la reforma penitenciaria que ha realizado la Argentina. Auguro y confío que mi amigo* EUSEBIO GOMEZ *hará revivir en la Penitenciária Nacional de Buenos Aires, el alma sapiente de humanidad que el inolvidable* ANTÔNIO BALLVÉ *habia elevado allí".*

"BALLVÉ *por su carácter, por su capacidad administrativa, por su formación y por su experiencia, es nuestro arquetipo de penitenciarista. Su aporte al desarrollo progresista de nuestro régimen penitenciario es fundamental y permanente"* (4).

Que melhor elogio podia merecer ANTÔNIO BALLVÉ, "Mestre e Exemplo"?

(4) GARCIA BASALO, *op. cit.*, págs. 27, 28 e 31.

OUTROS NOMES ILUSTRES

BALLVÉ, não criou pròpriamente um sistema penitenciário original, nem pretendeu fazê-lo. Mas conseguiu algo de maior magnitude, porque permanente: Foi êle o criador da consciência penitenciária da Argentina, fator virtual de tôdas as realizações da política penitenciária dêsse país.

Não sei de outros países americanos que possam ufanar-se de possuir, como a Argentina, uma "consciência penitenciária", isto é, uma convicção radicada e definitiva do sentido e da importância dos problemas atinentes à execução da pena privativa da liberdade.

Que êsse fato é real basta atender aos nomes não só de eminentes penitenciaristas, mas também de penalistas e criminologistas que ali se vêm sucedendo, com projeção internacional, desde SAN MARTIN e BALLVÉ até os de nossos dias. São os herdeiros de um legado secular, conscientes dos deveres que lhes cabem em face do passado, do presente e do futuro.

Quem, medianamente versado nas ciências que estudam o crime e o criminoso, desconhece os méritos de CARLOS TEJEDOR, já citado, penalista insigne, que ditou linhas mestras do primeiro Código Penal da Argentina em vigor de 1866 a 1922? Quem não teria ouvido falar em JOSÉ INGENIEROS, universalmente reconhecido como um dos mais ilustres sistematizadores da Criminologia? E EUZÉBIO GOMEZ, penalista *doublé* de penitenciarista, continuador e atualizador da obra de BALLVÉ na Penitenciária de Buenos Aires? E JUAN JOSÉ O'CONNOR, que soube manter, na mesma altitude o regime dêsse estabelecimento penal, quando lhe coube dirigi-lo? E ainda outros preclaros cientistas que também se distinguiram no trato das disciplinas penais como OSWALDO LOUDET, PAZ ANCHORENA, JOSÉ PECO, J. EDUARDO COLL, ALFREDO MOLINÁRIO, FONTAN BALESTRA e SEBASTIÁN SOLER?

São êsses, além de outros, os homens que têm contribuido valiosamente para situar a Argentina em pôsto de vanguarda no setor penitenciário.

Entre os novos, que já se distinguem por seus trabalhos científicos e suas tarefas administrativas ,dois nomes reclamam especial menção: o de JUAN CARLOS GARCIA BASALO, subdiretor geral do Serviço Penitenciário Federal e professor da Escola Penitenciária, penitenciarista autêntico pela sua cultura científica, seguro conhecimento dos problemas de sua especialidade e, sobretudo, pela sua identificação integral com a causa a que se devota; e o de ELIAS NEUMAN, professor resignatário da Universidade de Buenos Aires, jovem inteligência e nobre caráter que bateu precocemente às portas da fama científica com o livro *Prisión Abierta,* o qual é, sem favor, o que de melhor se escreveu na literatura latino-americana sôbre o assunto.

São dessa estirpe os homens que, desde velhos tempos, conquistaram para a Argentina a posição de assinalada proeminência em que ela se encontra no cenário do penitenciarismo americano.

São êles que explicam e justificam a evolução do sistema penitenciário argentino, sob critério estritamente científico, livre da influência malsã de interêsses inescusáveis.

Foi essa mentalidade, que propiciou a criação do Instituto de Criminologia de Buenos Aires, em 1907, o primeiro de igual tipo do mundo, com a prioridade de um ano sôbre o Serviço de Antropologia, instituído por VERVAECK, na Bélgica, em 1908.

A ATUAL REFORMA DO APARELHAMENTO PENITENCIÁRIO DA ARGENTINA

Os últimos empreendimentos no setor penitenciário, da Argentina, no âmbito federal, resultam de um programa orgânico, que abarca os múltiplos aspectos do problema penitenciário. À vista do que já foi feito e do que se procura fazer, o observador verifica que aquêle programa, fruto de acurados estudos, foi elaborado com a preocupação de atender às diferentes situações conseqüentes da incidência do crime.

Com êsse objetivo, planejaram-se os "complexos penitenciários", que reunem estabelecimentos diversificados para a melhor individualização administrativa da pena.

Na zona urbana de Buenos Aires e na sua periferia situam-se várias unidades carcerárias e anexos como a Prisão da Capital Federal, o Instituto de Detenção, o Serviço Psiquiátrico Central, o Instituto de Classificação, o Acampamento de Trabalho Agrícola de Ezeiza, o Instituto de Menores Adultos Dr. Luiz Agote e, ainda em construção, o Instituo Correcional de Menores e o Presídio de Sentenciados *Carcel de Encauzados.*

Em todos os institutos, já em funcionamento, o que se observa, além de condições materiais adequadas à finalidade de cada um, é a aplicação do regime competente por pessoal absolutamente idôneo, desde os de superior classificação hierárquica aos agentes subalternos. E é precisamente da disponibilidade de um quadro de funcionários científica e moralmente habilitados para os misteres da aplicação da pena, que resulta a superioridade do regime penitenciário da Argentina.

O COMPLEXO PENITENCIÁRIO DA ZONA CENTRO

Em plena região do Pampa, a cêrca de noventa quilômetros de Buenos Aires, situa-se o "Complexo Penitenciário da Zona Centro," integrado pelas duas unidades penais de Santa Rosa, respectivamente de segurança máxima e de segurança média, pelo Instituto Correcional Aberto de General Pico, pelo Acampamento de Santo Humberto, também de tipo aberto, e pelo Serviço Criminológico.

O que impressiona nesses estabelecimentos penais, mesmo no de segurança, máxima, é o ambiente de humanidade que nêles se respira, sem qualquer indício dos estigmas da prisão clássica. A higiene é irrepreensível; a alimentação sadia e farta; os dormitórios, amplos e arejados; e, ainda, a capela, a biblioteca, o salão de atos, o cinema, o rádio, a televisão, as oficinas. Todos os recursos, enfim, para que a prisão antes de deformar a personalidade do homem, possa oferecer-lhe meios de resgate da falta cometida e de readmissão no convívio social.

O Instituto Correcional Aberto de General Pico é, por assim dizer, a ante-sala da liberdade e, pelos métodos que adota, o mais avançado entre os seus congêneres, em qualquer parte do mundo.

Os internos que ali se encontram mais parecem hóspedes de uma confortável pensão familiar do que homens em desconto de pena. Com as prerrogativas de qualquer operário livre, êles trabalham nas indústrias da cidade, onde se fazem apreciados e até preferidos pelo cabal desempenho de suas tarefas.

Quem conhecer além da prisão aberta de General Pico, as norte-americanas de Chino, na Califórnia e de Seagoville, no Texas, comumente citadas como paradigmas, há de convir em que a do Pampa argentino é a que melhor se caracteriza entre tôdas pela originalidade e eficiência de seus métodos.

Desnecessário seria acentuar que os resultados positivos obtidos no Complexo Penitenciário da Zona do Centro bem como em outros conjuntos penitenciários da Argentina, não teriam sido possíveis se o pessoal dêsses órgãos carecesse da imprescindível formação profissional.

A necessidade de se dispor de pessoal especializado para a correta aplicação

do regime penitenciário evidenciou-se desde o momento em que as leis penais descobriram o criminoso.

Êsse fato, de suma importância na evolução do direito penal, teria ocorrido com a promulgação do Código Penal italiano de 1930, segundo a enfática afirmativa do néo-positivista MÁRIO CARRARA: *"Ecco dunque que in uno Codice Penale si parla finalmente del reo!"*

MÁRIO CARRARA poderia ter dito ainda que o mesmo Código, no art. 89, atenua a responsabilidade do réu afetado de doença mental.

É o reconhecimento de que uma determinada categoria de criminosos é de doentes mentais, embora penalmente responsáveis.

Segue-se daí que um infrator dessa classe, se condenado pela Justiça, necessita de tratamento especializado que sòmente pessoas cientìficamente capacitadas poderão ministrar-lhe.

Note-se que, há mais de meio século, INGENIEROS insistia na necessidade de transformar as prisões em "clínicas criminológicas" (5).

Que se diria de um hospital em que as funções de médico ou de enfermeiro fôssem exercidas por leigos?

Pois no campo penitenciário, acontece algo de semelhante em muitos países, onde os responsáveis pela administração pública ainda não se convenceram de que os presídios não são viveiros de emprêgos para políticos decaídos ou indivíduos inidôneos.

A necessidade da formação científica do pessoal penitenciário, tantas vêzes proclamada no livro, na cátedra, nos congressos, já se converteu em truismo de meridiana evidência.

Se, como disse alguém, o inferno está forrado de boas intenções, lá devem achar-se muitos políticos falazes de cambulhada com pseudo-penitenciaristas, cujo *élan* se exaure em discursos declamatórios.

Na Argentina, em boa hora, compreendeu-se que era chegado o momento de realizar na prática o que se proclamava em teoria.

E, com êsse objetivo, estruturou-se um organismo para o preparo técnico-científico dos candidatos ao serviço penitenciário: é a Escola Penitenciária da Nação, criada no govêrno do presidente Peron, por decreto de 13 de dezembro de 1947, e regulamentado pelo decreto n.º 39.089 ,de 17 do mesmo mês e ano.

Deve-se essa iniciativa de tão alto alcance à clarividência de ROBERTO PETINATTO, então diretor geral dos Institutos Penais da Nação. Merecem registro, por expressivas e oportunas, as seguintes palavras com que êle se manifestou ao encaminhar ao ministro da Justiça o projeto de regulamento da referida Escola: "O propósito reiteradamente expresso por esta Diretoria Geral de promover a capacitação profissional do pessoal penitenciário, mediante a aquisição de conhecimentos superiores, levou-a a projetar o funcionamento do mencionado instituto. Por outra parte, nêle se concretizam as disposições do Estatuto Penitenciário, no que se refere à especialização dos agentes integrantes do Corpo Penitenciário, para o cumprimento de delicada missão reeducativa, assim como quanto aos cursos para as diferentes hierarquias" (6).

Como se vê, compete à Escola Penitenciária a formação do pessoal que deve integrar os quadros do Corpo Penitenciário, corporação onde se recrutam os funcionários de diferentes categorias para o serviço dos estabelecimentos penitenciários.

O corpo Penitenciário é um órgão de características militares, baseado na disciplina e na hierarquia, com a finalidade precípua de servir nas instituições do setor penitenciário.

Os interessados em seguir as carreiras abrangidas pelo programa dêsse órgão, devem cumprir os cursos da Escola Penitenciária a elas correspondentes. Tais cursos são de nível superior para os que se destinam a funções docentes ou de chefia; e de nível secundário para os aproveitados em serviços subalternos.

Embora o Corpo Penitenciário seja constituído nos moldes de uma corporação militar, o que o distingue é a sua qualidade de órgão integrante do sistema penitenciário. Êste é um ponto que importa esclarecer para evitar quaisquer dúvidas ou mesmo críticas: o Corpo Penitenciário não é um organismo tìpicamente militar, embora tenha adotado certos estilos das fôrças armadas ;o que o personifica e singulariza é a sua especialização nas teorias e técnicas do âmbito da ciência penitenciária, advindo-lhe daí a sua qualidade de "órgão cooperador do regime penitenciário".

Essa característica está implícita no currículo da Escola Penitenciária, como se poderá ver na seguinte enumeração de materias do 1.º e 2.º ano do Curso de Cadetes: Anatomia e Fisiologia, Castelhano (Língua e Literatura), Contabilidade Geral, Criminologia, Ética e Moral, Geografia Argentina, História da América e da Argentina, Identificação, Introdução ao Direito, Penologia e Ciência Penitenciária, Psicologia, Segurança Profissional, Técnica Penitenciária, Biopsicologia, Lógica, Processo e Prática Sumarial Administrativa.

Ao fim dos dois anos dêsse Curso os alunos-cadetes recebem — o que é muito significativo — o título de "Bacharel em Ciências Penitenciárias", válido para o ingresso nos cursos universitários.

A importância da Escola Penitenciária da Nação é reconhecida não só na Argentina, mas em outros países americanos, que se beneficiam das bôlsas de estudo oferecidas por aquela Escola, como a Bolívia, o Chile, a Colômbia, Costa Rica, Equador, Estado Livre Associado de Pôrto Rico, Honduras, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Salvador, Uruguai e Venezuela.

O Brasil não figura nesse rol, em em virtude da omissão do govêrno de São Paulo, quando do oferecimento de duas bôlsas para freqüência do instituto de Ezeiza pela Diretoria do Serviço Penitenciário Nacional da Argentina.

A situação de prestígio continental dessa Escola, se, de uma parte, realça os méritos dos que a mantêm e aprimoram, de outra, contrasta com a lamentável atitude das autoridades do último govêrno do Estado de São Paulo ,responsáveis pela extinção do Instituto Latino-Americano de Criminologia das Nações Unidas, com grave prejuízo, não só para o Brasil, mas para os demais países da América Latina.

Fatos como êsse explicam a decadência da organização penitenciária de São Paulo, havida outrora entre as melhores da América Latina, e, hoje, afundada em crise, reconhecida pela própria administração do Estado.

O mal está em que no Brasil não se integrou ainda uma "consciência penitenciária" capaz de reger com autonomia a política penitenciária do país.

Isso, entretanto, não significa a inexistência, entre nós, no passado e no presente, de lúcidos espíritos dedicados ao conhecimento dos problemas da criminalidade. Mas o esfôrço dêsses estudiosos não conseguiu vencer a barreira da ignorância, da rotina e da in-

(5) JOSÉ INGENIEROS, *Criminologia*, pág. 257, Buenos Aires, 1913.

(6) *Revista Penal y Penitenciaria*, números 43/46, janeiro-dezembro de 1947, pág. 371, Buenos Aires, 1947.

diferença dos que se habituaram a enxergar no crime simples casos de polícia.

A Argentina é um exmplo admirável de quanto pode fazer uma elite de homens de inteligência e de vontade, a serviço da meritória tarefa do tratamento e da recuperação do delinqüente.

Imitemos êsse exemplo com o firme propósito de recuperar o tempo perdido. Se o fizermos, não estaremos trabalhando apenas em prol de uma nobre causa, mas servindo, acima de tudo, a nossa terra.

A OBRA CIENTÍFICA E FILOSÓFICA DE ROBERTO LYRA FILHO

INOCENCIO M. COELHO

Êste ensaio visa a expor, sistemàticamente, as contribuições do Prof. ROBERTO LYRA FILHO ao Direito Penal e Processual Penal, à Criminologia e à Filosofia Jurídica, na ocasião em que êle completa o primeiro vintênio (1950-1970) de ensino superior e pesquisa avançada. Redigido por um discípulo, que lhe deve grande parte de sua formação, sobretudo pós-graduada, representa a homenagem do reconhecimento o eco das vozes de tantos, que têm recebido encaminhamento, apoio e orientação segura do Prof. LYRA.

A primeira observação a fazer sôbre a personalidade científica em estudo é a extraordinária amplitude do seu campo de formação e atividade, com investigações que se expandem horizontal e, mais, verticalmente, dentro de uma polarização de notável constância de interêsses e habilitações.

Fundamentalmente, aqui se trata do problema do crime, focado, ora no ângulo processual-penal, em primeira fase; depois, aprofundado, na visão científica da Criminologia, que lhe desvenda outras dimensões, e exploração, em tôda a gama micro e macrocriminológica, desde as investigações bio-psíquicas às sociológicas. Enfim, a preocupação de ordenar uma teoria criminológica integrada leva a questionamentos radicais, pondo o autor em campo filosófico, sobretudo no que concerne à metodologia das ciências, notadamente as humanas, e ao "esquema de base", reclamado, aliás, pelo criminólogo PINATEL, quanto à Antropologia Filosófica. E isto vem trazer à consideração todos os problemas gnoseológicos e epistemológicos, os problemas dos valôres e das normas e o caminho da Filosofia Geral à Filosofia do Direito. A revisão dêsses roteiros leva o Professor ROBERTO LYRA FILHO a marcar planos originais de comunicação entre a problemática de formalização, eficácia e legitimidade das normas e os trabalhos jurídicos, em sentido estrito, rompendo os diques do tecnicismo, para o livre trânsito da especulação, e enriquecendo-os com as perspectivas científicas da Criminologia, que, já em si, forma uma prodigiosa encruzilhada.

Nesta primeira abordagem, visamos a manifestar a co-implicação de tôda a obra, naquele duplo sentido de abordagem interdisciplinar e peculiar "especialização", assinalados por GILBERTO FREYRE, em comentário ao livro do Prof. ROBERTO LYRA FILHO, *Perspectivas Atuais da Criminologia*. É aqui, nesse perfil de *scholar*, que reside a coerência capaz de movimentar a rêde,

onde se entretecem os elementos de uma erudição realmente incomum, sempre manejada com agilidade.

Substancialmente, defrontamo-nos com imenso painel, em que o tema é o crime, o criminoso, a pena, considerados sob todos os ângulos e com incursões na Biologia, na Psicologia, na Psiquiatria, na Psicanálise, na Sociologia, na litigiosa "Ciência do Direito" Penal e Processual Penal, na Criminologia, na Filosofia Geral e, especialmente, na Filosofia do Direito.

A passagem por todos êsses terrenos, todavia, além de regida, digamos, por mola mestra de preocupações criminológicas, faz-se com tal aprumo, tão rigorosa informação e formação científica e filosófica, que muitos setores, não especialmente visados, recebem iluminações incidentes que, em si, representam marcos significativos e contribuições valiosas, sob o prisma de qualquer das disciplinas freqüentadas, quando as consideramos em si mesmas.

Para destacar essas características, RECASENS SICHES — a cuja obra filosófico-jurídica dedicamos exaustiva análise crítica que constituiu nossa tese de doutoramento — desenterrou e repristinou um velho adjetivo — "exímio" — aplicando-o ao mestre da Universidade de Brasília. É aquêle perfeito rigor e acabamento ,ali expresso, que se torna admirável. Êsse itinerário, no seu delineamento geral, será seguido, aqui, com a minúcia que estiver a nosso alcance.

Deixamos, propositadamente, de lado a produção que o Prof. ROBERTO LYRA FILHO considera, êle próprio, "bissexta" — isto é, suas incursões na crítica literária, dramática e musical, seus ensaios, poemas e obras teatrais — em que, apesar de encontarmos cintilações peculiares e mais uma dimensão (pròpriamente artística) de sua cultura, o autor prefere situar como simples curiosidade intelectual de *dilettante*. Aliás, caberia desrespeitar-lhe a auto-crítica, com o registro de que o diletantismo é *sui generis*. A certa altura, vamos encontrar o Prof. ROBERTO LYRA FILHO, junto a SERGE KOUSSEVITZKI, ELEAZAR DE CARVALHO, CAMARGO GUARNIERI e outras grandes figuras, julgando partituras, num concurso de obras sinfônicas — donde resultou uma das primeiras vitórias do, então, quase desconhecido ,compositor, CLÁUDIO SANTORO. Noutra passagem biográfica, está o Prof. ROBERTO LYRA FILHO produzindo um ensaio sôbre crítica de poesia (o brilhante Rondó Caprichoso) ou ministrando uma das aulas mais aplaudidas dum curso de Literatura Brasileira, organizado, na UnB, com análise fascinante da escola parnasiana. O rigor técnico dessas produções, embora esparsas, não se coaduna com o simples diletatismo. Todavia, pela escassa importância que lhe atribui o autor, já é possível imaginar o nível incomum atingido pelos trabalhos integrantes de sua atividade principal e, por assim dizer, oficial, isto é, profissional e constante.

Para melhor examiná-la, vamos seguir os caminhos intelectuais em três setores: a) o Direito e o Processo Penal; b) a Criminologia ;c) a Filosofia do Direito.

Formado e já docente universitário, a partir de 1950, o Prof. ROBERTO LYRA FILHO, à medida em que desenvolvia o trabalho, nas disciplinas que lhe valeram o Prêmio Sociedade Brasileira de Criminologia (1949) ano de sua graduação, realizava, paralelamente, especialização criminológica, no Instituto de Criminologia da, hoje, Universidade do Estado da Guanabara. Pertencem a essa fase, arrematada com o período imediatamente anterior à transferência para Brasília, com a regência da cátedra de Direito Processual Penal, na Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas, as primeiras publicações de maior repercussão.

Desligando-se, pouco a pouco, do positivismo penal, sob cuja predominante influência se apresentam, ainda, os estudos como *A Motivação da Sentença* (ensaio de estréia) ou o *Nôvo Direito Penal Alemão* (síntese de maior fôlego e espírito crítico e sistemático muito agudo), o Prof. ROBERTO LYRA FILHO teve um período de namôro com o "tecnicismo jurídico", embora em feição sempre elástica, aberta e isenta daquele "estilo rococó", dum germanismo que ANTOLISEI (autor muito freqüentado por êle) condenou com veemência.

Creio que as produções mais significativas do Prof. ROBERTO LYRA FILHO, no que diz respeito ao aparecimento de marcante originalidade, no fundo e na forma, são, àquela altura: 1.º) o momentoso e longo voto, proferido no Conselho Penitenciário do (então) Distrito Federal, em que deu rumos totalmente novos à vida do instituto do livramento condicional, discriminando o mecanismo do que chamou habilitação genérica e habilitação específica ao benefício; distinguindo as órbitas de admissibilidade, conveniência e oportunidade; entrosando as perspectivas criminológica e jurídico-penal; 2.º) a oração de sapiência, a respeito de classificação das infrações penais, recolhida no volume de *Estudos em Homenagem a Nelson Hungria*, que despertou entusiasmo científico dêste homenageado, pela revisão fundamental do sistema, a partir do flagrante ou inquérito, pràticamente liquidando tôda uma errônea linha de aplicação dos Códigos Penal e de Processo Penal .

Êsses dois trabalhos capitais, de erudição perfeita, na retomada do *status quaestionum*, e grande originalidade, no delineamento de novas soluções, têm sido amplamente utilizados pelos juristas e até pela magistratura, inclusive de Brasília, onde, mais de uma vez, foram citados como razão de decidir.

Paralelamente, contudo, um espírito tão fecundo e aberto já se debatia na camisa de fôrça duma doutrina atada à *lege lata*, procurando escape àquela situação nos estudos criminológicos, mais amplos. Nesse roteiro, é que se traduz o encontro com a obra paterna; mas, como escreveu o próprio ROBERTO LYRA, ídolo de tantas gerações acadêmicas, ROBERTO LYRA FILHO não precisa de sua "herança", pois tem capacidade de produção e orientação próprias. O carinho filial proclama, por outro lado, que foi ao contato com a notável obra do genitor que se adextrou seu espírito, permitindo-o lançar-se à Criminologia, em roteiros originais.

Todavia, antes de passar aos campos da Criminologia e da Filosofia do Direito, em que se abriu a fase de consagração internacional do Prof. ROBERTO LYRA FILHO, cumpre assinalar que, entre 1961 (*Esquemas de Direito Processual Penal*) e 1969 (*Postilas de Direito Penal*), êle fêz despedidas áureas a êsses dois ramos do Direito, em sua apresentação legìtimamente técnica. Êsse caráter de despedida está bem marcado no prefácio ao segundo dêsses livros, em que o autor demonstra como e por que abandonou a "navegação de cabotagem", típica do trabalho jurídico em sentido tecnicista. Mas o importante é assinalar que as duas obras representam muito mais do que indicam os títulos, deliberadamente modernos. Êles podem iludir os não-especialistas; mas não enganariam, decerto, o gôsto seguro dos realmente doutos. Assim é que, no referente ao Direto Processual Penal, além da contribuição original sôbre classificação das infrações penais, já citada, o Prof. ROBERTO LYRA FILHO deixou-nos uma nova sistemática dos ritos, totalmente reelaborada, que um processualista do porte de F. M. XAVIER DE ALBUQUERQUE não hesitou em adotar, nos seus cursos, e lhe valeu a homenagem do convite, aceito e brilhantemente executado, para relator de uma parte do Anteprojeto Buzaid, em congresso jurídico da maior repercussão. Aliás, a distribuição, atraindo

a veia de processualista (penal e civil, no sentido unitário, que ganhou a disciplina modernamente), resultou em crítica, aprovada pelo plenário, àquele notável documento do professor paulista.

Êsses títulos fizeram lembrado o Prof. ROBERTO LYRA FILHO, muito recentemente, pelos organizadores do 5.º Congresso Internacional de Direito Processual, a realizar-se no México (1971), sendo êle incluído no rol dos que receberam consulta especial, para escolher os nomes dos relatores parciais brasileiros e do relator geral do 5.º tema.

Por outro lado, no que tange ao Direito Penal, as *Postilas*, publicadas em 1969, mas datadas de, pelo menos, cinco anos antes, também não são mera elucidação e sistematização de conceitos. A originalidade de certas colocações é tão flagrante, nesse livro, que êle ultrapassa o objetivo de servir à simples iniciação — que o título sugere — para abrir roteiros próprios, autônomos e harmoniosos.

Na Criminologia, atualmente, o Professor ROBERTO LYRA FILHO assumiu, como já notava, em 1965, a *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, em comentário editorial, "uma posição de liderança". Seria quase dispensável comprová-lo, pois o fato é, nos meios científicos, notório e pacífico. Demonstraram-no, inclusive além de nossas fronteiras, o convite aceito para a tarefa de que se desincumbiu o Prof. LYRA, com grande brilho: delinear o panorama da Criminologia para auditórios pós-graduados no Instituto le Ciencias Penales e na Universidade do Chile, em Santiago e Valparaiso (1968). Essas conferências, traduzidas para o castelhano pelo Prof. JAIME VIVANCO, sob o título *En Torno a la Criminologia*, foram publicadas, com grande êxito, na *Revista de Ciencias Penales* e encerram, junto com a elucidação de conceitos intrincados e controvertidos, posições originais, na metodologia e nas pesquisas empreendidas pelo Prof. LYRA, com o aproveitamento de amplos estudos, feitos por êle no Brasil e no estrangeiro, notadamente em Viena. O mesmo alto aprêço surge no interêsse que demonstrou o Professor DENIS SZABO pelos trabalhos do Prof. LYRA, chegando a convidá-lo para visitar o Departamento de Criminologia da Universidade de Montréal, Canadá, e ao Centro Internacional de Criminologia Comparada ,que ali funciona — estabelecimento que constitui modêlo internacional de ensino e pesquisa cirminológicas, no autorizado dizer de JEAN PINATEL. Ainda mais vigorosamente se marca a importância dos ensinamentos do Prof. LYRA, em Criminologia, pela acolhida de suas obras, na América e na Europa e os convites para *visiting professor*, como o formulado para outro grande centro, a Universidade de Jerusalém, pelo Diretor do Instituto de Criminologia, Prof. ISRAEL DRAPKIN. No âmbito naconal, muitos autores citam os trabalhos criminológicos do Prof. LYRA, fazendo generalizado côro de louvores às suas diretrizes originais ,de GILBERTO FREYRE aos Profs. GILBERTO DE MACEDO e HELENO C. FRAGOSO, ecoando os juízos internacionais de JEAN GRAVEN (Suíça), GERHARD MÜLLER (Alemanha), DENIS SZABO (Canadá), SEBASTIÁN SOLER (Argentina), LUIS RECASÉNS SICHES (Espanha-México) e EDUARDO NOVOA MONREAL (Chile).

Êste ano, a Comissão Fullbright, depois da aprovação do plano de pesquisas do Prof. LYRA por WALTER C. RECKLESS, professor emérito da Universidade de Ohio, concedeu-lhe um *grant* para *senior advanced research*, ao qual êle renunciou por excepcional dedicação às suas tarefas na UnB.

A importância das posições em teoria criminológica, do Prof. LYRA, demarcam-se bem na combinação de processos ,das direções "naturalista" e "culturalista"; na abordagem interdisciplinar, não apenas como "fusão" de dados de ciências diversas, mas enquanto abordagem multidimensional, armada *ab initio*, menos a título de protocolo metodológico do que da demolição das barreiras ,em níveis de análise, com recorte transversal; na assunção do problema da definição do crime enquanto dado do próprio afazer criminológico, dialetizando os *impasses* lógicos dos formalismos jurídico e sociológico, para superá-los, na preocupação de reconduzir ao esquema antropológico de base". Vimos que PINATEL reclamou êsse esquema ,para evitar "as mil sinuosidades dos trabalhos de detalhe" e as "pesquisas de pouca envergadura" na Criminologia. A êsse apêlo, o Professor LYRA dá uma resposta firme, cremos que mais firme do que a do próprio PINATEL, comprometido na adesão à metafísica, tomada de empréstimo a um psiquiatra devoto, embora digno e ilustre, como DE GREEF. Na obra do Prof. LYRA o caminho evolutivo, neste momento, atinge o climax, na verdadeira transfiguração em que, por assim dizer, os andaimes dessa obra são rompidos, para revelar uma fachada harmoniosa, com detalhes arquitetônicos insuspeitos. Êle retoma as grandes correntes do pensamento contemporâneo, visando a tecer as abordagens originais, não como simples justaposição eclética, ao saber dos meros repetidores da ciência alheia, porém como integração original. Os aspectos biopsíquicos e sociais tornam-se mais agudos no seu estudo sôbre caminhos e obstruções da teoria sociológica e uma verdadeira *Aufhebung* envolve o seu contato, agora marcante e explícito, com a problemática do homem e dos valôres, das estruturas, fissuras e contestações, das bases econômico-sociais e dum nôvo engajamento de sua Criminologia viva ou, como diria NAGEL, Criminologia Crítica. Neste ponto é que o Prof. LYRA enriquece a ciência a que dedicou seu notável talento, com os resultados de suas investigações antropológico-filosóficas e jusfilosóficas.

Tendo analisado, a fundo, o tridimensionalismo jurídico, mediante o qual REALE pôde alcançar repercussão e mesmo adesões internacionais de vulto para uma contribuição brasileira, o Prof. LYRA procurou extrair novas conseqüências da dialética de implicação e polaridade, para evitar, como êle enfatiza, que o tridimensionalismo, dito específico, apresente a feição de um caminho mais complexo, matizado e indireto, para uma rendição final ao chamado "princípio da segurança", que recobre, com verniz axiológico, algo redutível, afinal ,a um nôvo tipo de formalismo. É que as posições do Prof. LYRA não se poderiam acomodar num arremate, em última instância conservador, tal como a dialética hegeliana, que termina com a dissolução do indivíduo e uma semi-divinização do Estado prussiano. Aqui, mais uma vez, a dialetização, tal como a compreende o Prof. LYRA, procura coligar teoria e *praxis* e questionar estruturas, sem compromissos com qualquer delas, ao invés de avalisá-las, eruditamente. O momento atual da reflexão jusfilosófica do Prof. LYRA é marcado por uma preocupação, muito enfatizada, de uma espécie de "adeus à disponibilidade", fazendo o engajamento, não como o de outro célebre adeus, no sentido do passado, mas na direção do futuro. Os três princípios nucleares combinam-se, para a síntese: enquanto a mera formalização tendia a recobrir as adesões do "positivismo" ou formalismo legal, a pura eficácia tendia a formar-se em têrmos, quer de historicismo clássico, quer do relativismo e formalismo, que obscureceu a dialética estrutural, imobilizando os parâmetros numa "sociedade global", para cômoda referência. É certamente ao terceiro princípio, o da legitimidade, que o Prof. LYRA vem dedicando maior atenção. A formalização detém-se na perfeição geométrica

de KELSEN; a eficácia dissolve-se perante o jôgo de pluralidades axiológicas e até pluralidades de "ordenamentos jurídicos", nas grandes formações dilaceradas pela estratificação em conflito. Para integrar a visão do Direito, o apêlo à legitimidade é o único em que se evitam os formalismos sociológicos ou legais. Todavia, sua grande reelaboração, que levou o Prof. LYRA a falar num tridimensionalismo, não só específico, mas global, coloca-o na vanguarda da construção, na qual êle não hesitou em reformular-se, interiormente, para atender ao clamor das tensões sociais. Nesse contexto, que sofre o acícate da *praxis*, o Prof. LYRA tem procurado sublinhar o papel da consciência ética e das reformulações do rol capital dos direitos do homem, para que "representem, mais do que simples declarações internacionais, a prática efetiva, em todos os recantos do mundo". Como intelectual livre, mostra-se infenso às exasperações sectárias, ao mesmo tempo que, com progressivo aumento de fôrça e clareza, também denuncia o isolamento teórico, surdo às conjunturas e perdido nas nuvens duma teoria que não corresponde ao nível de atuação num momento histórico. A dialética, atingindo simultâneamente os terrenos do concreto histórico e dos percalços dum princípio imanente de liberdade e libertação, une o homem enquanto cognoscente, enquanto agente puro e enquanto agente conscientizado das direções possíveis, na "ação recíproca" entre reorientação teórica e atuação prática. Atuação intelectual, bem entendido — que não é o menos importante.

No passado ,o terreno da legitimidade das normas formalizadas e eficazes ficou relegado a um jusnaturalismo, em última análise conservador, pela sua vinculação a padrões axiológicos fixistas. A queda do jusnaturalismo clássico provocou a relativização historicista ,em que o formalismo floresce, pela falta dum terreno onde se resolva o confronto permanente entre Creonte e Antígona.

A grande fecundidade das colocações da obra do Prof. LYRA está em levar, para o interior da jusfilosofia, aquêle confronto, enquanto tal, e fazer dêle, mesmo, o ingrediente nuclear da linha de absorção e superação. O problema da norma jurídica, tal como o problema do crime, formalizado em norma, são, enfim, substancialmente idênticos, pois a norma jurídico-penal, com sua exacerbação sancionatória, denuncia, mais agudamente, as tensões de que nasce. A unidade substancial da obra do Prof. LYRA está nesse empenho, que poderíamos classificar como de superação das antinomias de RADBRUCH, conferindo-lhes um *tonus* dialético e não meramente *lógico*. Neste sentido, a anomia "integra" o sistema de normas — mas não como o ilícito se integra no ordenamento jurídico à KELSEN — e o perfil global do Direito *funde* as juridicidades substanciais e as formais: a afirmação normativa e a contestação anômica indicam, nesta última, a portadora de outros projetos normativos e quadros referenciais de valor, cujo sucesso ou malôgro representará, em cada momento, a resultante do choque entre estrutura e contrôle, dum lado, e desafio e mudança, de outro. É claro que se distinguirá, nesse contexto, a mera infração de normas e a *anomia*, pois a primeira representa, de certa forma, uma "aceitação" da norma e uma expectativa "normal" de sanção, tudo em conformidade com as "regras do jôgo" de determinada estrutura e organização sociais, enquanto a segunda representa uma presença de grupos mais ou menos amplos, de questionamento de normas, em função de outros projetos vitais. O amadurecimento dêstes, quando situados na linha objetiva da atualização histórica, desencadeia mudança, pondo o "direito" formalizado, não em conflito com meros *fatos*, e, sim, com

os elementos da dialética do Direito mesmo e reativando o processo de formação jurídica. Com essa colocação, o esquema do Prof. LYRA dissolve a velha teoria das fontes e, ao mesmo tempo, destrói as barreiras teóricas e, em certos formalismos, até mesmo práticas, entre fonte, norma, interpretação e aplicação do Direito. A criação de novos modelos representará, assim, mais do que simples renôvo de sistemas peremptos, como nalgumas tentativas, uma assunção das diretrizes históricas, não a título de simples relativismo, e, sim, à guisa de conscientização, dentro do processo, de suas virtualidades de superação e a abertura de campos, onde aquela "necessidade" histórica funda a liberdade de inserção e reorientação, ao invés de apassivar-se, fechando os olhos ao jôgo das fôrças contraditórias ou esperando, fatalìsticamente, os resultados do choque de interêsses.

A exposição dêsses lineamentos prescinde, é claro, da riqueza de ilustrações e matizamentos com que o Professor LYRA vem desenvolvendo suas pesquisas e seu ensino — de que somos, aliás, beneficiário direto e imediato, pelo convívio diuturno intenso, ora em salas de aula, ora em debates de seminários, ora mesmo em seu próprio gabinete de trabalho, na Universidade de Brasília, há quase cinco anos — mas basta para indicar a direção geral, num convite ao contato mais demorado e profundo com os ensinamentos do mestre da Universidade e suas obras escritas. E, principalmente, serve para mostrar a razão de mais um sucesso do Prof. LYRA. Quando foi escolhido para dirigir os Departamentos de Filosofia e História da UnB, fundidos numa só unidade, assumiu a função, além do plano administrativo, em um sentido de liderança intelectual, reformulando programações, de forma a dar, inclusive, ao ensino da História um nôvo impulso e fazer sentir, imeditamente, a fôrça duma personalidade cujo repertório de informação científica e filosófica — dizemo-lo, inclusive, por experiência própria — é preciso ver para crer.

Por outro lado, êsse cabedal, capaz de impressionar, como tem impressionado, os eruditos, vem sendo ùltimamente, desenvolvido pelo Prof. LYRA numa abertura ao diálogo com as aspirações e inquietações dos jovens, que dêle se aproximam e logo se transformam em discípulos, conservando por êle uma admiração tão intensa que, muitas vêzes, sobrevive ao têrmo normal dos períodos letivos, convertendo-se em fecunda emulação intelectual. Para explicar êsse clima, diz êle que tem procurado salvar-se da alienação (no sentido que relega o intelectual à clássica tôrre de marfim, acomodada e cômoda), sem cair noutra alienação, a da *praxis* cega, que LEFEBVRE chamou de "dogmatismo bruto". Neste sentido, tempera com os produtos da maturidade equilibrada um entusiasmo, ainda cheio de vibração jovem, que tem procurado identificar-se, compreensivamente, com as esperanças, as inquietações e, também, as decepções dos mais moços (*).

(*) Quando foi redigido êste artigo, o Prof. ROBERTO LYRA FILHO ainda não havia publicado o longo ensaio, que apareceu nos dois primeiros números desta Revista. O referido escrito, refundido e ampliado, será brevemente editado, sob o título *Criminologia Dialética*. Nesta, que exigia uma análise minuciosa, à parte, entrosam-se em contribuição original, as linhas de investigações que já assinalei: a filosófica (antropologia filosófica e filosofia do direito, bem como a epistemologia das ciências humanas), a jurídica (direito penal e a *décalage* de sua doutrina perante os avanços filosófico-jurídicos) e criminológica (para uma revisão crítica e reconstrução de tôda a criminologia, inaugurando uma nova sistematização, quase ousaria dizer uma nova escola).

DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA

Uma apresentação

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

A estabilidade política social é premissa do desenvolvimento de uma comunidade organizada em Estado. Os processos de criação de riquezas, notadamente os que demandam grandes concentrações de recursos, privados ou públicos, não são deflagrados ou não têm continuidade quando há incerteza quanto à permanência das instituições e à manutenção da ordem pública.

Ambos os conceitos — permanência institucional e ordem pública — fundem-se em outro, de maior hierarquia, a que chamamos de *segurança pública*. A expressão, ao que parece, nasceu de uma extrapolação da idéia de segurança individual, alçando-se do indivíduo para o corpo social e, dêste, para o Estado; mas, nesta evolução, foi-se enriquecendo com características próprias, a tal ponto que seria um êrro dizer-se, agora, que *segurança pública* representa mero somatório da segurança dos indivíduos de uma determinada circunscrição política. Com isso, por segurança *pública*, já não deve ser entendido apenas *segurança do público*, porém com outras mais amplas conotações, *segurança das instituições públicas*.

Conceitua-se, assim, segurança pública, como um *valor social* a ser promovido pelo Estado, em que o interêsse coletivo, na existência de uma ordem jurídica institucionalizada e estável e na incolumidade individual e do próprio ente estatal, esteja atendido satisfatòriamente, a despeito de comportamentos e de situações adversativos.

O interêsse coletivo é, como se pode observar, triplo: refere-se ao Estado, aos indivíduos e às instituições; nem o Estado tem primado sôbre o indivíduo, nem êste sôbre o Estado — o primado é o da *lei*, daí a referência, imprescindível, às instituições e a precedência, que damos, até esta altura, aos demais têrmos. Estado e indivíduo devem coexistir, cada qual em seu campo de atuação, cada qual com sua proteção apropriada, cabendo à ordem jurídica propiciar os institutos necessários para êste fim; por isto é que o Direito ora tutela precìpuamente os interêsses individuais, ora os do Estado.

Entretanto, à existência do Estado, dos seus habitantes e das suas instituições, duas ordens de fatôres adversos poderão se opor. Certos fatôres são os que criarão óbices independentemente de direta [illegible] tade humana, tais como poderão fazê-lo epidemias, geadas, chuvas prolongadas, cataclismos em geral — chamamo-los *fatôres estáticos*; outros, criá-los-ão como direto resultado da manifestação da vontade, fruto de comportamentos voluntários que visam subverter valôres de convivência social — denominamo-los *fatôres dinâmicos*.

Eliminar ou neutralizar êsses óbices é, portanto, a tarefa a que se deve entregar o Estado para alcançar ou manter um *razoável grau* de satisfação da segurança pública (razoável grau, porquanto, sendo a segurança pública um valor social, jamais será absoluta, ou seja ,estará atendida plenamente: deverá ser sempre aferida e referida relativamente).

Ora, se cabe ao Estado agir em prosseguimento da segurança pública, torna-se, na prática, necessária uma revisão de posições frente a valôres; assim é que, antes da proteção do superior bem, em têrmos de estrita ética, qual seja a *incolumidade individual*, bem como antes da preservação do valor socialmente mais imperioso, qual seja a *estabilidade e permanência das instituições*, deve o Estado agir em sua *auto defesa*.

Temos, assim, combinando os critérios, que ao Estado cumpre desenvolver, sob considerações inafastáveis de ordem pragmática, três atividades no campo da Segurança Pública: 1.ª — auto-defesa; 2.ª — defesa das instituições jurídicas, e 3.ª — salvaguarda dos indivíduos.

Essas atividades, todavia, apresentam extensa gama de variações, desde as tarefas de mera informação às ações de beligerância.

Bàsicamente, duas serão as modalidades de atuação de segurança: *preventiva* e *repressiva*. Há os que acrescentam uma terceira — a *operativa*; como se verá, não será esta mais que uma fase agravada da modalidade de venção e repressão, as modalidades de atuação do Estado que se oporão às situações e comportamentos adversativos.

Compete ao Estado *prever* o surgimento de óbices e envidar todos os esforços e adotar tôdas as cautelas para preservar-se, manter incólumes suas instituições e salvaguardar seus habitantes; para tanto, deve antecipar-se às possíveis violações, através de instrumentos de *prevenção*. Todavia, uma vez deflagrado um processo desagregador dêsses valôres, deve o Estado *prover*, através de medidas de outra natureza, a neutralização ou extinção dos óbices, através de instrumentos de *repressão*.

Ambas as atuações — de prevenção e de repressão — são disciplinadas pelo Direito Público interno, nos seus ramos Constitucional, Processual e Administrativo.

Mas não apenas quanto às *modalidades* — preventiva e repressiva — e quanto às disciplinas jurídicas — Constitucional, Processual e Administrativa — pode-se classificar as atuações do Estado em tema de Segurança. Cabe, ainda, entre outras, mencionar as que podem ser feitas quanto à *competência* — federal, estadual e municipal — e quanto à *origem dos comportamentos e situações adversativas* que comprometem a segurança — externa e interna.

Como método de estudo, melhor parece valermo-nos de uma combinação de critérios, distinguindo, em primeira plana, as atuações quanto à segurança *externa e interna*. Uma vez que o tema de segurança externa tem tratamento preponderante constitucional e entrelaçado com o Direito Internacional Público, concentrar-nos-emos sôbre a seguranaç interna, distinguindo, sucessivamente, a atuação *preventiva* e *repressiva* e, nesta, as formas *policial*, *judiciária*, *política* e *militar*. Poder-se-á reparar ,então, que, com exceção

da forma de repressão judiciária, regida quase que integralmente em ramos autônomos do Direito — o Penal e o Processual Penal — e que cabem ao Poder Judiciário, se bem que não exclusivamente, tôdas as demais formas de repressão se desenvolvem na órbita do Direito Administrativo (não obstante possam apresentar, às vêzes, alguns de seus institutos, assento de nível constitucional), competindo, maciçamente, ao Poder Executivo.

Cumpre-nos, a partir dêste método, desenvolver uma apreciação itemizada.

1. *Prevenção e repressão na segurança pública externa*

A competência neste campo é privativa da União. A prevenção se faz pelas multiplas formas de atuação da diplomacia, de ação suasória, e pelas manutenção de fôrças armadas regulares, de presença dissuasória. Quanto à *repressão*, processar-se-á, até certa fase, em nível *político*, com o protesto formal, o rompimento de relações e a declaração de estado de beligerância, mas, atingido êste ponto ou antes, se as circunstâncias assim o obrigarem, a repressão será *militar*, qualificando-se, a repressão, como de natureza operativa.

2. *Prevenção na segurança pública interna*

É campo de atuação da polícia. Como é sabido, o poder de polícia tanto se exerce predominantemente sôbre os bens e os direitos que lhes são relativos, quanto se impõe, prevalentemente, sôbre as pessoas. Na forma objetiva, é uma manifestação de *dominium* do Estado sôbre tudo que se encontre sob sua soberania; na forma subjetiva, é manifestação do *imperium* do Estado. A forma objetiva é tratada no capítulo que se costuma dominar de *polícia administrativa*; já a forma subjetiva, é matéria da chamada *polícia de vigilância*.

A *polícia administrativa* atua através de restrições de uso e gôzo de direitos individuais, especialmente da propriedade, em vários campos da atividade humana: especializando-se as polícias de *costumes*, das *comunicações*, de *viação*, do *comércio* e *indústria*, das *profissões*, de *estrangeiros*, *edilícia* e outras mais, tôdas objeto de estudo do Direito Administrativo.

Assim é que cabe à *polícia de costumes*, limitar as atividades que afetem, tão só pelo exemplo, e destruam pela prática, o vigor moral do povo. Os instrumentos policiais, poderão ser, por sua vez, de prevenção e de repressão: as *limitações* agirão preventivamente contra o alcoolismo, a pornografia, a indecência, o uso de estupefacientes, a perversão sexual, o proxenetismo, a vadiagem, a crueldade contra os animais ,os jogos de azar e outras formas de dissolução social; falhando as limitações, deflagram-se as sanções de polícia, que são os instrumentos de repressão, como a censura, a interdição de locais, a cassação de licença e outras mais.

À *polícia das comunicações* cabe disciplinar o uso dos meios de comunicação social, incluindo-se a reunião ocasional ou permanente de pessoas, atividades que, não obstante em princípio asseguradas nos §§ 5.º, 8.º, 9.º, 27 e 28, do art. 153, da Constituição da República Federativa do Brasil, também sofrem limitações em atenção à segurança pública. A manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informações independem de censura, porém estão sujeitas a contrôle *a posteriori*, de modo que, cada um, responderá pelos abusos que cometer. Quanto a livros, jornais, e periódicos, independerão de licença, o que não significa que não possam ser submetidos a qualquer outra sorte de censura prévia. Quanto à correspondência e às comunicações telegráficas, é-lhes garantido o sigilo, quebrável apenas em estado de sítio. A reunião para intercâmbio de idéias, seja em recintos fechados ou abertos ao público, independe, em princípio, de qualquer formalidade o que nada impede, entretanto, poder ser exigida, em determinados casos, a comunicação prévia do local da reunião e, se em logradouro, a autorização, bem como a designação, pela autoridade, do lugar adequado. Da mesma forma, é assegurada a liberdade de associação, mas a sociedade que promover atividade ilícita ou imoral ficará sujeita à dissolução compulsória, por ação direta, mediante denúncia popular ou do órgão do Ministério Público, repressão, como se vê, por exceção, hetero-executória.

Muito importante, na temática das comunicações sociais, a polícia das diversões e dos espetáculos públicos; tais veículos se destinam à comunicação de massa e, assim, merecem um maior cuidado por parte do Estado, de vez que a possível periculosidade das mensagens fica potenciada em escala imprevisível. As peças teatrais ,as películas cinematográficas, os programas de rádio e de televisão, as funções circenses e outros espetáculos abertos ao público, inclusive atividades recreativas de parques de diversões, sujeitam-se, por isso, à censura prévia ;é a polícia das diversões e espetáculos públicos. Finalmente, os cultos, em princípio livres e assegurados como a mais elevada manifestação de liberdade de consciência, sujeitar-se-ão ao Poder de Polícia sempre que excederem do religioso para transformaram-se em veículo de prática ou pregação subversiva ou imoral.

A competência para realizar a censura é federal (CRFB, art. 8.º, VIII, *d*) mas a vigilância bem como o licenciamento das casas de espetáculo, é municipal.

A *polícia de viação* envolve a disciplina do trânsito e do tráfego. O marítimo, compreendido o fluvial, e o aéreo, são regidos por legislações próprias de competência federal, conforme as reservas constitucionais estabelecidas no artigo 8.º, a saber: para a navegação aérea, inciso XV, *c*, e inci- XVII, *b*; para a navegação marítima, fluvial e lacustre, incisos XV e XVII, *b* e *m*. Pela sua especialidade, embora constituam materialmente Direito Administrativo, são objeto, respectivamente, do Direito Aeronáutico e do Direito Marítimo, bem como, se disciplinadas em tratados e convenções internacionais de navegação aérea, marítima, fluvial e lacustre a que o Brasil haja aderido, objeto do Direito Internacional Público. Remanescem o trânsito e o tráfego nas vias terrestres. Do tráfego terrestre, desdobra-se o ferroviário, cuja regulamentação, para sua segurança, obedece a um sistema federal específico, e o rodoviário urbano e interurbano, que obedece à legislação básica federal, o Código Nacional de Trânsito, baixado pela Lei n.º 5.108, de 21 de outubro de 1966, modificado pelo Decreto-Lei n.º 237, de 29 de fevereiro de 1967, conforme o artigo 8.º, XVII, *n*, da Constituição, sem prejuízo da competência supletiva estadual (CRFB, artigo 8.º, parágrafo único) e da municipal (CRFB, art. 15, II).

A *polícia do comércio e indústria* atua limitativamente de várias maneiras: nas feiras, nos mercados, no comércio ambulante, no sistema oficial de pesos e medidas, na classificação, qualificação e tipificação de substâncias e mercadorias.

A polícia do comércio a retalho é maciçamente municipal mas já o comércio exterior, de importação e exportação, obedece a estrita disciplina federal, constante, bàsicamente, da Lei n.º 2.143 ponderante sôbre a de polícia, a atividade de ordenamento econômico do Estado. A política e o sistema nacional de metrologia são fe-

derais, constantes, atualmente, do Decreto-Lei n.º 240, de 28 de fevereiro de 1967, que define os órgãos, cria o Instituto Nacional de Pesos e Medidas e enuncia o sistema, padrões, infrações e penalidades.

A *polícia das profissões* submete as atividades privadas ,de caráter técnico e científico, em que tem o Estado interêsse, a regras de disciplina e fiscalização. Inúmeras leis especiais regem a matéria, por expressa reserva constitucional (CRFB, art. 8.º, XVII, *r*), tôdas federais. Lembrável que, também, emprêsas de prestação de serviços profissionais podem estar sujeitas a estas limitações administrativas especiais de polícia como, po rexemplo, as que se destinam à busca de informações reservadas, de vigilância particular, de investigações, etc.

A *polícia de estrangeiros* em estreita relação com a segurança do Estado. A Constituição assegura, em princípio, em tempo de paz, a qualquer pessoa, entrar com seus bens em território nacional, nêle permanecer ou dêle sair (CRFB, art. 153, § 27), mas, conforme o próprio preceito o ressalva, obedecidas as limitações de polícia estabelecidas pela lei, de competência federal; o assunto tem conotações de Direito Internacional Privado que devem ser evidenciadas.

O Decreto-Lei n.º 941, de 13 de abril de 1969, que deu complementaridade à norma constitucional, disciplinando vistos de entrada, impedimentos, naturalização, extradição, deportação e condição de asilado, bem como os direitos e deveres dos estrangeiros, fixa o que se denomina de estatuto dos estrangeiros, de permanente interêsse em tema de segurança nacional, externa ou interna.

Por último, citamos, sem esgotar as variedades, a *polícia edilícia*, responsável pela disciplina física dos meios urbanizados, que visa a tornar mais segura (a par de mais salutar, mais digna e mais agradável) a vida nos espaços habitáveis, regulando o uso da terra, no que se refere à sua ocupação com tôda sorte de construções. O assunto é de predominante interêsse municipal (CRFB, art. 15, II), sendo objeto de Códigos de Obras, de Urbanização ou de Desenvolvimento Urbano, no que se refere às construções, se individualmente tomadas, e de Planos Diretores, se coletivamente considerados. A matéria, entretanto, é objeto, hodiernamente, de um tratamento sistemático em ramo já didàticamente definível, que é o Direito Urbanístico, de dimensão maior, envolvendo todos os problemas de uso humano da terra para habitação, circulação, trabalho e recreio.

Feitas as rápidas observações, que seriam permissíveis dentro de um trabalho de abertura do Direito Administrativo de Segurança Pública, a respeito dos ângulos da segurança cobertos pela *polícia administrativa*, podemos nos voltar aos mecanismos preventivos da *polícia de vigilância*.

Considera-se o fim precípuo da vigilância a *informação*; nem sempre os órgãos policiais incumbidos de missões de vigilância estarão aprestados para eventual repressão, salvo se esta fôr emergente, mas deverão estar atentos, de modo a que possa ser ela providenciada na ocasião oportuna e na certa medida.

A vigilância pode ser realizada pelo Estado através de vários instrumentos: registros prévios (como cadastros, inscrições, relatórios), inspeção e presença dissuasória de guardas ,rondas, ou fôrças de choque.

As organizações policiais de tôda natureza e de todos os graus federativos — Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícias Civis Estaduais, Polícias Militares e Polícias Rodoviárias Estaduais — incluem, entre suas funções, atribuições de vigilância; além dessas, há outras organizações de vigilância setoriais ou locais, como as

Guardas Civis, Guardas Municipais, Guardas Judiciárias e Guardas de Estabelecimentos Públicos.

No plano federal, as mais importantes atribuições de vigilância estão cometidas ao Departamento de Polícia Federal, reguladas pela Lei n.º 4.438, de 16 de novembro de 1964, dentre as quais destacam-se: a fiscalização das fronteiras terrestres e da orla marítima; a fiscalização dos passageiros procedentes do exterior ou que se ausentam do País; o registro geral dos estrangeiros; a direção da polícia preventiva de guarda aérea, portuária e de aeroportos; a expedição de passaportes; a segurança pessoal do Presidente da República, de diplomatas, de visitantes oficiais e de outras autoridades, e a coordenação de interligação, no País, dos serviços de identificação dactiloscópica, civil e criminal.

No plano estadual, as atribuições de polícia de vigilância se distribuem entre órgãos das Secretarias de Segurança Pública. No Estado da Guanabara, apenas exemplificativamente, são êles: a Polícia Militar, o Corpo de Bombeiros, a Superintendência da Polícia de Segurança, o Departamento de Trânsito, o Corpo Marítimo de Salvamento e a Guarda Civil do Estado da Guanabara.

Completam o sistema preventivo, a comunidade nacional de informações, tendo à cúpula o Serviço Nacional de Informações — S.N.I. (Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, art. 32, II).

3. *Repressão policial na segurança pública interna*

Falhando a prevenção, entra em ação o mecanismo repressivo do Estado. A repressão policial, de que ora trataremos, poderá consistir ou na *ação imediata* contra o indivíduo, dispersando multidões, dissolvendo aglomerações e prendendo em flagrante delito, ou na *ação preparatória* da repressão de constrição, no sentido estrito, e aquela última, a ação preparatória, consiste na atuação de *polícia judiciária*.

As *medidas policiais de constrição*, por suas características, exigem o emprêgo da fôrça pública. Emergindo estado de necessidade pública, pode ocorrer que a repressão direta contra a pessoa do indivíduo seja a única solução para manter ou restabelecer a ordem violada. De logo, tais medidas cabem aos órgãos policiais de vigilância mas, conforme a gravidade, deverão passar às milícias estaduais.

Estas milícias, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Territórios, são as *polícias militares* organizações de assento constitucional, fundadas na disciplina, estruturadas hieràrquicamente e instituídas para a manutenção da ordem pública e segurança interna no âmbito dos respectivos territórios. Compete à União legislar sôbre sua organização, efetivos, instrução, justiça e garantias, bem como sôbre as condições gerais de convocação e mobilização (CRFB, art. 8.º, XVII, *v*) vigendo, a respeito, o Decreto-Lei n.º 317, de 13 de março de 1967.

Ainda constitucionalmente (CRFB, art. 13, § 4.º), são consideradas fôrças auxiliares, reserva do Exército, mantendo, por isto, correspondência dos postos e graduação até seu grau hierárquico mais elevado, que é o de Coronel.

Compete às Polícias Militares: fazer o policiamento ostensivo, atuar como fôrça de dissuasão (formas preventivas), atuar de maneira repressiva precedendo o emprêgo eventual de Fôrças Armadas (forma repressiva) e atender à convocação do Govêrno Federal, em caso de guerra externa ou para prevenir ou reprimir grave subversão da ordem ou ameaça de sua irrupção (forma repressiva-operativa).

A *polícia judiciária* se volta à apuração dos ilícitos penais e à assegura-

ção do cumprimento das decisões judiciárias. Poderá ser ou federal, exercida, neste caso, pela Polícia Federal — DPF, em relação às matérias de competência da justiça federal, ou estadual, exercida pelas polícias civis estaduais. No Estado da Guanabara, a atribuição está entregue a um órgão da Secretaria de Segurança Pública, a Superintendência de Polícia Judiciária.

4. *Repressão política na segurança pública interna*

Certas violações da ordem, por suas características, provocam uma repressão direta do Govêrno, importando em constrangimento pessoal independentemente de qualquer intervenção do Poder Judiciário. Tais medidas auto-executórias são de delineamento constitucional, reservadas ao Poder Público Federal, quase que exclusivamente ao Chefe do Executivo, e têm sentido eminentemente político e não criminal.

São repressões desta categoria, de competência do Presidente da República:

1. A decretação de *perda de nacionalidade* de brasileiro que, sem sua licença, aceitar comissão, emprêgo ou pensão de govêrno estrangeiro (CRFB, art. 146, II).
2. A decretação de *perda dos direitos políticos* de cidadão que se recusa, baseado em convicções religiosas, filosóficas ou políticas, à prestação de encargo ou serviço impostos aos brasileiros em geral (CRFB, art. 149, § 4.º, *b*) e pela aceitação de condecoração ou título nobiliárquico estrangeiros que importem restrição de direito de cidadania ou dever para com o Estado brasileiro (CRFB, artigo 149, § 1.º, *c*).
3. A decretação de banimento (CRFB, art. 153, § 11).
4. A decretação de *expulsão* de estrangeiro (Decreto-Lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969).
5. A decretação do estado de sítio, quando, em estado de necessidade nacional, nos casos de guerra e de grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção, para preservar o Estado e suas instituições, houver por bem de limitar ou suspender direitos e garantias individuais ou tomar outras medidas similares (CRFB, art. 155 e seguintes).

De competência da *autoridade policial*, excepcionalmente:

A *deportação* de estrangeiro em caso de entrada ou permanência irregular no País (Decreto n.º 941, de 13 de outubro de 1969). Observe-se que a deportação, não obstante ser ato de autoridade policial, tem nítido caráter político.

5. *Repressão judiciária na segurança pública interna*

Excetuando-se os casos estritos de previsão constitucional, incumbe ao Judiciário a repressão direta contra a pessoa do indivíduo pela aplicação da *pena criminal*.

A tipificação dos ilícitos penais e a aplicação das penas são matéria do Direito Penal, Comum e Militar. Além das formas comuns de criminalidade, tratadas no Código Penal, na Lei de Contravenções Penais e no Código Penal Militar, há delitos previstos em abundante legislação administrativa especial, como os delitos florestais, os de caça, os de pesca, os de economia popular, os de saúde, os fiscais, os de telecomunicações, os de menores, os eleitorais, os de abuso de autoridade e outros.

Constituindo um sistema criminal paralelo, existem os *crimes de responsabilidade*, cuja tipificação escapa à reserva de competência da União porque têm conotação política. Tratam dos crimes de responsabilidade as Leis ns. 1.079, de 10 de abril de 1950 (que os define e regula o respectivo processo de julgamento), 5.249, de 9 de fevereiro (que dispõe sôbre a ação pública nos crimes de responsabilidade), o Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967 (que dispõe sôbre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, alterado parcialmente pela Lei n.º 5.659, de 8 de junho de 1971), e o Decreto-Lei n.º 411, de 8 de janeiro de 1969 (que estende nos arts. 62 e 68, aos Prefeitos e Vereadores dos Territórios as disposições do diploma anterior), além das Constituições Federal e Estaduais.

A repressão judiciária, em tema de segurança pública, assume maior importância quando se trata dos crimes específicos contra a *segurança nacional*. A matéria está legislada no Decreto-Lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969, que define aquêles crimes, as penas, regula o respectivo processo e, em disposições preliminares, fixa conceitos ligados ao problema. Por disposição constitucional (CRFB, art. 129), a Justiça Militar é o fôro especial para o julgamento dos crimes contra a segurança nacional.

Na repressão judiciária, capitula-se ainda a *suspensão de direitos*, declarada pelo Supremo Tribunal Federal (Constituição, art. 154), em caso de abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção. Proceder-se-á por representação do Procurador-Geral da República e, ao paciente, será assegurada ampla defesa.

A Constituição prevê, finalmente, duas outras formas de repressão através do Poder Judiciário: a *perda da nacionalidade brasileira* (art. 146, III) e a *perda ou suspensão dos direitos políticos* (art .149, § 2.º).

A execução penal, inclusive das medidas de segurança criminais, que importem em encarceramento (prisão simples, detenção ou reclusão), será feita, em cada Estado, no Distrito Federal e nos Territórios por órgãos locais, atendidas as normas estaduais e federais respectivas; todavia, as normas gerais, por reserva constitucional (CRFB, art. 8.º, XVII, *c*), são baixadas pela União. A Lei n. º3.274, de 2 de outubro de 1957, contém estas normas gerais que constituem, juntamente com a legislação local, as fontes do Direito Penitenciário, ramo especializado do Direito Administrativo.

6. *Repressão militar na segurança pública interna*

Tanto no caso da segurança interna, que tratamos de modo particular, quanto no caso da segurança externa, a que apenas mencionamos atrás, quando atinja aquela atuação, qualificada como opositora ao Estado e às suas instituições, forma de tal modo violenta e organizada que os sistemas repressivos examinados nada mais possam fazer para detê-la, neutralizá-la ou eliminá-la, a repressão passa a ter caráter *operativo-militar* e é confiada às Fôrças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica.

As Fôrças Armadas são definidas constitucionalmente como instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade do Presidente da República, destinando-se à defesa do País, à garantia dos podêres constuídos, da lei e da ordem. Seu regime básico se encontra na Seção VI, do Capítulo VII — Do Poder Executivo, da Constituição Federal, arts. 90 a 93.

As ações de ordem operativa serão empreendidas em intensidade variável, conforme a necessidade, podendo alcançar aquelas típicas da guerra conven-

cional sem que seja necessária a providência do art. 8.º, II, e 81, XI, da Constituição Federal, a declaração formal de guerra. Na verdade, o desencadeamento de operações militares resulta de uma *situação de fato* e de um imperativo inelutável, já de *defesa nacional*, entendida esta como uma atuação extrema, no quadro da segurança nacional.

Observações importantes, principalmente no que diz respeito às relações federativas, ressaltando o *caráter de emergência* da atuação das Fôrças Armadas, resultam do disposto no art. 10, III, da Constituição Federal, autorizativo da intervenção no Estado-membro sempre que se a fizer para manter a integridade nacional, repelir invasão estrangeira ou a de um Estado em outro e para pôr têrmo a perturbação de ordem ou ameaça de sua irrupção, bem como adiante, no art .91, que fixa a atribuição, e correlata responsabilidade, das três Fôrças, conjuntamente consideradas, no que respeita à segurança interna.

Esta singela sistematização, que se ressente de amanho mais adequado, que lhe mereceria melhormente à clareza e ao discurso técnico, vem com a pretensão de desbravar desvãos doutrinários que, não obstante serem de inegável importância, padecem do oblívio dos temas fronteiriços e multidisciplinares.

Matéria esparsa nas áreas de constitucionalistas, processualistas, penalistas e administrativistas, não logrou, todavia, merecer, dos respectivos doutrinadores, esfôrço integratório a partir de nenhuma delas. Há como que certa cerimônia de uns em ocasionalmente adentrar seara dos outros. Por isto é que, se outro mérito não tiver êste trabalho, talvez o justifique o ter reunido, sob um enfoque integrante, um tema que já está exigindo, pela sua crescente e inegável importância, tratamento sistemático em doutrina, senão em legislação nacional.

Nôvo Direito Penal

Saíram o segundo e o terceiro volumes do livro "NÔVO DIREITO PENAL" do professor **Roberto Lyra**, Ex-Ministro da Educação e Cultura e Membro da Côrte Permanente de Arbitragem de Haia.

O chefe da escola penal brasileira diz tôda a verdade sôbre crime, criminoso, pena e temas afins.

O professor **Roberto Lyra** liga o Direito Penal a tôdas as ciências humanas sociais, projetando-o como base, comunicação e estímulo da cultura geral e **das técnicas profissionais.**

A matéria reunida e revelada em "NÔVO DIREITO PENAL" não consta de outro livro, iluminando caminhos para a interpretação e a aplicação das leis penais sob todos os aspectos.

Pedidos pelo Reembôlso Postal a Borsoi & Cia. — Rua Francisco Manuel, 55 — Benfica — ZC-15 — Rio da Janeiro — GB.

Telefones: 248-8176 e 248-2834.