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.

REVISTA DE DIREITO PENAL

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

Diretor: Prof. HELENO C. FRAGOSO

N.º 5

JAN. - MAR./1972

EDITOR BORSOI

COLABORAM NESTE NÚMERO:

ALDEBARO CAVALEIRO MACEDO KLAUTAU — Professor Catedrâtico da Fac. Dir. da Univ. Federal do Pará.

ANIBAL BRUNO — Professor catedrático aposentado da Fac. Dir. da Univ. Federal de Pernambuco.

ENRIQUE CURY — Professor da Fac. Direito de Valparaiso — Chile.

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO — Professor titular da Fac. Dir. Cândido Mendes.

NILO BATISTA — Professor da Fac. Dir. Cândido Mendes.

ROBERTO LYRA — Professor catedrático da Fac. Dir. da Univ. Estado da Guanabara.

SEBASTIAN SOLER — Professor da Fac. Dir. da Univ. de Buenos Aires.

INSTITUTO DE CIENCIAS PENAIS (Fac. Dir. Candido Mendes)

RAFAEL CIRIGLIANO (diretor), HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (sec. geral), ALEXANDRE G. GEDEY (sec. executivo), EDERSON DE MELO SERRA, HORTÊNCIO CATUNDA DE MEDEIROS, JOAQUIM DIDIER FILHO, NILO BATISTA, OLIMPIO PEREIRA DA SILVA, SILVIO AMORIM DE ARAÚJO, VIRGÍLIO LUIZ DONNICI.

SUMÁRIO

DOUTRINA

Sebastian Soler — *Causas de Justificação da conduta* 7
Enrique Cury — *Culpabilidade e criminologia* 18
Heleno Cláudio Fragoso — *Crimes contra a pessoa. Crimes contra a vida. Homicídio* 25
Nilo Batista — *Considerações em torno dos crimes de insurreição e conspiração no direito brasileiro* 49

PARECERES

Roberto Lyra — *Direito penal financeiro. Estelionato. Falsidade ideológica* 71
Roberto Lyra — *Responsabilidade penal do tabelião. Direito penal especial* 77

COMENTÁRIOS E COMUNICAÇÕES

Aldebaro Cavaleiro Macedo Klautau — *Terminologia jurídico-penal no código brasileiro de 1969* 81

NOTICIÁRIO 95

Cadernos do Inst. Ciências Penais
Anibal Bruno — *Teoria da lei penal* 99

RESENHA BIBLIOGRÁFICA 116

JURISPRUDÊNCIA

Cheque. Pagamento no curso da ação penal. Efeitos 126
Citação por edital do falido. Inadmissível 126
Citação por edital. Réu preso em outra unidade da Federação. Validade 127
Citação por edital sem expressa referência do dai e hora da apresentação. Nulidade 128
Corrupção de menores. Conjunção carnal constitui ato libidinoso 128
Crime contra a honra. Pessoa jurídica como sujeito passivo 129

Crimes contra a propriedade industrial. Perícia. Peritos não oficiais 130
Crime político. Prisão para averiguações imposta por autoridade policial civil 131
Crimes contra a economia popular. Competência 132
Crimes contra a honra. Competência quando oposta e admitida a exceção da verdade 134
Crimes falimentares e crimes patrimoniais comuns praticados por falido. Autonomia 135
Entorpecentes. Posse. Oportunidade de juntada do laudo toxicológico 139
Entorpecentes. Posse. Prova 139
Furto. Abuso de confiança 140
Habeas corpus. *Incabível para fixar a pena imposta* 141
Homicídio por inconformismo ou facciosismo político. Inexiste se o agente visa apenas impedir a prisão. Resistência inexistente 141
Ilícito penal e ilícito administrativo. Absolvição por negativa de autoria 142
Justiça Militar. Conversão do julgamento em diligência pelo Conselho. Inadmissibilidade 142
Justiça Militar. Livramento condicional. Audiência do Conselho Penitenciário Estadual 142
Legítima defesa. Ato injusto de autoridade 143
Livramento condicional. Anterior condenação à pena de multa. Reincidência 143
Notificação apenas do defensor inadmissível. Nulidade 144
Pena-base. Desnecessária a sua fixação na ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar 144
Perempção. Paralisação do processo por mais de 30 dias. Inexiste sem intimação do querelante 144
Prisão por fato diverso. Não se computa na pena privativa da liberdade 145
Prisão preventiva. Fundamentação 145
Pronúncia. Ausência de justa causa. Abuso de poder. Habeas corpus 145
Propaganda subversiva. Passeata 146
Prova. Chamada de co-réu. Prova inválida 147
Prova. Condenação exige certeza 148
Reconhecimento do acusado sem observância das formalidades legais 149
Reincidência. Configura-se embora a condenação anterior seja à pena de multa 150
Representação. Crimes contra os costumes. Decadência se a queixa não for apresentada nos seis meses após a ofendida completar 18 anos 150
Roubo a banco 151
Propaganda subversiva. Inexistência de crime sem distribuição dos panfletos 152
Sabotagem em fábrica eventualmente necessária à defesa nacional. Inexistência do crime em relação a fábrica de cimento 152
Sedução. Falta de perícia na ofendida. Nulidade 153
Sentença. Nova definição jurídica sem aplicação do art. 384 do Código de Processo Penal. Nulidade 153

Prosseguindo na divulgação das conferências proferidas pelo prof. SEBASTIAN SOLER *na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, publicamos a que teve por tema "Causas de justificação da conduta", na qual o mestre nos apresenta, com o vigor e a penetração que o distinguem, a teoria geral das causas de exclusão da ilicitude. O texto que estampamos foi traduzido diretamente da fita e é publicado sem revisão do autor.*

Do prof. ENRIQUE CURY, *que se destaca entre a nova geração de penalistas chilenos, publicamos, numa perspectiva filosófica, observações sobre* Culpabilidade e Criminologia.

Na seção de doutrina o leitor encontrará também dois outros trabalhos, de autoria dos responsáveis pela publicação desta revista, sobre o crime de homicídio e sobre os crimes de insurreição e conspiração. O trabalho sobre homicídio constitui capítulo da nova edição da obra há longos anos esgotada, de nossa autoria, sobre a Parte Especial, com um apêndice sobre os delitos da circulação de automóveis. O artigo de NILO BATISTA *traz excelente contribuição ao estudo de temas de grande atualidade, aos quais a doutrina entre nós pouco tem dedicado.*

Mestre ROBERTO LYRA *é autor de dois pareceres versando matéria de particular interesse: o direito penal das sociedades comerciais e a falsidade documental; a responsabilidade penal do tabelião.*

O Instituto de Ciências Penais, no programa de renovação do ensino na Faculdade de Direito Candido Mendes, promoveu a elaboração de Cadernos de Direito Penal, *a serem utilizados como material de trabalho nas classes e seminários. Esses* cadernos *foram elaborados pelo prof.* ANIBAL BRUNO, *e serão editados em publicação autônoma. Neste número o leitor encontrará o primeiro desses cadernos, relativo à* Teoria da Lei Penal. *Em nossos próximos números publicaremos a continuação da série.*

H.C.F.

CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO DA CONDUTA

SEBASTIAN SOLER

Estabelecido que o delito é essencialmente ação, vamos hoje tratar de examinar a primeira característica adicional ou adjetiva que a ação deve assumir. Desde logo, dentro do sistema do direito, como vimos ao fixar o conceito de Direito Penal, estamos absolutamente seguros de que o delito é figura de importância de ilegalidade, de injustiça mais grave dentro de todo o sistema jurídico, posto que é a que alcança a sanção mais grave, expressiva da máxima vontade de evitação possível dentro de um sistema punitivo. Não nos surpreenderá pois que o primeiro adjetivo que deve recair sobre a ação para que seja ela um delito é o de que seja contrário ao direito, antijurídica, ilegal. Todas essas expressões são equivalentes aos fins que nos interessam. É preciso, pois, determinar em que consistirá essa ilegalidade, que é o que imprime a uma ação o conteúdo realmente antijurídico; e aqui se apresenta uma dificuldade. A tentação vulgar pareceria responder inclinando-se a crer que é ilegal a ação, quando está prevista pelo Código Penal; de modo que bastaria recorrer ao Código Penal ou às leis penais, em geral às leis que têm sanções retributivas, e cada vez que encontrássemos uma sanção dessa classe diríamos: isto é um delito. A antijuridicidade seria assim uma oposição entre o ato e a lei penal. A antijuridicidade seria uma violação da lei penal.

Na realidade, BINDING neste ponto construiu um paradoxo que foi muito celebrado, apesar de, como veremos no curso da exposição, não ser mais que um paradoxo: ele disse que essa afirmação de que o delinquente viola a lei penal é um erro grosseiro, porque em verdade para alcançar a pena, o que deve fazer o réu é cumprir estritamente

---

Tradução de Marilza F. Corrêa e Maria José P. Braga. Conferência pronunciada no dia 9 de novembro de 1971, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, segunda de um ciclo de quatro sob o título "Teoria Geral do Delito".

o que diz a lei penal. Se nos fixarmos no artigo que define o furto, veremos que estipula ele que quem se apodera de uma coisa móvel alheia terá tal ou qual pena, um ano de prisão, digamos; logo para merecer um ano de prisão, o que o réu deve fazer é efetivamente, cumprir religiosamente, ponto por ponto, essa descrição; porque se repararmos bem na frase "apoderar-se de uma coisa móvel alheia total ou parcialmente", veremos que é uma descrição. E não falemos de uma descrição como esta, mas de outras mais graves, como a que diz "matar alguém". É certo que quem realiza a ação de matar alguém, comete necessariamente um delito. Aqui se percebe nosso assunto com mais clareza que no caso do furto, por diferentes razões não essenciais.

Imagine-se agora a hipótese em que o sujeito matou alguém em estado de legítima defesa. Claramente matou alguém, e fez o que a lei penal descreve, e certamente não deve ser castigado. Se aplicarmos essa mesma análise a todas as figuras de delito, vai resultar, com certa surpresa para nós, que em definitivo não bastará dizer que é delito a ação de realizar uma dessas descrições no mundo externo, mas que há delito somente quando essa ação se executa injustamente, ilicitamente, vale dizer, que a ilicitude é uma coisa e a adequação de um ato a uma figura do Código Penal é outra.

Logo, para que comecemos a falar em delito é sempre necessário que a ação executada seja precisa e justamente a ação definida pela lei penal. E o conteúdo e substância disto não são dados pela lei penal exclusivamente. A lei penal se limita a descrever tipos de ação; a substância do ilícito, dos fatos efetivamente adequados a uma dessas descrições, não provem do Direito Penal. A função específica do Direito Penal consiste em tipificar, em traçar figuras, em criar fisionomias de ações, descrevê-las cuidadosamente, porque é nesta discriminação que está o segredo do cumprimento efetivo do princípio: *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. A lei tem que descrever completamente uma ação determinada. As leis indefinidas são sempre muito perigosas, e são o instrumento empregado pelos tiranos para limitar as faculdades de ação dos súditos. A um direito republicano corresponde um Direito Penal tipificado, especificado. Mas o tipo é uma garantia pré-estabelecida de liberdade que não prejudica sobre a concreta forma, injusta ou não, em que o ato tenha sido, no caso concreto, executado. Em uma palavra, devemos descartar que o ato seja típico: mas ao afirmar que tenha ocorrido um fato típico, não vamos afirmar que haja um fato antijurídico, uma ação antijurídica. Sobre a antijuridicidade não nos responde a lei penal.

A este problema está vinculado um debate tradicional, que é o do caráter constitutivo ou sancionatório do Direito Penal, expressões um pouco equívocas, que na realidade estão vinculadas com este tema que neste momento estamos considerando. Em definitivo a distinção provém de ROUSSEAU: para ROUSSEAU o Direito Penal é um direito não

constitutivo, mas sancionatório; é o direito que protege a todo o resto do direito. Quando o direito necessita do auxílio supremo, apela para o Direito Penal. O conteúdo de ilicitude não está dado, está dado apenas o reforço sancionatório. O conteúdo de ilicitude do delito está dado por todo o direito. E efetivamente a idéia é importante: porque se houvesse uma antijuridicidade especificamente penal, que aconteceria com respeito à sistemática total do direito? Isso é o que nós perguntamos, já com uma intenção que se pode adivinhar. Não é, entretanto, uma verdade demasiadamente evidente para muitos civilistas que pensam ser viável que o Direito Civil tenha seu próprio sistema de ilicitudes, e que o Direito Penal as apreenda e arrange com as suas. Como se fôsse possível, e com efeito o vêm sem maior escândalo, que um ato seja contrário ao Direito Penal e indiferente ao Direito Civil — que não tenha nenhum conteúdo de ilicitude para o Direito Civil. Pode ocorrer, sim, que algo seja contrário ao Direito Civil e tenha uma sanção, reparatória ou de reposição, e não chegou a ter uma sanção penal, não esteja tipificado. Mas quanto às sanções extremas, é absolutamente certo que esse fato é contrário ao ordenamento jurídico. Não há uma ação ilícita para o Direito Penal que seja indiferente para o resto do direito. A unidade sistemática do direito não é uma mera questão arquitetônica, mas sim substancial. O direito é uno porque não pode haver um conceito relativo e fragmentário que faça com que o que é contra o direito em um setor, não seja contra o direito em outro. Por isso, pôde BELING dizer que a função específica do Direito Penal consiste em *recortar* dentro do mundo do ilícito determinadas figuras, tomá-las e com elas constituir o Direito Penal. A substância pré-existia; o que lhe agregou o direito é tipicidade, fisionomia e sanções específicas.

Coloquemos pois, novamente, a questão de quando podemos dizer que um ato é antijurídico. Com o que dissemos, já está preparado, desde logo, o caminho da resposta. Assim como ao Direito Penal devemos perguntar quando um fato cai dentro das figuras que nele estão contidas, para perguntar pela substância de injustiça, de ilicitude, de antijuridicidade que há ali, já não podemos dirigir-nos apenas ao Direito Penal: teremos que projetar uma pergunta à totalidade unitária da ordem jurídica.

A substância de ilicitude está dada ao fato pela consideração de sua oposição à totalidade unitária das valorações jurídicas vigentes contidas em todo o sistema de um dado direito. Isto é quase uma resposta tautológica, e é um pouco duro confessá-lo. Porque é como se respondessemos à pergunta: "quando um fato é antijurídico?" da seguinte forma: "é antijurídico quando realmente é antijurídico, é contrário ao direito". Traduziríamos do latim ao português, e tudo estaria acertado, como se houvéssemos enunciado algo realmente valioso.

Claro que a tautologia está um pouquinho dissimulada, porque já mostramos que não é questão de existência de uma antijuridicidade especificamente penal, mas que tem que haver uma oposição ao direito todo como unidade. Essa tautologia está contida nos códigos penais bem feitos de maneira muito clara, porque nos dizem que o ato não é antijurídico (ou que não é punível por faltar-lhe ilicitude) quando é uma ação que importa no cumprimento da lei, no legítimo exercício de um direito, e no legítimo exercício de autoridade; ou seja, a primeira fonte de justificação, diversificada em duas causas de justificação, é efetivamente o direito, a conformidade do ato com o direito. Dessa conformidade do ato com o direito, em geral, provêm efetivamente duas causas de justificação: o cumprimento da lei e o exercício legítimo de um direito. Essas duas causas de justificação, como vemos, têm uma fonte quase tautológica na afirmação da validade dos valores jurídicos. Nestas causas insere-se grande quantidade de ações.

Suponhamos a ação do carrasco ao matar alguém. É um cumprimento do dever para êle, um dever que não nos agrada, a nós que somos abolicionistas, mas é forçoso reconhecer que é assim; foi-lhe imposta pela lei a função terrível que ele aceitou. A ação que ele executa sem dúvida alguma é "matar alguém", vale dizer, realizar o que o artigo correspondente do Código Penal — diz que ordinariamente é homicídio, quando é executado antijuridicamente. Mas neste caso não é homicídio, não é punível, é simplesmente a morte legalmente executada, conforme à lei: é cumprimento de dever derivado diretamente da função, função instituida expressamente pela lei.

A coisa se complica um pouco mais em algumas outras situações. Já sabemos que a ordem jurídica é essencialmente uma ordem coativa, isto é, evidentemente o que têm que fazer os ógãos do Estado é, segundo vimos, intervir ante o ato injusto a tempo de desmantelá-lo, e esse desmantelamento se opera mediante o emprego da força pública. Característico da força é que faça estragos, por mais que seja pública. Quer dizer, quando temos que recorrer aos sabres, aos cassetetes e a todas essas coisas que se empregam no exercício da força, é necessário que haja alguns braços quebrados e desgraçadamente algumas vezes, cabeças quebradas. Isso tem uma regulamentação, deve tê-la, nos regulamentos policiais inclusive, às vezes equivocadas porque as inclinam não raro, fundadas num critério humanitário razoável, a afirmar que o uso da força por parte do agente da força pública só é legítimo na medida em que seja em legítima defesa. É um erro. Um erro prudente, que não se deve denunciar, e contra o qual não devemos nos lançar demasiadamente, mas não há dúvida de que é um erro. Quando armarmos o cárcere com muros externos e no canto de cada um desses muros colocarmos um guardião e lhe damos uma carabina, essa carabina não é para que assista à fuga dos presos: é para que ele a empregue para que os presos não fujam, sem necessidade, por certo, de encontrar-se

em situação de legítima defesa, à qual logo nos referiremos. O uso de força pública, o uso *legítimo* de força pública, cai dentro deste primeiro setor de causas de justificações: cumprimento do dever.

É prudente que não se abuse desse meio, e seria prudentíssimo que se tivesse sempre um limite estreito, vinculado à necessidade extrema de empregá-lo, mas uma coisa, segundo veremos, é a causa de justificação do cumprimento do dever, e outra muito diferente é a legítima defesa.

Um pouco mais complexa é a justificação do legítimo exercício do direito, porque as constituições republicanas estabelecem como princípio que a liberdade é o que prevalece. Entre nós há um artigo expresso na Constituição segundo o qual: "ninguém está obrigado a fazer o que a lei não manda, nem privado do que ela não proibe". Em conseqüência, quando falamos em legítimo exercício de um direito, já não falamos daqueles casos em que a lei expressamente estabeleceu um dever, ou expressamente outorgou uma faculdade, mas nos encontramos na vastíssima zona em que a lei cala; e onde a lei cala a liberdade vive. A liberdade recobra impulso; ou seja, em princípio, a restante lei (a lei não penal) é a que tem limitações expressas para que efetivamente se constate que algo que assim foi feito, era injusto. O conteúdo injusto não resultava somente, pois, da descrição típica do Código Penal, mas sim derivava de outra disposição de direito comum na qual *essa* forma de proceder está expressamente proibida.

Estas duas construções para o legítimo exercício de um direito e o cumprimento da lei, naturalmente funcionam bem em códigos como os nossos. Mas não ocorre assim em todas as legislações.

Em um dos códigos nos quais este capítulo da justificação esteve mais deficientemente organizado foi o código alemão de 1870. Comentávamos recentemente o que fêz a dogmática alemã sobre código tão deficiente! E o equívoco que com isso se alastrou em grande parte da América Latina, porque se confundiu a extraordinária genialidade e excelência da dogmática alemã, que sobre um documento bastante deplorável construiu um monumento de sabedoria jurídica precisamente para suprir essas deficiências, e esta dogmatica germanizada que nós usamos tanto. Eu mesmo contribuí para ela, e parece que adotamos uma atitude de adoração que se projeta até o Código Penal alemão, quando os nossos códigos, em realidade, estão melhor elaborados e nos dão melhores bases. E neste tema da justificação, as deficiências do direito positivo alemão deram nascimento a muitas teorias extra ou supra-legais.

Dissemos que a fonte de justificação neste aspecto é *a lei*. Claro está, porque tínhamos bastante bem estruturadas estas duas causas de justificação derivadas da lei: o cumprimento da lei e o estado de necessidade. Se não as tivéssemos tão bem armadas, na própria lei, teríamos que ter feito também algumas manobras para ressalvar situações nas quais se produza um desequilíbrio muito grande entre a

legislação e a opinião pública, como ocorreu na Alemanha. Desequilíbrios que foram típicos para os casos de lesões esportivas, atividades médico-cirúrgicas, e algumas outras que têm menos importância, e que têm um tratamento à parte, especialmente nos casos de consentimento do ofendido.

Quando a dogmatica alemã se deu conta de que dentro do Código Penal não funcionavam bem as causas que a opinião pública fazia (que as lesões esportivas fôssem definitivamente consideradas como uma expressão absolutamente irreprochável), teve necessidade de cobrir o desequilíbrio sempre mal entre o direito positivo e a opinião pública. A construção alemã foi muito engenhosa, nas diversas iniciativas para cobrir este hiato, este vazio da legislação. É típica por seu engenho a que construiu MAX ERNST MAYER.

Este MAYER, face a diversos casos nos quais pela lei parecia que se havia de aplicar uma pena que à opinião pública repudiava, construiu uma doutrina de causas supra-legais de justificação com o seguinte raciocínio. O direito não é um produto da natureza e sim um produto da cultura. O que o Direito faz é na realidade servir a esta cultura. Não pode haver entre as valorações culturais e as valorações jurídicas um desequilíbrio porque é a cultura que infunde valorações positivas ou negativas às ações. Em conseqüência, para que um fato seja antijurídico, não basta que seja contrário à lei: tem que ser, em realidade, contrário às normas de cultura. É uma concreção do pensamento de BINDING ao qual me referi antes, porque, segundo BINDING, o delinqüente não viola a lei penal, o que faz com a lei penal é descumpri-la: o delinqüente viola é a norma. No caso do homicídio, o que mata a outrem cumpre com a lei penal ("matar alguém"), contrariando a norma, que neste caso corresponde ao "não matarás".

Esse mundo de normas no sistema de BINDING é um mundo flutuante, discutível em sua validade. KELSEN lhe fez uma refutação em sua primeira grande obra (*Hauptprobleme*), muito polêmica e incisiva, como manifestação de direito natural. Mas essa construção, no sistema de MAYER se traduz na idéia de norma de cultura: a trazemos, por assim dizer, ao mundo e a temos mais *circulante* e aceitável. O objetivo dessa construção foi evitar um desequilíbrio deplorável entre a lei penal alemã e a opinião pública alemã, porque o fenômeno novo das lesões desportivas apresentou um problema que, no ano de 1870 não tinha certamente o relevo que alcançou neste século.

Era necessário, pois, justificar de alguma maneira as lesões esportivas, e este é um trabalho que pretende cumprir a teoria das causas supra-legais de justificação.

A construção de VON LISZT é na realidade mais fina, mais satisfatória para mim e em certo sentido menos violadora do princípio de legalidade. Observa VON LISZT que o direito recorre aos valores da vida, os transforma em bens jurídicos, e na medida em que são bens jurídicos são efetivamente protegidos pelo Estado. Em conseqüência,

um fato será antijurídico quando tende a um fim que não é um fim reconhecido pelo Estado. Esse reconhecimento que legitimará o fato pode provir não diretamente de uma lei expressa e menos de uma lei penal, ou seja de qualquer fonte do direito vigente. Nos casos dos esportes, para o sistema de VON LISZT não se recorre a normas de cultura, extra-jurídicas e supra-legais. Se no orçamento da nação, invertemos somas grandiosas para proteger o desenvolvimento do jogo de futebol, por exemplo, e ainda glorificamos autênticos gênios nacionais, e lhes damos prêmios públicos, certamente não podemos afirmar que as contusões e as coisas que têm necessariamente que acontecer num campo de futebol quando efetivamente a luta é renhida (algumas pernas quebradas necessariamente têm que sair daí) sejam fatos ilegítimos. De onde se deduz? Da lei do orçamento. Porque se da lei do orçamento se merece um prêmio, do Código Penal não se pode em conseqüência receber uma pena. A construção de VON LISZT, dentro das deficiências do Código Alemão, é perfeita.

Mas, estamos sempre dentro da tautologia. Um fato é antijurídico quando é contrário ao direito, quer dizer, antijurídico. Assim sendo, não há outras causas de justificação que o cumprimento da lei e o exercício legítimo de um direito: e de fato, para muitos não há outras causas de justificação.

Tradicionalmente, durante muitos anos para o Direito Penal essas eram as causas de justificações. Se nos dipusermos a buscar por exemplo na literatura clássica causas de justificação tão notórias como a legítima defesa, em autores como PUFENDORF, por exemplo, encontraremos que sua justificação não é uma justificação, e sim um piedoso manto; o que acontece é que o agredido tinha uma perturbação, um *raptus* emocional que causa uma espécie de alteração mental, durante a qual comete o fato. A legítima defesa é impune em realidade como se fôra a *propter perturbationem animi*, como se fôra um caso de alienação mental. A coação, a perturbação do espírito estará seguramente dentro do capítulo da imputabilidade, mas não identificada com uma causa de justificação perfeita.

Ao lado deste grupo de causas de justificação estão aquelas situações que correspondem a uma idéia diferente, às quais podemos definir como estados de necessidade.

Estado de necessidade é uma situação de perigo para um bem jurídico da qual não há saída senão mediante a violação de outro bem jurídico. A legítima defesa é um estado de necessidade. Se não sentimos bem que a legítima defesa é basicamente um estado de necessidade, nunca se saberá ao certo o que seja na realidade.

A diferença entre a legítima defesa e o estado de necessidade comum é que na legítima defesa o estado de necessidade está criado por uma agressão ilegítima. Mas o que lhe dá substância é a circunstância de ser uma situação na qual o agredido não tem saída senão mediante a violação de outro bem jurídico que geralmente é a vida do

agressor. Não deixa de ser um bem jurídico a vida do agressor; é deplorável ter que matar um homem mesmo nesta situação. O que acontece é que não há mais remédio.

Com respeito ao estado de necessidade, a meu juízo, para explicar os diferentes critérios nada tão ilustrativo como o pensamento kantiano. É KANT quem nos ensinará bem a compreender este problema, mesmo quando consideramos que a tese que ele sustenta está equivocada. Creio haver-lhes dito já que quando disputo com KANT tremo, porém não tenho remédio. Sou mais amigo da verdade que de KANT. O raciocínio de KANT é este: para KANT a diferença entre a Moral e o Direito deriva do pensamento de THOMASIUS. O Direito é caracterizado sobretudo por regular relações externas. Partindo dessa base, parece-me que KANT poderia ter chegado a conclusões muito diferentes das que alcançou. Porque ele continuou raciocinando da seguinte maneira: no fundo, o princípio central da ética kantiana, que é o imperativo categórico, vale também para o direito. As normas de Direito correspondem também ao imperativo categórico; a diferença entre Moral e Direito está somente em que o Direito rege relações externas, repito.

Em conseqüência, disse KANT, quando ocorre a transgressão, não há nenhuma consideração de oportunidade que possa travar o cumprimento do imperativo categórico contido na norma jurídica ou moral. Porque isto é um mandamento supremo da justiça (recorde-se que KANT é partidário da sanção talionária: o que mata deve morrer, e nenhuma consideração de conveniência pode suprir a esta ordem natural e moral, porque se neste mundo a justiça não é a regra que nos manda, é preciso reconhecer que não vale a pena de viver nele). Como conseqüência, o princípio de justiça tem que ser sempre aplicado. Porém o que acontece com o estado de necessidade? KANT, pensador profundo, sabe e reconhece que no estado de necessidade não há lei, que a necessidade não tem lei, e que se a lei pretendesse reger o estado de necessidade seria sempre desobedecida.

Citemos o exemplo da famosa tábua de CARNEADES, a *tabula unnius capax*, o salva-vidas. Se a lei mandasse que não se arrebatasse a tábua, castigando a desobediência com a pena de morte, iria continuar mandando e sendo desobedecida, porque quem está por afogar-se sempre vai optar, entre morrer assim afogado ou morrer eventualmente pela sentença de um juiz depois de um processo que pode durar muitos anos, pela segunda alternativa.

Em uma palavra, estado de necessidade se caracteriza porque nele o direito é desobedecido, já que pretendeu o direito meter-se dentro da necessidade. Para KANT, entre necessidade e direito há uma incompatibilidade substancial, e portanto daquele que em situação de necessidade cometeu a transgressão, podemos dizer que seja impune, e podemos sobre ele estender um piedoso manto; porém dizer que sua ação é uma ação justificada, não. A justificação somente pode provir

do imperativo categórico e do cumprimento da lei. Não há justificação proveniente da necessidade, porque entre necessidade e direito há incompatibilidade. É aqui que se situa minha discrepância.

É verdade que entre direito e necessidade há uma incompatibilidade tão radical, que me parece que se KANT tivesse acentuado o pensamento referido à exterioridade da ordem jurídica teria posto reparos à sua conclusão. Porque uma coisa é a norma moral que, essa sim, é incondicionada; mas se nós pretendemos regulações externas, necessariamente essas regulações têm que manejar coisas externas, manejar coisas do mundo externo. E no mundo externo, sem qualquer sombra de dúvida, no mundo externo rege por excelência a necessidade.

Façamos uma prova. Examinaremos qualquer lei, e vejamos se em toda norma jurídica, sem uma só exceção, não se adverte a presença deste inimigo molesto para KANT. Suponhamos que queiramos regular a validade dos atos jurídicos. Isso importa numa relação muito estreita com a dignidade das pessoas. O ideal jurídico é que toda pessoa capaz, que sabe o que faz e faça o que quer livremente, que o faça; e que quando celebre um ato nessas condições, que seu ato valha. O ideal de respeito à personalidade humana é um respeito incontrolado à sua capacidade de decisão e compreensão.

De onde provém o fato de que nenhum Código Civil do mundo adota esse sistema, estabelecendo pelo contrário, regras caprichosas segundo as quais os atos valem quando os que os praticarem tenham 21 anos, 22 anos, 25 anos ou 30 anos? Bem, é arbitrário, antinatural e contrário à realidade, supor, e supor de maneira absolutamente firme, que no dia 30 de dezembro o sujeito que vai aniversariar no dia 31, é totalmente incapaz, e não compreende as coisas e nem sabe o que faz; e que no dia 1.º de janeiro se transforma em um gênio que compreende perfeitamente bem. É uma verdadeira falta de respeito para o primeiro e é um otimismo exagerado com referência ao segundo. Porque se faz isso? Porque quando temos que fazer uma regulamentação para que os atos externos valham ou não valham, a consideração à dignidade e à capacidade pessoal é um dos valores que têm que entrar em jogo; mas para a segurança jurídica é outro valor que prevalece, e prevalece porque é absolutamente necessário que haja firmeza e algum grau de segurança na validade dos atos. Se fôsse sempre possível que sem limitações de idade se praticassem atos, qual seria o resultado? Que todo ato jurídico seria impugnável por incapacidade do outorgante. Vejam que não há vantagem pura numa norma jurídica nunca, e examinamos uma de direito civil para mostrar que toda norma jurídica destinada a regular o mundo externo é o resultado de um complexo de interesses, alguns dos quais constituem uma vantagem, e outras das quais são inconvenientes.

Desejamos montar uma grande empresa de ferrocarris no Brasil? Pois não há remédio senão suportar os assovios da máquina. Teremos talvez agora outras máquinas, mas estou seguro de que subsis-

tem outros inconvenientes, por exemplo, o mau cheiro do petróleo das máquinas a óleo diesel; mas na época dos ferrocarris a fogo, a lenha e carvão, a possibilidade dos incêndios no campo era uma das conseqüências que se deviam levar em conta, além da possibilidade de choques da composição na passagem de nível, e uma série de coisas mais. Não há obra humana que possa ser exclusivamente válida.

É uma demonstração muito clara da criminologia, ainda que a criminologia não postule nada, revelar-nos com bastante exatidão que as deficiências de iluminação e a falta de organização urbanística de certos bairros são propensos a criar situações criminógenas. Será simplíssimo um sistema para prevenir o delito: fazemos perfeitas instalações elétricas, saneamos totalmente as ruas e as asfaltamos, extirpamos todas as duras misérias, e todas as favelas, construímos lindas casas, e tudo irá às mil maravilhas, e a delinqüência termina. Nada mais. Teríamos aqui pura vantagem? Não, não é pura vantagem, porque para fazer tudo isso se necessitam de milhões e milhões de cruzeiros. Milhões e milhões e outros acaso, que deverão sair de nossos bolsos, e asseguro que todos nos sentimos ou realmente estamos "até aqui" de impostos. Já não podemos mais; e se o governante nos dissesse: "paguem mais 20% de impostos que se vai extirpar a criminalidade"; responderíamos: "Ah! senhor, não podemos!"

O governante tem que fazer a norma que pode fazer, tem que negociar com a necessidade; as normas jurídicas projetadas no mundo externo, são normas que têm que lutar para impor-se em um mundo hostil. Têm que estar compostas de opções, de preferências, de preterições — de um valor, de preferências por outro valor. Em certos casos, um valor é preterido, não para sempre: por exemplo, nos casos da capacidade preterimos o valor do respeito à personalidade humana. Em outro grupo de normas, esse valor triunfa com respeito a outros que são preteridos, mas há sempre uma luta, um conflito, uma comparação estimativa de bens. Esta é expressão típica da dogmática alemã para definir o estado de necessidade. Pois bem, será tão alheio ao conteúdo do direito o conceito de necessidade? Não será que, ao contrário da moral, o direito, filho da política, é sempre o resultado da arte de escolher entre os males, o menor? Há alguma norma jurídica que seja uma vantagem pura? Há uma passagem nos *Irmãos Karamazov* que sempre me pareceu talvez a página suprema que se escreveu no século XIX. É quando o grande inquisidor dirigiu a palavra ao Cristo que reapareceu em Sevilha, e fez alguns milagres, e foi levado naturalmente à prisão. Aí ele explica ao Cristo que deve desaparecer, que deve ir-se, que não se misture na obra *prática* que ele está realizando, ele, o inquisidor. E o emocionante, no diálogo, de uma profundidade realmente extraordinária, consiste em que ali só fala o inquisidor.

As normas de Cristo são inefáveis, e sobretudo não podem entender-se por este mundo prático, e do qual o inquisidor lhe diz: a fome

dessa gente nós a manejamos, a administramos nós. Nós lhes procuramos o pão, que tu certamente não lhe vais dar. A interpelação que lhe faz é simbólica deste conflito. Somente Cristo (falo em sentido metafórico), somente um Cristo ou um Deus pode realizar ações incondicionais. Toda ação humana que tenha de projetar-se no mundo externo é ação submetida, que tem que humilhar-se, servil ante as exigências da necessidade. BACON que é o primeiro grande pensador que colocou dentro da filosofia o sentido pleno da ação humana, disse com toda clareza: *natura non nisi parendo vinctur*. A natureza somente é vencida, obedecendo-a ou submetendo-se a ela. É certo que o homem, no aspecto científico, se submete e depois a atraiçoa, e faz com ela o que quer. Porém sob o aspecto jurídico, não podemos nunca fazer o que queremos: somente podemos fazer o que podemos. Era um corpo estranho para o direito a necessidade? Não? Não, e nisto KANT está equivocado. Ao contrário o direito é por excelência, dentro da relação humana com a natureza, a expressão máxima do domínio possível e orientado normativamente.

Quando pois será também legítima uma ação? Quando a ação em concreto importa o reconhecimento das hierarquias valorativas que a norma estabelece, essa ação, empreendida em estado de necessidade, é justificada por este direito que consagra e sanciona essa mesma ordem de valoração. Se o direito dá preferência à vida sobre a propriedade, o homem que para salvar a vida alheia de um jovem que está em perigo de morrer afogado ou queimado, quebra uma vidraça, uma janela ou um móvel ou uma cadeira, esse homem atua dentro do mesmo sistema de valorações que o direito reconhece, às quais o direito se rende. Se ele a reconheceu e executou essa mesma ordem valorativa, sua ação é totalmente conforme o direito. Será contrária ao direito quando ao invés de significar o reconhecimento de valor juridicamente superior, importa em reconhecimento de valor juridicamente inferior: quando em vez de salvar o menino, salvamos nosso dinheiro, sacrificando o menino, e estabelecendo que nosso dinheiro vale mais do que a vida do menino. Aqui se dá uma preferência nossa, valorativa, não respeitável por certo, por muito subjetiva que seja, e certamente não é uma preferência que se possa deduzir do exame objetivo do ordenamento jurídico.

Há, pois, duas fontes, e não apenas uma, de justificação: a lei e a necessidade. Da primeira surgem o cumprimento da lei e o exercício regular de um direito; da necessidade surgem a legítima dfesa e o estado de necessidade propriamente dito. O que determina o conteúdo justificativo desses últimos casos é a comparação estimativa de bens, e a prevalência da valoração juridicamente superior.

CULPABILIDADE E CRIMINOLOGIA (*)

ENRIQUE CURY

I

A estrita distinção entre ciências *causais-explicativas* e *normativas* determinou uma espécie de paralelismo irredutível entre o Direito Penal e a Criminologia. Sem dúvida, todos reconhecemos a recíproca influência de ambas as disciplinas, que se auxiliam em mútua colaboração por várias formas. Contudo, mantém-se a tendência a considerar que, como o objeto de uma pertence ao mundo do ser, e o da outra ao do dever-ser, haverão de permanecer incomunicáveis: os resultados de uma não devem e não podem condicionar os da outra; as conquistas do Direito Penal se orientam num sentido e as da Criminologia em outro; os fins almejados por aquêle interessam a essa — e é até possível que todos sejam alcançados simultaneamente — mas o paralelismo subsiste, porque esses fins permanecem conceitualmente distintos.

Esta situação pode ser atribuída, em parte, à enorme influencia do pensamento kantiano sôbre o jurídico. Alguma responsabilidade cabe, também, à Criminologia, porque suas primeiras pretensões foram extremamente ambiciosas, e quando postulou uma substituição do recurso penal pelo criminológico, atemorizou os juristas. A nós, porém, não nos interessa a pesquisa das causas, mas tão sòmente a constatação de que modificou-se a situação. Há uma brecha pela qual os resultados da criminologia penetram no âmbito do resultado jurídico-penal e vice-versa. É preciso pôr em relevo sua existência e enfatizar seu significado.

II

Se VON LISZT afirma — pelo menos esquematicamente — um paralelismo absoluto entre criminologia e ciência jurídico-penal, é devido à sua concepção *psicológica* da culpabilidade. De fato, como a culpabilidade não é mais do que um *"vínculo psicológico"* entre o autor e sua ação, a *posição* do *objeto* da ciência jurídico-penal fica radicalmente diferenciada da *posição* dêsse *mesmo objeto* para a ciência criminológica. São quase antagônicas. Principalmente, porque o *vínculo psicológico* se caracteriza mais por seus conteúdos de *vontade* do que de *conhecimento,* de modo que nem sequer implica — ou, de qualquer forma, implica apenas superficialmente — uma referencia à própria consciência das *modalidades* do *Eu como circunstâncias concomitantes* à produção do fato. Assim, o ponto em que o delito, como ato, se vincula a seu autor, está esquematizado ao extremo; porque o autor aparece considerado como *produtor espontâneo* do ato (e poder-se-ia dizer, ainda, imediato, absoluto, abstrato) e não como o *produtor* do ato *em suas circunstâncias concretas.*

Concepção paradoxal num determinista tão próximo do positivismo como VON LISZT! Acontece que, ao final, êste positivismo e determinismo de jurista germânico está todo entranhado de kantismo. A despeito de suas convicções, LISZT situa o delito, enquanto objeto da ciência jurídico-penal, na órbita do *dever-ser,* e atribui seu conhecimento à *"razão prática";* dêste modo, conclui colocando, sob a responsabilidade penal, um *livre-arbitrismo* kantiano, mais absoluto que o dos tomistas.

Essa contradição é inconsciente, está claro; mas é enfim contradição. E contradição afortunada, porque, como vantagem, assegurou a possibilidade de um desenvolvimento posterior para a ciência alemã do delito. Se LISZT tivesse sido tão desgraçadamente conseqüente como os positivistas e deterministas italianos, as derivações de sua atitude teriam sido imprevisíveis.

O que nos interessa destacar agora é que, ao colocar dessa maneira o objeto do conhecimento jurídico-penal, LISZT pôde desvincular inteiramente a Criminologia e o Direito Penal. O delito da Criminologia está posto no âmbito dos fenômenos e, como tal, é o *efeito de causas* suscetíveis de serem suprimidas ou modificadas; o delito do Direito Penal está posto num âmbito puramente normativo, sendo observado enquanto "ente jurídico" e emergindo, portanto, subtraído à causalidade. A Criminologia é a ciência social — causal-explicativa — do delito; o Direito Penal a ciência moral dêsse mesmo objeto. À Criminologia interessa impedir a reiteração do acontecimento danoso, atuando sôbre o delinqüente e suas circunstâncias exógenas ou endógenas. Ao Direito Penal interessa, unicamente, castigar a transgressão ao ordenamento jurídico estabelecido.

Alguém intentou advertir aos seguidores dessa tendência que, assim, o ordenamento jurídico surge como um fim em si mesmo, abrindo as portas a uma concepção kelseniana do Direito; e ainda que a exigência de imputabilidade fica flutuando no vazio, e que a pena só pode explicar-se à base se uma concepção absolutamente expiatória.

---

* Tradução de Nilo Batista.

Entretanto, tais objeções estavam de antemão contemporizadas pela afirmação de uma vaga relação entre Criminologia e Direito Penal: uma relação formal e periférica, porém suficiente para amortecer escrúpulos.

III

Quando FRANK inaugura a *teoria normativa* da culpabilidade, o panorama muda por completo. E essa mudança tende a acentuar-se na proporção em que a doutrina passa a unificar-se em torno de uma concepção livre-arbitrista limitada — ou, se assim se quer, determinista relativa — fundada em pressupostos proporcionados pelos progressos da psicologia e da psiquiatria.

a) De um lado, FRANK enfatiza a influência das *circunstâncias concomitantes* na formação da vontade, e com isto, o papel dos fatôres *intelectivos* nesse processo. [1]

Para que as *circunstâncias concomitantes* afetem ao agente, é indispensável, com efeito, que êle as *conheça;* ou seja, que as apreenda intelectualmente. FRANK teve consciência disso e não é raro, portanto, que se filie a si mesmo entre os partidários da *teoria da respresentação.* É uma pena, sem dúvida, que haja incorrido na imprudência — por êle lamentada mais tarde [2] — de empregar esse rótulo e de opô-lo ao da *teoria da vontade,* porque essa impaciência precipitou uma polêmica estéril que escamoteou os ângulos mais interessantes do assunto. De qualquer forma, FRANK destacou o papel das *circunstâncias* em que atua o sujeito e, com isso, a transcendência do fator intelectivo. Assim, foi relacionado o agente com sua *realidade vital.* O delinqüente já não é para o Direito Penal um mero motor do *ato* que, conseqüentemente, se contempla *a partir do ato.* O delinqüente condiciona agora a qualificação jurídica do *ato* ao nível da *culpabilidade.* E o condiciona enquanto *pessoa;* sujeito real que é, para usar a conhecida fórmula, *êle e suas circunstâncias;* sujeito real que vive num mundo que conhece, e que o afeta.

Tão extraordinária me parece essa significação do normativismo que, na minha opinião, FRANK não deveria atender às críticas daqueles que o induziram a alterar sua formulação, substituindo a *"normalidade das circunstâncias"* pela *"normalidade da motivação".* Embora ambas as idéias envolvam a conotação destacada, aquela a manifestava com maior claridade do que esta.

b) Por outro lado, psicologia e psiquiatria mostraram a medida em que o mundo circundante — as circunstâncias — podem determinar o indivíduo. A investigação parece coincidir com os resultados do Direito Penal. O homem goza de liberdade; contudo, liberdade limitada.

Assim é, em primeiro lugar, uma vez que nada será objeto de seleção se não fôr proposto pelo plano profundo dos instintos. [3] Em seguida, porque o processo supõe descartar certos estímulos que orientam em determinado sentido, em proveito de outros que tendem a direção inversa. [4] A energia desses impulsos é considerável, e o conflito, conseqüentemente, agudo. Aqui o homem exercita sua liberdade mediante eleição; mas o âmbito no qual se move é relativamente extreito. Portanto, para uma compreensão qualitativa e quantitativa da decisão adotada pela inteligência e cumprida pela vontade, é indispensável fazer uma investigação *acêrca de tais impulsos e suas determinantes.* Encontramo-nos agora em pleno campo ocupado pela Criminologia...

Em outras palavras: o exame das *circunstâncias concomitantes e de sua influência na formação da vontade, pertence ao criminólogo e condiciona o penalista.* De imediato as duas ciências se encontram, já não apenas vizinhas e relacionadas, senão *recìprocamente determinadas.*

Pode afirmar-se, numa primeira aproximação, que esta vinculação estreita apenas se estabelece entre Direito Penal e Macro-criminologia. A coisa, entretanto, está longe de ser evidente.

Por certo, este nexo é o mais aparente. O meio familiar, educacional ou laboral, com sua cadeia de conseqüências sociais, culturais ou econômicas, é um conjunto de *circunstâncias* imediatamente perceptíveis para o sujeito ao qual afetam e para o magistrado que o julga. A *norma de determinação* se refere, sem dúvida, a êle. Os resultados da Sociologia Criminal são, pois, condicionantes para esta norma.

Contudo, junto a êsse conglomerado de *circunstâncias exógenas,* existe o das *endógenas.* Dêste, por sua própria natureza, é mais difícil advertir-se, e muito freqüente incorrer-se em confusões. Sua realidade é inegável, não obstante. Convém apenas delinear um pouco seus limites, a fim de evitar erros.

KANT compreendeu perfeitamente que o homem se *apercebia* e *percebia* seu mundo interior como um objeto de conhecimento. Ocorre que, por causa de seu extremado racionalismo, não lhe foi permitido ir mais longe. A *apercepção,* no sistema kantiano, fica reduzida a uma síntese apriorística através da qual o entendimento liga o conhecimento de tôda "diversidade" à unidade superior da consciência que se afirma como um *"eu penso".* [5] Isto ainda nos serve pouco.

---

[1] FRANK, *Estructura del concepto de culpabilidad,* tradução espanhola de SEBASTIÁN SOLER, Publicações do Seminário de Direito Penal, Universidade do Chile, 1966, § 3.º, pág. 25.

[2] Ibid., § 6.º, págs. 54 e 55.

[3] WELZEL, *El nuevo Sistema del Derecho Penal,* Edições Ariel, Barcelona, 1964, págs. 88 e 89.

[4] Ibid., pág. 89.

[5] KANT, *Critique de la raison pure,* Presses Universitaires de France, tradução francesa com notas por A. TREMESAYQUES e B. PACAUD, 1967. No texto

SCHELER, pelo contrário, destacou enfaticamente a capacidade do homem para conhecer-se como *personalidade*, vale dizer, como totalidade a cuja estrutura se propõe muito mais do que o *"eu penso"*, ao qual inclusive atribui conseqüências infelizes. Dessa capacidade participa unicamente o homem; trata-se de sua característica peculiar e privativa. É, deste modo, o instrumento que lhe permite conhecer o mundo circundante como *sucessão* e *simultaneidade*, como realidade complexa e em transformação; ou seja, como *permanência multifacética e variável*, que se mantém a mesma ainda quando sua fisionomia exterior se modifique, quer em razão do ângulo onde se poste o observador, quer em razão de movimentos internos que lhe alterem as condições (subjetiva e objetivamente).

A concpção de SCHELER esclarece, em primeiro lugar, como são para o homem, e de que forma são possíveis para o homem, as circunstâncias exógenas. Mas revela, ainda assim, todo o mundo das circunstâncias endógenas: este complexo conjunto de situações existenciais que estruturam a personalidade, e que é dado conhecer à razão do próprio sujeito, e sôbre as quais sua vontade pode atuar. O homem interno ou, se se prefere, os componentes históricos da *personalidade* do homem, se transformam, assim, em *circunstâncias*. São colocados para o homem como um conglomerado de "diversidades" que deve conhecer e ordenar; mas, ainda assim, um conjunto de fatores que, uma vez conhecidos, operam sôbre êle, limitando-lhe a autonomia da vontade.

Esta constatação introduz outra: o conjunto dos *instintos primários*,[6] a faculdade de conhecer e a faculdade de obrar — a *razão* e a *vontade* — instalam-se como *núcleo central* na estrutura do ser humano. São as condições necessárias de sua entidade. Todos os demais componentes da personalidade são contingentes: podem manifestar-se ou não, e manifestar-se deste ou daquele modo. O que, por certo, não importa em faltar-lhes importância enquanto elementos integrantes da personalidade, porque aqui não se trata de efetuar uma valoração, mas tão somente de constatar um fato.

O fato, não obstante, ocasiona uma conseqüência esclarecedora. A *ação humana* — e, portanto, também —a ação em que consiste o delito — é um produto deste núcleo central da personalidade. *A ação é proposta pelo instinto, dinamizada pela vontade e dirigida pela inteligência.* Ao mesmo tempo, esses elementos se condicionam reciprocamente, de tal sorte que a ação, em sua forma concreta, é o resultado do *estado* e da *situação* em que, no momento de realizá-la, se encontram a vontade, a inteligência e os instintos. E precisamente a forma pela qual as circunstâncias — suas circunstâncias afetam o instinto, a vontade e a inteligência, são as que determinam o estado concreto e a concreta situação.

Resulta daí que quando os penalistas falam de *circunstâncias concomitantes*, referem-se ao que é circunstância para o contexto nuclear *instinto-vontade-inteligência*, e não, como poderia parecer à primeira vista, às *circunstâncias da personalidade*. Quer dizer: os elementos históricos integrantes da personalidade devem ser tratados, a partir deste ponto de vista, como *circunstâncias do ato*, enquanto o sejam para o instinto que os propõe, para a vontade que os dinamiza e para a inteligência que os rege.[7]

Sucede, assim, que os resultados da micro-criminologia, da Psicologia Criminal, são igualmente condicionantes para o resultado do Direito Penal, já que ela se aplica exatamente no exame daqueles fatores da personalidade que com sua presença, estado ou situação, podem afetar o estado e situação dos instintos, da vontade e da inteligência produtores do ato.

V

Certamente, as considerações anteriores só estão apontando constatações. Precisá-las e o que é mais importante, aproveitá-las, requer uma investigação e uma análise progressiva. Todavia, obtemos algumas conclusões que, no mínimo, resultam sugestivas e orientadoras:

a) No atual estado de coisas, pode afirmar-se que entre Criminologia e Direito Penal existe não apenas uma *relação*, senão um *condicionamento* recíproco. E vale a pena acentuar com nitidez a distinção, porque, como se observou recentemente, a *relação* pressupõe uma variedade cuja comparação pode ser esclarecedora, mas que *exclui* a *determinação*.[8]

b) O Direito Penal é condicionado pelos resultados da Criminologia, desde que a culpabilidade depende, em *qualidade* e *quantidade*, das *"circunstâncias concomitantes"*, e o exame dessas é tarefa e responsabilidade da Criminologia.

---

da primeira edição (metade superior da página), III, págs. 115 e segs.; no da segunda (metade inferior), 18, págs. 117 e 118.

6 Ao falar de *instintos*, no texto, faz-se uma abstração. O próprio FREUD reconhecia que os instintos acabam afetados em sua natureza pelo acontecimento histórico através do qual se desenvolveram. Completos desenvolvimentos dessa idéia se encontram em MARCUSE, *Eros and Civilization*, págs. 1 e segs. Também para o instinto existe, pois, uma circunstância, e seguramente uma das mais complicadas historicamente. Aqui se tratam os instintos unicamente enquanto força primigênia.

7 Por isso, é também incorreta a divisão entre circunstâncias *exógenas* e *endógenas*, que por comodidade empregamos ao iniciar este tópico. Para o conjunto instinto-vontade-inteligência, todas as circunstâncias são exógenas. O que afinal, está de acordo com o significado do conceito. Uma circunstância *endógena* é rigorosamente um contrassenso.

8 Cf. MACHEREY PIERRE, *El análisis literario, tumba de las estructuras*, em *Problemas del Estructuralismo*, ed. Siglo XXI, México, 1967, tradução de JULIETA CAMPOS, GUSTAVO ESTEVA e ALBERTO EZAIRDIA, pág. 25.

c) Mas também a Criminologia é condicionada pelo Direito Penal, enquanto o *conjunto de normas* vigentes em um determinado momento são, dessa maneira, para o núcleo instinto-vontade-inteligência, uma *circunstância*. Não necessito discutir aqui a exatidão dessa afirmativa. Qualquer um pode advertir-se de que, para o indivíduo, a norma é não apenas um mandamento, senão, e além disso, um fato de seu mundo que afeta suas convicções e posições vitais. Aquele que se formou sob o império de normas éticas tradicionais, foi por elas afetado vitalmente, e quando se defronte com uma discussão acerca de sua correção e vigência, concluirá talvez por reconhecer que não pode prová-las; persistirá contudo em tê-las por boas e convenientes, simplesmente porque as *sente* assim; porque, como os braços e as pernas, elas lhe são necessárias para percorrer seu caminho, para *viver;* porque, em suma, se incorporaram à sua personalidade, e renunciá-las significaria para si mutilação angustiosa de sua entidade. Isto, que é muito *aparente* quando se trata de normas éticas não o será tanto para as jurídicas; mas em ambos os casos é verdadeiro.

d) Como último resultado, coloca-se que o inter-relacionamento do saber jurídico com o criminológico conduz à necessidade de também postular-se um inter-relacionamento da atividade jurídica e da criminológica. E é preciso enfatizar que quando me refiro a inter-relacionamento, pretendo considerar algo mais intenso que a mera comunicação recíproca de dados auxiliares. Talvez se trate, em última instância, de uma *integração*.

É muito possível — e me atreveria a dizer seguro — que as considerações precedentes estejam longe de ser originais. Todas pertencem, em maior ou menor medida, ao caudal de conhecimentos já conquistados. Mas apenas porque são agrupadas para contemplar o problema a partir de uma posição distinta, contribuirão, suponho, para iluminar aspectos escondidos que até agora permaneciam na penumbra. A serem exatas, a teoria da *culpabilidade* deverá transformar-se, e compreender uma completíssima *criminologia das causas;* e quando assim fôsse, não se veriam muito claras as razões pelas quais permanece dividido o estudo dos recursos destinados ao combate do delito.

CRIMES CONTRA A PESSOA. CRIMES CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO

HELENO C. FRAGOSO

Introdução

O Título I da Parte Especial trata dos crimes contra a pessoa, realizando-se aqui a tutela penal da vida, da integridade corporal, da honra e da liberdade, pressupostos e atributos da personalidade humana. Abrange, assim, esse título, os bens relativos à pessoa humana em sua complexa realidade física e moral. O sistema da lei vigente provém do Código italiano de 1930, sendo desconhecido de nossa legislação anterior.

Nosso Código de 1890 previa em títulos distintos os "crimes contra a segurança da pessoa e da vida" e os "crimes contra a honra e boa fama", incluindo as infrações penais contra a liberdade pessoal no título referente aos crimes "contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais", critério defeituoso que remontava ao nosso código de 1830.

A honra e a liberdade são bens morais que constituem atributos da personalidade humana. Justifica-se, em conseqüência, a inclusão dos crimes contra a honra e a liberdade no título unitário relativo a todos os fatos puníveis através dos quais se realiza a tutela jurídico-penal da pessoa. Esse critério vai prevalecendo nas codificações modernas e nos estudos sistemáticos da Parte Especial, inclusive os que se referem aos códigos que o desconhecem. (1)

O novo Código Penal incluiu o genocídio entre os crimes contra a pessoa, destacando-o no capítulo II do Título I. É orientação defeituosa, oriunda do anteprojeto HUNGRIA. Desde que a expressão *genocídio* foi inventada, com grande sucesso, por LEMKIM, serviu para designar vários atos dirigidos intencionalmente à destruição de um grupo humano. Isso está dito no próprio art. 2.º da Convenção de 9 de dezembro de 1948.

(1) Vejam-se, por exemplo, os tratados de QUINTANO RIPOLLÉS e MAURACH, referentes aos velhos Códigos Penais da Espanha e da Alemanha.

O que caracteriza o genocídio é exatamente sua projeção no campo internacional e sua transcendência ao simples quadro do homicídio, como crime contra a pessoa. Nesse sentido é unânime a opinião dos autores (2). Dentro de um Código Penal, a única possível classificação desses crimes seria num título especial, à semelhança do que faz o Código iugoslavo, que os inclui sob a rubrica *ações puníveis contra a humanidade* e o direito das gentes (art. 124). O projeto alemão de 1962 seguiu também esse critério, classificando o genocídio num título especial: *fatos puníveis contra a comunidade dos povos.* Essa seria a única possível solução técnica. (3)

Em sentido jurídico, *pessoa* é todo sujeito de direitos. Ao definir os crimes *contra a pessoa,* no entanto, o Código Penal considera pessoa todo ser humano, protegendo os direitos da personalidade, sejam os que se referem à personalidade física, sejam os que dizem com a personalidade moral. Isso não significa que alguns crimes previstos neste título não possam ser praticados contra pessoas jurídicas. É o caso da invasão de domicílio (art. 150), da violação de correspondência (art. 151), do desvio, sonegação ou supressão de correspondência comercial (art. 152).

Os crimes contra a pessoa podem ser classificados em três grandes categorias: crimes contra a vida e a integridade corporal; crimes contra a honra; crimes contra a liberdade.

Entre os crimes contra a vida, previstos no Capítulo I, inclui-se também o aborto, antecipando-se assim a tutela da vida humana ao momento da concepção. Impedir a formação e o surgimento do ser humano é atentar contra a sua vida. A integridade corporal é tutelada através da incriminação das lesões corporais, designação que abrange as ofensas à saúde. A vida e a integridade corporal são protegidas também contra a exposição a perigo através da incriminação de várias ações previstas no capítulo III (*Da periclitação da vida e da saúde*). A vida e a incolumidade pessoal são aqui penalmente tuteladas com referência a pessoa determinada. A exposição a perigo de um número indeterminado de pessoas configura os crimes contra a incolumidade pública.

Os crimes contra a honra atingem, em substância, a pretensão ao respeito e à estima, como atributos morais da personalidade. Pune-se

(2) Cf., como simples exemplo, FRANCISCO P. LAPLAZA, *El delito de genocídio o genticídio,* 1953, pág. 71; EDUARDO L. GREGORINI CLUSELLAS, *Genocídio, su prevención y represión,* 1961, pág. 46, bem como a publicação da ONU, *The crime of genocide: a U.N. Convention aimed at preventing destruction of groups and punishing those responsible,* 1956, pág. 32.

(3) No Código Penal alemão em vigor foi introduzido em 1954 o § 220a, inserindo o genocídio entre os crimes contra a vida. Tal critério é censurado sem discrepância por todos os autores, que afirmam tratar-se basicamente de um delito contra a humanidade. Cf. Exposição de Motivos do projeto alemão de 1962 (*Entwurf eines Strafgesetzbuches E 1962,* pág. 671), onde se diz que o genocídio constitui *corpo estranho* entre os crimes contra a vida.

aqui a calúnia, a difamação e a injúria, que se dirigem contra a reputação, a dignidade e o decoro da pessoa humana.

Os crimes contra a liberdade estão distribuídos em quatro seções, atentando-se aos distintos aspectos em que pode aquele bem jurídico ser considerado. Aqui estão previstos os crimes contra a liberdade individual, a violação de domicílio, a violação de correspondência e dos segredos.

Crimes contra a vida

Protege a lei penal a vida humana desde a concepção, incriminando não só sua destruição na pessoa, como também o aborto, que vem a ser a destruição da vida antes do nascimento.

São quatro as figuras de delito contra a vida: homicídio (artigo 121), infanticídio (art. 123), auxílio, instigação ou induzimento ao suicídio (art. 122) e aborto (arts. 124 a 126). O infanticídio é apenas forma privilegiada de homicídio.

HOMICÍDIO

Antecedentes históricos

É antiquíssima a incriminação do homicídio. A punição, desde as mais remotas legislações, era, invariavelmente, a morte. Desde os tempos de Numa Pompílio, rei que sucedeu a Rômulo, fundador de Roma (no ano 753 ou 754 A.C.), o homicídio era considerado crime público, com o nome de *parricidium.* Não significava, originalmente, esta palavra a morte do pai ou de ascendente (*patris occidium*), mas, sim, a morte de um cidadão *sui juris* (*paris coedes* ou *paris excidium*). Somente ao fim da República é esta palavra empregada apenas para designar a morte dada a parente próximo (MOMMSEN, II, 325).

Sobre o homicídio dispunha a Lei das XII Tábuas (ano 450/451 A.C.): *"si quis hominem liberum dolo sciens morti duit parricida esto".* Desde esse tempo, e mesmo anteriormente, já havia juízes para o processo do homicídio, os quais se chamavam *quæstores parricidii.* O escravo não podia ser sujeito passivo do crime de homicídio, porque não era pessoa, e sim coisa (*res*) e como tal objeto do crime de dano.

A fonte por excelência da incriminação do homicídio em Roma, era a Lei Cornélia (*lex Cornelia de sicariis et veneficiis*), promulgada ao tempo de Sila (81 A.C.). A pena, dependendo da condição do réu e das circunstâncias do fato, era a *deportatio* (exílio), a *confiscatio* (confisco) ou a *decapitatio* (decapitação), para os *honestiores,* e a condenação aos animais ferozes (*ad bestias*) ou a *vivicrematio,* para os *humiliores.* Já se previa, como formas mais graves do homicídio, o parricídio, o envenenamento e o latrocínio. Com a legislação de JUS-

TINIANO (535 D.C.) a pena de morte é aplicada indistintamente a todos os homicidas.

No direito germânico, o homicídio era crime privado, que sujeitava o agente à vingança da família do morto ou à composição. Mais tarde, com o ressurgimento do direito romano e a influência do direito canônico, o homicídio voltou a ser considerado crime público.

Foi em torno ao crime de homicídio que os praxistas desenvolveram a doutrina de inúmeros institutos da parte geral (tentativa, participação, concurso, etc.). Consideravam os práticos, em geral, qualificado, o homicídio nos casos de parricídio (morte dada a parente), emboscada, latrocínio, assassínio (morte mediante paga) e envenenamento. A morte continuou sendo a pena usual.

Com o movimento humanista do sec. XVIII algumas legislações substituiram a pena de morte pela de prisão celular e pelo trabalho forçado, reservando-a apenas para os casos de homicídio qualificado.

Nossas Ordenações Filipinas cuidavam do homicídio voluntário simples, do venefício, do assassínio e do homicídio culposo, no Livro V, Tít. 35. Afora este último, punido com pena extraordinária, os demais eram punidos com a morte, sendo, em algumas formas, cortadas as mãos do criminoso e confiscados os seus bens. O parricídio está previsto no Livro V, tít. 41 § 1.º.

O código de 1830 ocupou-se do homicídio na parte III, título II, cap. I, considerando-o qualificado se ocorriam o emprego de veneno ou fraude, emboscada, ou se fôsse cometido mediante pagamento ou por mais de uma pessoa. As penas variavam desde a morte e galés perpétuas até prisão com trabalho. O código imperial não cuidava do homicídio culposo, sendo esta uma de suas grandes falhas, corrigida, aliás, pela Lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871.

O código de 1890 contemplava o homicídio no art. 294, qualificando-o em numerosas circunstâncias. As penas eram a de prisão celular, de 12 a 30 anos (nas formas qualificadas) e de 6 a 24 anos (para o homicídio simples). (4)

Ao lado das duas espécies tradicionais de homicídio (simples e qualificado), que em muitas legislações aparecem com designação distinta *(meutre* e *assassinat; Totschlag* e *Mord; manslaughter* e *murder)*, nosso código vigente previu, igualmente, o homicídio privilegiado (art. 121 § 1.º), que é o praticado em circunstâncias razoavelmente justificadas.

Objetividade jurídica

Homicídio é a destruição da vida humana alheia. É famosa a definição de CARMIGNANI *(hominis cædes ab homine injuste patrata)*, que inclui indevidamente o elemento da antijuridicidade, que é implícito em toda definição de crime. O objeto da tutela penal é o interesse na preservação da vida humana, sendo esta evidentemente o bem jurídico tutelado. É manifesta a altíssima relevância de tal bem, que é indisponível, sendo, assim, de nenhum efeito, o consentimento da vítima.

(4) Sobre a história do crime de homicídio, cf. JOÃO MESTIERI, *Curso de Direito Criminal*, 1970, pág. 36 ss.

Sujeito ativo e sujeito passivo

Não se exige qualquer específica qualificação do sujeito ativo do crime. O sujeito passivo, por igual, pode ser qualquer pessoa, ou seja, qualquer ser vivo, nascido de mulher. Antes do nascimento não há homicídio, mas, sim, aborto. Todavia, a morte do feto a termo ou viável durante o parto, configura o crime de homicídio, a menos que seja praticada pela própria mãe, sob a influência do estado puerperal, caso em que o crime a identificar-se será o de infanticídio (artigo 123 CP).

A definição legal do crime de infanticídio, que é forma privilegiada de homicídio, faz certo que a morte *durante* o parto é homicídio, e não aborto. Há, portanto, homicídio, desde que se inicie o parto. Este vem a ser o conjunto de processos tendentes a expulsar o feto do útero materno, terminado o ciclo fisiológico da gravidez (salvo a hipótese de parto prematuro). O parto se inicia com o feto no útero materno, como é óbvio, não sendo necessário, portanto, para que haja homicídio, que ocorra expulsão, parcial ou total, e muito menos que haja vida autônoma. As dores que antecedem o parto não podem, por si sós, indicar com precisão o seu início, pois há dores também antes do início do parto. *Começa o parto com o rompimento do saco aniótico.* Alguns autores exigem que o feto tenha sido expulso, pelo menos em parte, do útero materno (BINDING, I, 38), mas a maioria se contenta com o início do parto, referindo-o às dores que, a curtos intervalos conduzem ao desprendimento do feto (SCHÖNKE-SCHRÖDER, 919).

É suficiente que o sujeito passivo esteja *vivo*, sendo indiferente o seu grau de vitalidade ou capacidade de viver: tanto o recém-nascido sem possibilidade de sobrevivência (mesmo disforme ou monstruoso), como o moribundo, podem ser sujeito passivo do crime de homicídio.

A vida manifesta-se com a respiração. Pode haver vida sem respiração, no caso de recém-nascido apnéico. Pode ela também revelar-se por outros sinais, como o movimento circulatório e as pulsações do coração. A vida biológica, entretanto, também é objeto de proteção penal, já que a morte do feto durante o parto é homicídio e não aborto ou feticídio.

Se já cessou a vida, não é possível haver homicídio. Será impossível o crime por impropriedade absoluta do objeto (art. 14 CP).

Conduta punível

A definição legal do crime de homicídio é extremamente simples: "matar alguém". A ação incriminada é, pois, a de *matar*, podendo o crime ser cometido por ação ou por omissão e por qualquer meio (direto ou indireto, físico ou moral), desde que idôneo, isto é, capaz de causar a morte. A idoneidade do meio deve ser avaliada *ex post*, pois mesmo o meio objetivamente inidôneo pode revelar-se idôneo no caso concreto (ex.: açúcar propinado a um diabético).

É este *crime material*, que se consuma com o evento morte. E porque se trata de fato que deixa vestígio, será sempre indispensável o exame de *corpo de delito*, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado (art. 158 CPP).

É o homicídio praticado por *ação*, quando há conduta positiva do agente (disparo de um tiro, propinação de veneno); e por *omissão*, quando há abstenção de atividade devida (ex. a mãe que deixa de alimentar o filho, que morre de inanição). O homicídio por omissão exige que tenha o agente dever jurídico de impedir o evento. Tal dever pode surgir de uma norma jurídica (ex.: dever de mútua assistência entre os cônjuges e de sustento e guarda dos filhos — art. 231 CC), ou ainda, do fato de assumir a responsabilidade de impedir o resultado (particularmente através de contrato ou de negócio jurídico). Não basta, porém, qualquer dever jurídico. O dever jurídico que decorre dos crimes *omissos puros* (ex.: art. 135 CP), não basta para equiparar a omissão à conduta típica comissiva (SCHÖNKE-SCHRÖDER, 46; MAURACH, AT, 474). Impõe-se aqui um *dever jurídico* de impedir o resultado, sem o qual a omissão não é antijurídica. Tal dever pode surgir também de uma anterior atividade própria do agente, como no caso de um incêndio culposamente causado. Quem, através da própria atividade voluntária, cria o perigo da superveniência de dano punível, tem o dever jurídico de impedi-lo. Veja-se o art. 13 § 2.º CP de 1969. (5)

No que concerne aos *meios*, chamam-se *diretos* aqueles de que o próprio agente se serve para atingir a vítima (tiro, esganadura, etc.), e, *indiretos*, aqueles que propiciam a morte, causada, efetivamente, por fator independente do criminoso (ex.: o agente atrai a vítima a lugar onde é atacada e morta por uma fera ou por descarga de corrente elétrica).

O erro quanto à pessoa atingida é acidental, e, portanto, irrelevante. Consideram-se, nesse caso, as condições e qualidades da pessoa contra a qual o agente queria praticar o crime (art. 17 § 3.º CP). O erro na execução *(aberratio ictus)* é, igualmente, irrelevante (art. 53 CP), respondendo o agente como se tivesse atingido a pessoa visada, se efetivamente matou alguém.

Se o agente, julgando ter matado a vítima, pratica outra ação que vem a produzir a morte, responde por um só delito consumado. (Ex.: Tício, supondo erroneamente que matou seu inimigo Caio com o golpe que desferiu, lança-o de um precipício, causando-lhe então a morte). É a hipótese do chamado *dolus generalis*, que conduziu no passado a infrutífero debate.

É perfeitamente admissível a *tentativa*, que se verifica quando, iniciada a execução do homicídio, não sobrevém a morte por circunstâncias alheias à vontade do agente. Há *início de execução* quando o agente começa a matar alguém, ou seja, quando surge o ataque ao bem jurídico que a lei penal tutela ou quando se inicia a violação da norma, com a realização da conduta típica. Como bem exemplifica NELSON HUNGRIA, V, 67, são atos meramente *preparatórios:* a aquisição da arma ou do veneno, a procura do local propício, o ajuste de auxiliares, o encalço do adversário, a emboscada, o fazer pontaria com arma de fogo, o sacar o punhal. São *atos executivos:* o disparo do tiro, o deitar o veneno no alimento destinado à vítima iludida, o brandir o punhal para atingir o adversário, etc.

Afastando-se de nosso direito anterior, nenhuma relevância atribui o código vigente às concausas, salvo se supervenientes e relativamente independentes (art. 11 parágrafo único CP). Nosso código imperial atenuava consideravelmente a pena do crime de homicídio, quando a morte se verificasse, "não porque o mal causado fôsse mortal, mas porque o ofendido não aplicasse toda a necessária diligência para removê-lo" (art. 194). E o código de 1890, igualmente, concedia privilégio ao homicídio no caso em que a morte resultasse, "não da natureza e sede da lesão, e sim das condições personalíssimas do ofendido", e, ainda mais, no caso em que resultasse, não por ter sido mortal a lesão, e, sim, "por ter o ofendido deixado de observar o regime médico-higiênico reclamado pelo seu estado" (art. 295 §§ 1.º e 2.º). Nossos códigos anteriores beneficiavam injustificadamente o homicida pois desde que o agente tenha pretendido matar (ou desde que tenha assumido o risco de causar esse resultado), é inteiramente irrelevante, do ponto de vista da criminosidade de sua ação, que tenha conseguido seu objetivo pela superveniência ou preexistência de circunstância estranha e não prevista, que não afeta o nexo causal. De conformidade com o princípio adotado pelo nosso código, somente se rompe a cadeia causal na hipótese de concausa *superveniente* (não concomitante ou preexistente), que *por si só* tenha dado causa do resultado, como no seguinte exemplo: Mévio fere mortalmente Tício. Este, porém, é socorrido prontamente e vem a morrer de grave desastre ocorrido com a ambulância que o transportava .Tal desastre é concausa *relativamente independente*, pois não teria ocorrido sem a agressão praticada, mas interrompe o nexo causal, em face do art. 11 pa-

(5) Cf. sobre o assunto, extensamente, HELENO FRAGOSO, *Conduta Punível*, 1961, pág. 55 e seguintes. Veja-se também a decisão do TA da Guanabara na AC n.º 2.085 apreciada em largo comentário publicado na RDP, 3/96.

rágrafo único CP. Responde Mévio apenas por homicídio tentado. Exemplo de concausa preexistente irrelevante: Mévio dispara um tiro visando seu inimigo Caio para matá-lo, não o atingindo, porém. Sendo a vítima portadora de grave lesão cardíaca, vem, todavia, a morrer, em conseqüência do choque emocional. Responde Mévio por homicídio consumado. Exemplo de concausa superveniente irrelevante: Mévio atinge *necandi animo* seu inimigo Semprônio, causando-lhe grave lesão, não letal. Ocorre, todavia, a morte da vítima, em virtude da superveniência de gangrena, em face da insuficiência ou ausência de tratamento. Responde o agente por homicídio consumado, pois em tal caso não houve interrupção da cadeia causal: o condicionamento do evento morte (gangrena), situava-se na linha de desdobramento causal da ação praticada e, como diz NELSON HUNGRIA, sem ultrapassar a órbita do perigo criado por esta. (6)

Culpabilidade

O crime é imputável a título de dolo, que consiste na vontade livre e consciente de causar a morte de uma pessoa. É o chamado *animus necandi.* O propósito homicida será, em regra, revelado pelas circunstâncias em que a ação é praticada, podendo ser indícios valiosos, a índole do acusado, suas precedentes manifestações de ânimo, a causa de seu comportamento delituoso, a natureza dos meios empregados, o local e a quantidade dos golpes desferidos, quando sua direção foi dependente da vontade (CARRARA, §1.104). (7)

O dolo pode ser direto ou eventual. É direto quando o agente quer a morte da vítima, e eventual, quando assume o risco de produzi-la (art. 15 CP).

O dolo eventual muito se aproxima da culpa consciente. Nesta, como naquele, há previsão do resultado. Na culpa, porém, o agente confia honestamente em que ele não ocorrerá, ao passo que no dolo eventual o resultado lhe é indiferente. Se o agente previsse o resultado como *certo,* abster-se-ia de praticar a ação que lhe dá causa, no caso de culpa consciente. No caso de dolo eventual, nem assim deixaria de agir. A distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente é perfeitamente clara na doutrina, mas, praticamente é, por vezes, muito difícil. A dúvida será sempre resolvida em favor do réu, com a afirmação da culpa consciente.

A tentativa de homicídio com dano corporal corresponde objetivamente ao crime de lesão corporal consumado. A tentativa do crime

(6) Sobre este difícil problema, cf. HELENO FRAGOSO, *Conduta Punível,* pág. 106 e seguintes.

(7) Cf. sobre o assunto, M. FINZI, *L'intenzione di uccidere considerata in relazione al mezzo lesivo adoperato,* in *Scritti Giuridici in Onore di Vincenzo Manzini,* Pádua, CEDAM, 1954, pág. 179.

mais grave depende, como é óbvio, da certeza quanto ao propósito homicida, ou seja, o dolo correspondente ao homicídio. A dúvida conduz necessariamente ao reconhecimento do crime menos grave de lesão corporal.

Se o homicídio foi praticado por inconformismo ou faccionismo político-social, o crime será o do art. 32 DL 898/69, desde que a vítima seja pessoa que exerça autoridade ou estrangeiro que se encontre no Brasil a convite do governo brasileiro, a serviço de seu país ou em missão de estudo. A pena, em tal caso, é a morte, equiparando-se à de reclusão por 30 anos, para efeito de tentativa (art. 50). Não há homicídio por inconformismo ou faccionismo político-social no caso em que o agente acusado ou condenado por atividades subversivas atingiu a autoridade policial ao tentar impedir sua prisão. (RTJ, 58/3).

O evento morte como condição de maior punibilidade

O evento morte constitui condição de maior punibilidade de uma série de crimes, que são qualificados pelo resultado (art. 127 *in fine;* 129 § 3.º; 133 § 2.º; 134 § 2.º; 135 parágrafo único, *in fine;* 137 parágrafo único; 159 § 3.º; 223 parágrafo único; 232, 256; 263; 264 parágrafo único e 285). São os chamados *crimes preterintencionais* ou *preterdolosos.* Nestes casos não há dolo (direto ou eventual) em relação à morte da vítima, que é causada culposamente, já que não há responsablidade objetiva em tais casos.

Pena

A pena cominada ao homicídio simples é de 6 a 20 anos de reclusão.

HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

Nossos códigos anteriores não cogitavam de homicídio privilegiado (salvo a hipótese de infanticídio). Na legislação estrangeira encontram-se vários códigos que prevêem essa espécie de homicídio, que em geral configuram nos casos de ira ou emoção violenta e provocação da vítima. Nosso código vigente estabeleceu com precisão os contornos do homicídio privilegiado, dispondo no § 1.º do art. 121 que a pena pode ser reduzida de um sexto a um terço, "se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima".

A redação da lei parece não deixar dúvida de que a redução de pena é *facultativa,* não constituindo obrigação para o juiz. Essa interpretação, que se encontra na Exposição de Motivos (n.º 20), não é pacífica, pois há os que entendem ser imperativa a redução da pena. Assim se pronunciou a Conferência dos Desembargadores, reunida em

1943, no Rio de Janeiro, sendo esta também a opinião de E. CUSTODIO DA SILVEIRA (*Direito Penal*, 1959, p. 68). Afirma-se que, sendo este crime da competência do Tribunal do Júri, haveria violação da soberania dos veredictos se o juiz deixasse de atenuar a pena, reconhecendo o tribunal popular ter sido o crime praticado na hipótese do art. 121 § 1.º do CP. O argumento não impressiona, pois a função jurisdicional do júri deve exercer-se obrigatoriamente nos limites da lei, que na hipótese lhe confere poderes para afirmar ou negar a existência da circunstância atenuante especial, dando, porém, ao juiz a faculdade de considerá-la, ou não, na fixação da pena. Esta é a lição de NELSON HUNGRIA V, 139. Nesse sentido orienta-se também a jurisprudência. (8)

Destacam-se aqui circunstâncias já previstas no código como atenuamentes genéricas (art. 48, IV, letras *a* e *c in fine*) e que, em relação ao homicídio, são especialmente contempladas para configurar uma forma privilegiada do crime.

Duas são as hipóteses de homicídio privilegiado:

1. Ter sido o crime cometido por motivo de *relevante* valor social ou moral; ou
2. sob o domínio de *violenta* emoção, *logo em seguida* a *injusta* provocação da vítima.

Os motivos que determinam o agente a delinqüir são de especial importância na apreciação da fealdade moral de sua atividade criminosa, e também de seu maior ou menor desajuste e de sua periculosidade. Porisso, os motivos devem ser cuidadosamente considerados pelo juiz na aplicação da pena (art. 42 CP), pois constituem o melhor índice da perversidade da ação.

O motivo de valor *social* é aquele que atende aos interesses ou fins da vida coletiva. O valor *moral* do motivo se afere segundo os princípios éticos dominantes. São aqueles motivos aprovados pela moralidade média, considerados nobres e altruístas. Como ensina MANZINI, II, 212, "o valor *moral* do motivo extrai-se dos princípios éticos próprios da sociedade presente. Aquilo que a moral média reputa nobre e merecedor de indulgência é o que deve ser acolhido pelo juiz, ainda que a moral superior possa ensinar diversamente". Prevalecem aqui os critérios da chamada *moral prática*.

O valor social ou moral do motivo — que deve ser sempre considerado objetivamente, segundo a média existente na sociedade, e não segundo a opinião do agente — deve ser *relevante*, isto é, considerável, importante. A morte dada a um traidor da pátria, a um bandido; o homicídio piedoso (eutanásia) ou praticado em certos casos de honra, são exemplos de relevante valor social ou moral.

(8) HC n.º 48.618, 2.ª Turma, rel. Min. ADALÍCIO NOGUEIRA (DJ, 14-5-71, pág. 2118); AC n.º 48.946, TJ da Guanabara, 2.ª CC, rel. Des. ROBERTO MEDEIROS (RJ, 18/369); RDP, 1/160; 2/123.

A circunstância de ter agido por motivo de especial valor social ou moral, tem caráter subjetivo, e, assim, não se comunica ao co-autor, que não age impelido pelas mesmas razões. Subsiste o homicídio privilegiado mesmo quando o motivo é erroneamente suposto pelo agente.

A segunda hipótese de homicídio privilegiado prevista pelo código é tradicionalmente conhecida como ímpeto de ira ou justa dor e historicamente considerada nos casos de provocação da vítima, flagrante adultério e morte dada a ladrão. No direito romano, era a pena atenuada para o homicídio em flagrante adultério, pela existência de *dolor iustus* (Cod. 9, 9, 4), ou pela ação praticada *impetu tractus doloris* (*difficilimum iustum dolorem temperare*) (D. 48, 5, 38 § 8). Era, aliás, atenuante genérica do dolo, na graduação romana, o ímpeto de ira (*regula enim juris est quod delictum ira commissum mitius punitur*).

Entre os praxistas foi regra geral a atenuação e mesmo a exclusão da pena nos casos de provocação injusta e ira violenta (*máxima iracundia*) por motimo legítimo. A injustiça da provocação era considerada elemento essencial (*simplex iracundiæ calor non excusat, nisi iusta causa præcedat*). Como excusante especial nos crimes de sangue, acolheu o código penal francês, de 1810 (art. 321), a provocação, sendo este exemplo seguido por vários outros estatutos do século passado. A razão de ser da atenuante fundava-se na diminuição da intensidade do dolo ou da responsabilidade do agente, em face da provocação injusta, e, ainda, no menor alarma social causado pelo crime praticado em tais circunstâncias.

O código vigente não atendeu apenas à provocação injusta nesta segunda forma de homicídio privilegiado, sendo necessário que da provocação resulte *violenta emoção* e que a ação seja praticada *logo em seguida*, ou seja, imediatamente após o fato. São, pois, três as condições aqui exigidas pela lei para conferir privilégio ao homicídio:

1. Provocação *injusta da vítima;*
2. emoção *violenta* do agente;
3. reação deste *logo em seguida.*

A *provocação* não se constitui apenas por golpes e violências graves, como estabelecia o código napoleônico, os quais podem, inclusive, dar lugar a situação de legítima defesa. Pode ela consistir em qualquer fato voluntário (ação ou omissão) que expresse um desafio ou uma ofensa à sensibilidade moral do agente. Não só vias de fato e ameaças, como ofensas à honra, zombarias, reticências, insinuações, perseguições, expressões de desprezo, atos de emulação, etc. Não é indispensável a intenção de provocar. A provocação é sempre uma excusa *pessoal*, que deve atingir a pessoa que reage. Não se exclui, porém, que haja provocação, no sentido do dispositivo legal que examinamos, no caso em que a pessoa por ela visada seja diversa da que reage, desde que a esta ligada, de forma a ser atingida também, indi-

retamente. Tais hipóteses exigem, todavia, do julgador, a máxima cautela.

A existência de provocação ou seja, a potencialidade causal do fato para constituir um provocação, deve ser considerada com critérios relativos. O que para uns será provocação, para outros, não. Deve ter-se em conta a personalidade das pessoas, seu grau de cultura e educação, bem como a natureza do fato e suas circunstâncias. Deverão considerar-se, porém, os padrões do homem normal, e não os dos hiper-sensíveis. Como ensina SOLER, III, 70, a lei atenua o fato quando este constitui a reação explicável, compreensível excusável e externamente motivada, de uma consciência normal.

Deve, ademais, a provocação, ser *injusta*, isto é, antijurídica e sem motivo razoável, de modo a causar justa indignação. A injustiça da provocação, deve ser sempre apreciada objetivamente, e não de acôrdo com o entendimento do agente. Não haverá provocação injusta sem sujeito consciente, excluindo-se, assim, a ação de crianças e loucos, desde que a condição destes seja notória. Não se pode deixar de atribuir relevância à provocação erroneamente suposta, desde que o erro seja excusável (CARRARA, § 1.289).

Não basta, porém, a provocação, por mais grave e veemente que seja. É de mister que dela haja resultado *violenta* emoção. O homicídio praticado friamente não será privilegiado, não obstante a ocorrência de provocação. A simples existência de emoção por parte do agente, por outro lado, igualmente não basta, pois não se trata de outorgar privilégio aos irascíveis ou às pessoas que facilmente se deixam dominar pela cólera. Cabe indagar do estado emocional após a constatação dos fatos, isto é, da existência de provocação injusta da vítima, que o tenha causado.

A emoção, que não exclui a responsabilidade penal (artigo 24, n. I CP), é aqui excepcionalmente relevante, desde que violenta. Evidentemente, contemplam-se aqui as emoções fisiológicas, que integram a psicologia do homem normal; as emoções patológicas excluiriam a responsabilidade do agente. Emoção é um estado afetivo que produz momentânea e violenta perturbação da personalidade do indivíduo. Afeta o equilíbrio psíquico, ou seja, o processo ideativo, acarretando alterações somáticas, com fenômenos neuro-vegetativos (respiratórios, vasomotores, secretores, etc.) e motores (expressões e mímicas). A lei exige que a emoção seja *violenta*, o que significa que deve tratar-se da séria perturbação da afetividade, de modo a destruir a capacidade de reflexão e os freios inibitórios. Por essa razão, a violenta emoção é incompatível com o emprego de certos meios que demonstram planejamento e fria premeditação, pois em geral consiste numa reação desordenada.

A *paixão* por si só não pode dar lugar ao homicídio privilegiado, pois ela representa um processo afetivo duradouro, ou, como diz DE SANCTIS, um estado emotivo que se protrái, representando na ordem afetiva o que a idéia *fixa* é na ordem intelectual. A paixão é a emoção-sentimento, ao passo que aqui somente se considera a emoção-choque, ou seja, a subitânea reação afetiva, menos suscetível de auto-controle. A emoção, porém, pode surgir de um estado de paixão, em face de um motivo que a faça eclodir, pois, como ensina SOLER, III, 66, um certo estado de tensão psíquica anterior costuma ser circunstância que precede quase sempre os estados emocionais. Não se considerará em tal caso, o sentido ético da paixão, mas, tão somente, a injustiça da provocação que fez surgir a emoção violenta.

O terceiro requisito legal diz respeito ao intervalo de tempo, exigindo-se que o crime seja praticado *sine intervallo*, ou seja, logo em seguida à injusta provocação da vítima, enquanto durar o estado emocional por ela provocado. A razão do privilégio outorgado ao homicídio cometido nessas circunstâncias reside no fato de verificação comum, do descontrole emocional sobre os freios inibitórios, em conseqüência da provocação injusta e deve, portanto, excluir-se nos casos em que o decurso do tempo possibilita a reflexão e o auto-controle.

Não desaparece o homicídio privilegiado em face de erro na execução *(aberratio ictus)*.

Resta saber se as circunstâncias que tornam o homicídio privilegiado aplicam-se somente ao homicídio simples ou também ao homicídio qualificado. As disposições da nossa lei, situando o homicídio privilegiado no § 1.º e o homicídio qualificado no § 2.º do art. 121 CP, fariam crer que somente ao homicídio simples poderiam aplicar-se as hipóteses de privilégio. Como se resolveriam, então, os casos de concurso de circunstâncias, como o do crime cometido por motivo de relevante valor social ou moral por meio de veneno ou asfixia? O fato apresenta ao mesmo tempo circunstâncias que atenuam e circunstâncias que qualificam.

No exemplo mencionado devem prevalecer as circunstâncias preponderantes (art. 49 CP), que são as que dizem respeito aos motivos determinantes, devendo, assim, reconhecer-se o homicídio privilegiado. Não será possível considerar-se a hipótese de concurso em relação às *circunstâncias subjetivas* de qualificação do homicídio, ou seja, quando o crime é praticado mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; por motivo fútil ou para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime. Todavia, em relação às *circunstâncias objetivas*, que dizem como os meios ou modos de execução (art. 121 § 2.º números III e IV), pode haver concurso com as circunstâncias que autorizam a diminuição de pena (art. 121 § 1.º), as quais deverão prevalecer, pois são preponderantes. (9)

(9) Em sentido contrário pronunciou-se a 1.ª Conferência de Desembargadores (*Anais*, pág. 258).

No parágrafo 2.º do artigo 121 estão previstos os casos de homicídio qualificado. Aqui também várias agravantes genéricas (art. 44, II, letras *a, b, c, d* e *e*) passam a ser elementos constitutivos do homicídio qualificado e não apenas circunstâncias *(accidentalia delicti)*.

Nosso código, na configuração do homicídio qualificado, atendeu a certos *motivos determinantes* (paga ou promessa de recompensa; motivo torpe ou fútil); a certos *modos ou meios de execução* (emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou qualquer outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima); ou, ainda, a certos *fins* visados pelo agente (para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime).

A premeditação era por CARMIGNANI (*Elementa* § 903) definida como *occidendi propositum frigido pacatoque animo susceptum, et moram habens*. Exigia, assim, o ânimo frio e um intervalo de tempo entre a deliberação e a execução do delito. Ainda hoje é a premeditação considerada causa de qualificação do homicídio em várias legislações (italiana, francesa, etc.). Em nosso código, porém, nem sequer foi prevista como agravante genérica. Entendeu-se que a premeditação nem sempre revela maior frieza ou perversidade, podendo, ao contrário, indicar hesitação ou resistência em relação à empresa criminosa. Premeditadamente pode ser cometido um homicídio por motivo de relevante valor social ou moral, e pode também o crime ser praticado *ex improviso*, por motivo fútil, revelando excepcional insensibilidade moral por parte do agente.

Na qualificação do homicídio não foi também considerado o parricídio, que era previsto por nossos códigos anteriores e que classicamente é objeto de severa punição. No direito romano aplicava-se ao parricida a pena do *culeum*, que consistia em encerrar o criminoso num saco de couro cosido, juntamente com um cão, um galo, uma víbora e um macaco, lançando-o ao mar ou ao rio, conforme a situação do lugar, "para que assim se misturasse no contubérnio das serpentes" *(inter eas ferales angustias comprehensus serpentium contuberniis misceatur)* (Código 9,17). Nossas Ordenações Filipinas (Livro 5, título 41) dispunham: "E o filho ou filha, que ferir seu pai, ou mãe, com tenção de os matar, posto que não morram das tais feridas, morra morte natural". O código vigente, dando mais valor aos motivos determinantes, como outros códigos modernos, fez da circunstância de ser o crime praticado contra ascendente ou descendente, apenas uma gravante genérica (art. 44, n.º II, letra *f*).

O homicídio perante nossa lei é qualificado, primeiramente pelo *motivo torpe*, com especial referência ao homicídio mercenário, isto é, cometido mediante paga ou promessa de recompensa. É a modalidade

que classicamente se denominou *assassínio*. Implica sempre na participação de duas pessoas, sendo o homicídio qualificado para ambas (tanto a que executa o crime mediante paga ou promessa de recompensa, como a que manda que o crime seja executado nessas circunstâncias).

A qualificação do homicídio mercenário justifica-se pela ausência de razões pessoais por parte do executor (indício de insensibilidade moral) e pelo motivo torpe que o leva ao delito. O mandante busca a impunidade e a segurança, servindo-se de um terceiro. Não é necessário que o pagamento efetivamente se faça ou que a promessa se cumpra. Basta que tenha sido este o motivo que determinou a execução do delito. A recompensa dada ou prometida pode ser de qualquer natureza. Como bem assinala OLAVO OLIVEIRA (*Delito de Matar*, 1959, p. 56), "enquadra-se no *preço do sangue* qualquer retribuição, mesmo sem valor patrimonial, representativa da contraprestação a que corresponde a prestação da atividade criminosa". Não se exclui, assim, o benefício puramente moral ou material, inclusive a satisfação de desejos.

O motivo é *torpe* quando ofende gravemente a moralidade média ou os princípios éticos dominantes em determinado meio social.

O CP de 1969 qualifica também o homicídio quando o crime fôr praticado por cupidez (cobiça), para excitar ou saciar desejos sexuais (art. 121 § 2.º, II).

Prevê o código, em seguida, a qualificação do homicídio pelo *motivo fútil*. O motivo é fútil quando evidentemente não basta para levar à prática do crime. Deve ser apreciado sempre objetivamente e não de acordo com a opinião do réu.

Nos incisos III e IV do § 2.º do artigo 121 estão enunciados os casos em que a qualificação do homicídio se dá pelos *meios* ou pelos *modos de execução* empregados pelo agente: com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima.

O envenenamento é uma das formas clássicas do crime de homicídio, que foi particularmente temida no passado, tanto pela forma insidiosa com que era e ainda é praticado, como pela dificuldade de prova e punição do agente. Nossas Ordenações do Reino previam especificamente a hipótese de envenamento: "E toda a pessoa, que a outra der peçonha para a matar, ou lha mandar dar, posto que de tomar a peçonha se não siga morte, morra morte natural". (Liv. V, tít. 35 § 2). Punia, assim, a tentativa como crime consumado. O código francês, de 1.810 (art. 301), pune também com a morte o simples atentado à vida por meio de veneno *(par l'effect de subtances qui peuvent doner la mort plus ou moins promptement)*, qualquer que seja o resultado.

O conceito de *veneno* é relativo. Várias substâncias podem ser remédio ou veneno, dependendo da quantidade ou do modo porque são propinadas. Entende-se por veneno qualquer substância mineral, vegetal ou animal que, introduzida no organismo, seja capaz de atingir a vida ou a saúde, através de ação química ou bio-química.

Só haverá homicídio qualificado pelo envenenamento, caso o veneno seja ministrado à vítima de maneira insidiosa ou subreptícia, sem o seu conhecimento. O envenenamento violento não constitui homicídio qualificado, devendo ressalvar-se a possibilidade de que constitua meio cruel.

O homicídio cometido por meio de *fogo* ou explosivo, sobre revelar maior crueldade, pode acarretar uma situação de perigo para maior número de pessoas. A *asfixia* resulta de obstáculo à passagem do ar através das vias respiratórias ou dos pulmões. A morte é ocasionada pela falta de oxigênio no sangue (anoxemia). É forma cruel de praticar o homicídio. A asfixia pode ser mecânica (enforcamento, imprensamento, estrangulamento, afogamento) ou tóxica (produzida por gases tóxicos).

A *tortura* consiste na inflição de suplícios ou tormentos, como atos de pura crueldade.

A enumeração legal é exemplificativa, e, assim, o homicídio pode ser qualificado pelo emprego de qualquer outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum. *Insidioso* é o meio dissimulado, subreptício. Meio *cruel* é todo aquele que acarreta padecimento desnecessário para a vítima, ou, como se diz na Exposição de Motivos, o meio que aumenta inutilmente o sofrimento, ou revela uma brutalidade fora do comum ou em contraste com o mais elementar sentimento de piedade.

Perigo comum é aquele que atinge a indeterminado número de pessoas. O meio capaz de produzir perigo comum será, em regra, o fogo ou explosivo, isto é, elementos cuja capacidade destruidora não pode ser controlada pelo agente. Há vários crimes de perigo comum, definidos no capítulo I do título VII da parte especial (art. 258 a 285 CP), crimes esses que podem ser qualificados pelo evento *morte*. A morte, em tais casos, todavia, não é querida, nem mesmo eventualmente, pelo criminoso: é apenas condição de maior punibilidade, imputada ao réu a título de culpa. No homicídio qualificado pelo meio de que possa resultar perigo comum, a morte da vítima é precisamente o fim visado pelo agente (salvo a hipótese de dolo eventual).

Os modos de execução que qualificam o homicídio são os indicados no inciso IV do § 2.º do art. 121. A *traição* é o clássico *homicidium proditorium*, que é o praticado quando a vítima de nada suspeita. A *emboscada* ocorre quando o agente aguarda a vítima, oculto no lugar em que a mesma deve passar. A *dissimulação* consiste na ocultação do verdadeiro propósito por parte do agente, que assim, surpreende a vítima, dificultando-lhe a defesa. A enumeração legal, aqui também, é

exemplificativa, não se excluindo, portanto, qualquer outro modo que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima.

A última hipótese de qualificação do homicídio está prevista no inciso V: para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime. É irrelevante que o crime-fim seja consumado ou tentado. Basta que o agente tenha praticado o homicídio com o *fim* de assegurar a execução ou o proveito de outro crime. Se o crime-fim for cometido, haverá concurso material de crimes, aplicando-se cumulativamente as penas art. 51 CP. É irrelegante igualmente que o homicídio seja praticado antes ou depois do outro crime, bem como a desistência do agente em relação a este.

A pena prevista para o homicídio qualificado é de 12 a 30 anos de reclusão.

HOMICÍDIO CULPOSO

Pela lei das XII Tábuas impunha-se ao homicídio involuntário tão somente uma expiação religiosa. Posteriormente, sob o império da lei Aquilia (287 AC), surgem reparações pecuniárias. Na época clássica, porém, aplicava-se aos *honestiores* a pena de relegação e outras penas mais graves aos *humiliores*. Eram tais penas extraordinárias, ou seja, aplicadas *extra ordinem* e em caso por caso, arbitrariamente.

Durante a Idade Média punia-se o homicídio culposo com a multa, o exílio local e outras penas igualmente leves. Nossas Ordenações Filipinas dispunham: "Se a morte for por algum caso, sem malícia ou vontade de matar, será (o agente) punido ou relevado, segundo sua culpa ou inocência que no caso tiver" (Livro 5, tít. 35). Como é sabido, nosso código imperial não tratava do homicídio culposo, sendo tal falha suprida pela Lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871, que em seu art. 19 punia como homicídio involuntário, o praticado por imprudência, imperícia ou falta de observação de algum regulamento. Previa esta forma de homicídio, igualmente, nosso código anterior (art. 297), reconhecendo também a culpa na "inobservância de alguma disposição regulamentar", fórmula que foi abandonada pelo código vigente e que, no dizer de COSTA E SILVA, constituia repugnante presunção.

Diz-se o homicídio culposo quando o agente mata alguém involuntariamente, por negligência, imprudência ou imperícia. A culpa consiste na omissão das cautelas e diligências impostas pela vida social, cuja observância se impõe para evitar dano ou lesão aos componentes do grupo. Segundo a precisa definição de GRAF ZU DOHNA (*Aufbau der Verbrechenslehre*, 1950, p. 53), age culposamente quem omite o cuidado que tinha o dever e a capacidade de observar em face das circunstâncias e de sua situação pessoal, não prevendo a possibilidade de causar um fato punível, ou, conquanto considerando pos-

sível causá-lo, confiando em que não aconteça (culpa consciente). É, em síntese, a conduta negligente, em regra voluntária, que causa um resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que poderia, com a devida atenção, ser evitado. A culpa está em função da reprovabilidade da falta de observância, por parte do agente, do cuidado exigível, ou seja da diligência ordinária ou especial a que estava obrigado. Cf. *Exposição de Motivos* (CP 1969, n.º 10).

A culpa pode ser consciente (com previsão) ou inconsciente (sem previsão). Exige-se, em qualquer caso, que o evento seja previsível (a previsibilidade é o limite da culpa). Na culpa consciente o agente prevê o resultado, mas age confiando honestamente em que ele não ocorrerá. A culpa é inconsciente quando o agente não previu o resultado que causou, embora pudesse prevê-lo.

No homicídio culposo, o agente não quer a morte da vítima (e isto o distingue fundamentalmente do homicídio doloso). O que o agente quer é a conduta voluntária (ação ou omissão), não o evento morte, que resulta de negligência, imprudência ou imperícia.

O crime se consuma com a morte da vítima. A *tentativa* não é possível em crime culposo, no qual não há vontade dirigida ao fim antijurídico.

A culpa do agente não se compensa com a da vítima. A compensação de culpas é própria do direito privado. Os problemas da concorrência de culpas resolvem-se sempre com os critérios da causalidade material (art. 11 e seu § único).

A *pena* cominada ao homicídio culposo é de detenção, de um a três anos. O CP de 1969 passou a cominar a pena de um a quatro anos de detenção. O novo CP previu expressamente a hipótese de pluralidade de vítimas no caso de homicídio culposo (art. 121 § 5.º): "Se, em conseqüência de uma só ação ou omissão culposa, ocorre morte de mais de uma pessoa ou também lesões corporais em outras pessoas, a pena é aumentada de um sexto até metade". Tal regra é desnecessária em face do CP de 1940, em vigor, pois constitui aplicação da norma relativa ao concurso formal (art. 51 § 1.º), que o novo código regula diversamente, em dispositivo, aliás, defeituoso (art. 65).

Aumento de pena

Estabelece o § 4.º do art. 121 casos especiais de aumento de pena do homicídio culposo: "No homicídio culposo, a pena é a aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências de seu ato, ou foge para evitar a prisão em flagrante".

Quatro são as situações que aqui devem ser consideradas:

(a) — Morte devida a ação culposa resultante da inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício;
(b) — Omissão de socorro imediato à vítima;
(c) — Ausência de iniciativa para diminuir as conseqüências do crime;
(d) — Fuga para evitar a prisão em flagrante.

O CP de 1969 (art. 121 § 4.º) limitou as agravantes à inobservância de regra técnica e à omissão de socorro.

Como se diz na Exposição de Motivos do CP vigente as agravantes em causa relacionam-se com a circulação de veículos, alarmante fonte de acidentes graves, fixando deveres especiais para os motoristas. Aplicam-se, não obstante, a toda espécie de homicídios culposos.

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, p. 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 novo 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 somente 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 somente pelos acrescidos deveres que tem o profissional. Se o muro for construido 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 ANIBAL BRUNO, "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 esse desinteresse, provocando o fato punível".

A omissão de socorro pode constituir crime autônomo (art. 135 CP). Aqui, porém, é mera agravante do homicídio culposo que somente se aplicará se não houver morte instantânea, ou seja, se for possível o socorro. A inexistência de anterior ação culposa exclui, evidentemente, a aplicação da agravante, que a pressupõe. Pode, no entanto, em tal caso configurar-se o crime de omissão de socorro.

Não procurar diminuir as conseqüências de seu ato é, no caso, o mesmo que omitir socorro. A referência que se faz na lei é claramente redundante e foi bem inspirada a supressão que se fez no CP de 1969. Procura-se aqui levar o agente a mover-se no sentido de atenuar os efeitos da ação culposa. Como se trata de homicídio, isso teria de ocorrer em relação à vítima, necessariamente. HUNGRIA, V, 186, explicando o alcance da agravante, aliás, formula exemplos de omissão de socorro.

Finalmente, com a última agravante visa a lei manter o agente no local do crime, particularmente para assegurar a apuração da responsabilidade. A prisão em flagrante embora tornasse certa a autoria, não teria conseqüências muito graves, pois o homicídio culposo é afiançável.

DELITOS DE CIRCULAÇÃO

Os crimes culposos praticados com a circulação de veículos constituem impressionante fenômeno em todos os grandes centros urbanos. É pesado o tributo que o homem moderno paga ao desenvolvimento da técnica, com a criação de riscos socialmente aceitáveis, no uso do automóvel. O assunto tem merecido a atenção dos estudiosos e dos legisladores, na formulação de novas disposições legais, buscando diminuir o índice alarmante de acidentes (10).

Nossa vigente lei penal limita-se a prever agravante para os crimes de homicídio culposo e lesões corporais culposas, além de punir como contravenção penal, o fato de conduzir veículos sem habilitação (art. 32 LCP) e a direção perigosa (art. 34). A pena acessória, de incapacidade temporária para conduzir automóveis, é prevista para os que cometem crimes com abuso da profissão ou da atividade de

(10) Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Crimes do automóvel, Rev. Bras. Crim. Dir. Penal*, n.º 1 (1963), pág. 83 e a literatura ali citada. Cf. também, JOSÉ FREDERICO MARQUES, IV, pág. 239; QUINTANO RIPOLLÉS, IV, pág. 450; WELZEL, *Culpa e Delitos de Circulação*, RDP, 3/13; JOÃO MESTIERI, *Curso de Direito Criminal*, 1970, pág. 77. Na perspectiva criminológica, cf. J. PINATEL, *La Criminologie devant la criminalité routiére d'imprudence, Revue de Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1969, pág. 699; T. C. WILLETT, *Criminal on the road: a study of serious motoring offenses and those who commit them*, Londres, 1964; G. LEGGERI, *Aspetti antropologici dell'automobilista, Quaderni di Crim. Clinica*, Abr./Jun., 1964, pág. 183.

motorista ou com infração de dever a ela inerente (art. 69, IV e seu § único, IV, CP). (11).

A agravante da inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício somente se aplica aos motoristas profissionais, pelas razões que já deixamos mencionadas (12). Em caso algum pode a infração de regra técnica funcionar como agravante quando é por si só o elemento constitutivo da culpa (13).

Se o motorista dá causa ao acidente sem culpa, e omite socorro à vítima que dele necessitava, pratica o crime de omissão de socorro (14). Por outro lado, não haverá prisão em flagrante nem se exigirá fiança se o condutor do veículo causador do acidente prestar pronto e integral socorro à vítima (art. 123 Cód. Nac. Trânsito, L. número 5.108, 21.9.66). Em tal caso, a autoridade policial que, na via pública ou em estabelecimento hospitalar, primeiro tiver ciência do acidente, anotará a identidade do condutor e o convidará a comparecer a repartição policial competente nas 24 horas imediatamente seguintes. Procura a lei, em tal caso, favorecer a prestação do socorro. Em contrapartida, a fuga para evitar prisão em flagrante, constitui circunstância que agravará a pena.

O CP de 1969 previu novas figuras de delito relacionadas com a circulação de veículos, seguindo a tendência geral da legislação nesta matéria: a embriaguez ao volante (art. 289), o perigo resultante de violação de regra de trânsito (art. 290) e a fuga do local do acidente, com abandono da vítima (art. 291).

O CNT fixa regras gerais para a circulação destinadas a regular o trânsito e que constituem o resultado de vasta previsão de possíveis perigos, repousando sobre a experiência e a reflexão (art. 13): a circulação far-se-á sempre pelo lado direito da via; a ultrapassagem

(11) Os tribunais têm entendido que essa pena não é obrigatória (cf. FRAGOSO, *Jur. Crim.*, n.º 29 e RDP, 2/115), nem incompatível com o *sursis* (RTJ, 37/350). O CP de 1969 previu a interdição como medida de segurança, em dispositivo bem formulado (art. 97).

(12) Em contrário decidiu o STF no HC n.º 48.375 (RTJ, 56/695). No sentido em que nos pronunciamos decidiu o TA da Guanabara, na Revisão Criminal n.º 61. Veja-se sobre o assunto a extensa nota publicada na RDP, 3/101.

(13) O TA da Guanabara, por sua 1.ª Câmara Criminal, no julgamento da AC 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).

(14) RJ, 13/411; RJ, 16/365; RDP, 2/133.

de outro veículo em movimento deverá ser feita pela esquerda; para entrar numa esquina à esquerda, o veículo deve primeiramente atingir a zona central do cruzamento, salvo quando uma ou ambas as vias tiverem sentido único de trânsito; no cruzamento em local não sinalizado, tem preferência o veículo que vier da direita; os veículos em movimento devem ocupar a faixa mais à direita da pista, quando não houver faixa especial a eles destinada (15); quando uma pista de rolamento comportar várias faixas de trânsito no mesmo sentido, ficam as da esquerda destinadas à ultrapassagem e ao deslocamento dos veículos de maior velocidade; os veículos que transportarem passageiros terão prioridade de trânsito sobre os de carga, respeitadas as demais regras da circulação.

Via preferencial é aquela pela qual os veículos devam ter prioridade de trânsito, desde que devidamente sinalizada (art. 16 § 2.º CNT). A regra fundamental da circulação de veículos, no que tange aos cruzamentos, é a que estabelece a preferência de passagem ao que vier da direita. É o que consigna o Código Nacional de Trânsito no seu art. 13, inciso IV, ao firmar as regras gerais para a circulação. A via preferencial é posta claramente pelo Código como *exceção* ao princípio da precedência da direita, pois inexiste como uma das regras gerais de circulação. A via preferencial tem de ser necessariamente assinalada como tal através de sinalização adequada (RT, 190/192, 338/285, 350/347).

Há certa tendência injustificável dos tribunais em conferir valor absoluto à prioridade devida ao trânsito pela via preferencial. Ora, tratando-se de colisão em cruzamento, não basta a circunstância de vir um dos motoristas na via preferencial para atribuir culpa ao outro (RF, 135/249). O direito de preferência sofre limitações importantes, impostas pelo dever de cuidado, particularmente a proibição de velocidade excessiva ou imprópria (RT, 348/263 e RF, 166/67) e a redução da velocidade nos cruzamentos (RF, 137/208 e 206/337). Há por igual, limitações que surgem da conveniência em assegurar o escoamento regular do trânsito, com a precedência de fato nos casos em que há uma distância razoável, que permite a precedência do veículo que provem de via secundária, e quando este, tendo já penetrado na via preferencial, já não disputa a preferência por estar já findando o cruzamento.

A circulação de veículos pressupõe um certo princípio de solidariedade e confiança, segundo o qual o usuário da via deve ter presente também a conveniência dos demais, deles esperando, ao mesmo tempo, observância das regras do tráfego (16). O trânsito se paralizaria se o motorista que trafega por via secundária tivesse que aguardar a passagem do veículo que se desloca por via preferencial a distância e velocidade que permitem o cruzamento com segurança. Há determinadas premissas de tempo e espaço que regulam o direito à precedência e que só podem ser fixadas numa consideração complexiva do fato concreto, com uma reconstrução cinemática das fases antecedentes (17).

Por outro lado, a disputa da preferencial desaparece diante da precedência de fato que denota a colisão havida ao fim do cruzamento (18).

A *derrapagem* geralmente decorre de culpa do motorista, pois não constitui em regra fato imprevisível, podendo ser evitada se o motorista adotasse a cautela e atenção exigíveis. (19). Nisso se concentra o fulcro da culpa e porisso mesmo a *velocidade excessiva*, como indício de imprudência, não pode ser aferida apenas em função dos máximos regulamentares, mas sim das circunstâncias do tráfego num momento determinado, em que passa a ser decisiva a velocidade *imprópria* (20).

A culpa reside na discrepância entre a ação e certos padrões de comportamento exigível nas circunstâncias, com a observância de cautela e atenção. A circulação de veículos cria larga margem de riscos permitidos e aceitáveis, mas estes não se confinam na simples observância das prescrições dos regulamentos. O sinal aberto não é licença para matar (RDP, 2/109).

---

(15) Os condutores de motocicletas ou similares devem conduzir seus veículos pela direita da pista, junto à guia da calçada ou acostamento, mantendo-se em fila única (art. 87, *b*, CNT).

(16) Cf. WELZEL, *Culpa e delitos de circulação*, cit., pág. 25; MAURACH, AT, 478. RDP, 1/117.

(17) Cf. o excelente trabalho de EUGENIO BONVICINI, *L'iter dell'incidente stradale*, 1957, pág. 174. "A preferência de passagem não é absoluta. Assim se o veículo que trafegava por via secundária atingir o cruzamento com a preferencial com tempo suficiente para transpô-lo normalmente, não será obrigado a aguardar a passagem do que se aproximar pela preferencial. A regra é, realmente, no sentido da preferência aos veículos que trafegam pela última, mas as circunstâncias do momento é que ditarão ao motorista prudente a oportunidade de ingressar no cruzamento". (RT, 362/307).

(18) O TA da Guanabara, por sua 2.ª Câmara Criminal decidiu na AC n.º 3.699, relator o excelente juiz FONSECA PASSOS, que não havia culpa do motorista que provinha de via secundária e que já havia transposto dois terços da via principal no momento da colisão. Cf. RDP, 1/113 onde se faz ampla análise da matéria. Veja-se também RF, 120/238.

(19) Amplamente sobre a matéria, cf. RDP, 1/118. Cf. também no sentido de que a derrapagem por si só não exclui a culpa, RF, 69/607, 96/165, 173/269; RJ, 14/292. FREDERICO MARQUES, II, 210.

(20) Caracterizando a ocorrência de culpa na "velocidade inadequada para uma pista em que transitavam crianças" e em velocidade imprópria para uma pista enlameada, em dia de chuva, vejam-se as decisões dos tribunais da Guanabara em RDP, 2/124. Veja-se também a punição do *tráfego perigoso*, junto ao meio-fio, em local onde havia criança aguardando a travessia, em decisão do TA da Guanabara (RDP, 2/110).

A *concorrência de culpas* nos delitos de circulação é comum. Seja em relação aos pedestres, seja em relação a outros veículos. É ela, como sempre, irrelevante, devendo ser considerada tão somente na medida da pena (RDP, 2/109).

O motorista amador ou profissional não pode dirigir motociclos. A carteira nacional de habilitação confere o direito de dirigir veículos *na sua categoria,* ou seja, na categoria para a qual foi concedida (artigo 66 CNT e arts. 129/131 do Regulamento, Dec. n.º 62.127, 16-1-68). Cf. RDP, 1/116; RF, 205/308 e 206/291.

CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS CRIMES DE INSURREIÇÃO E CONSPIRAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

NILO BATISTA

Sumário: 1. Introdução. 2. O crime de insurreição: retrospecto. 3. O crime de conspiração: retrospecto. 4. Elementos da insurreição. 5. Elementos da conspiração.

1. *Introdução.* Como é sabido, a partir do Dec.-lei n.º 314, de 13 de março de 1967, a legislação brasileira referente aos crimes contra a ordem política e social passou a ser informada por um enfoque que se assesta sob uma idéia fundamental de segurança nacional que, por via de construções relativamente recentes, abandona toda a tradicional elaboração jurídica acerca de tais delitos. Os conceitos de segurança externa e segurança interna — notadamente este último — hipertrofiados, vieram a alcançar tamanho sentido de abrangência, que na prática judiciária uma série de incidentes se criou (1). Sem dúvida "o conceito de *segurança nacional* não é indefinido e vago" (2), como não são e não devem ser indefinidos e vagos os conceitos de *vida,* de *honra,* de *patrimônio,* de *fé pública,* etc. Deduzir do contexto cultural sobre e no qual trabalha, com a possível clareza e demarcação, o conceito dos bens jurídicos, que vêm a ser o objeto do crime e da tutela jurídico-penal, talvez seja uma tarefa metadogmática — mas em todo caso é uma tarefa, e não sem relevância, do jurista. A despeito das reservas que se lhe possam fazer, no que respei-

(1) Para completa informação sobre os reflexos da assinalada hipertrofia na prática dos tribunais, cf. RDP n.º 2, p. 146-156. Na mesma passagem encontraremos excelente exame crítico do conceito legal de segurança nacional.

(2) STF, Rec. Ext. 62.739, *in* RTJ, 44/54.

ta à importância de sua função (3), a idéia de bem jurídico, para além de sua utilização instrumental como critério classificador de espécies criminais (*principium divisionis*), atua como meio de definição da orientação — e, em certo sentido, da própria substância — da lei penal (4). Já então, num segundo nível, trata-se de avançar pela *"intricata matassa delle controversie esegetiche"*, na expressiva linguagem de ROCCO (5); e é a indagação acerca da objetividade jurídica do delito que ilumina "a determinação de seu conceito e de sua essência" (6). A idéia de bem jurídico, numa dada medida, vem a complementar, assim, a função de garantia que o tipo penal precisamente determinado possui. Não é por acaso que vamos encontrar nos juristas da *Kieler Richtung* — laboriosos artesãos de um direito penal autoritário e ditatorial — intensa campanha contra a concepção do crime como ofensa a um bem jurídico, à qual opunham a malsinada "violação de um dever", eixo de seu sistema de um *Willensstrafrecht* (7).

(3) Cf. ANTOLISEI, *"Il Problema del Bene Giuridico"*, *in "Scritti di Diritto Penale"*, ed. A. Giuffré, Milano, 1955, págs. 97 e segs.; cf. H. FRAGOSO, *"Objeto do Crime"*, *in* Apêndice ao 2.º vol., "Lições de Direito Penal", ed. J. Bushatsky, São Paulo, 1962, págs. 565 e segs.; F. GRISOLIA, *"El Objeto Juridico del Delito"*, sep. da *Revista de Ciencias Penales*, t. XVII, n.º 3, Santiago de Chile, 1959.

(4) *"Accertare quale è il bene e l'interesse leso o minacciato da un dato reato, significa null'altro che accertare lo "scopo" che la lege penale si propone di raggiungere vietando sotto minaccia di pena una determinata azione o omissione"* — A. ROCCO, *in "L'Oggetto del Reato"*, ed. Foro Italiano, Roma, 1932, p. 577.

(5) Op. cit., p. 578.

(6) Cf. FRAGOSO, op. cit., pág. 565. Mesmo ANTOLISEI, que com sua fascinante construção das normas "conservadoras" e "propulsivas" desmerece a função da idéia de bem jurídico, reconhece que ela é *"indubbiamente necessaria"* (op. cit., p. 125), e que ela nos conduz *"a considerar l'aspetto sostanziale del reato, el suo contenuto umano" (ibidem)*. Em nossa opinião, o esvaziamento da noção de bem jurídico é decorrência natural do deslocamento das preocupações com o *resultado* da ação para a própria *ação*. FRAGOSO percebe com clareza (op. cit., p. 603), que "a ofensa a um bem jurídico não esgota o conteúdo do desvalor existente na conduta delituosa"; não é difícil a partir daí, constatar que a simples ênfase no desvalor do resultado (ofensa a um bem jurídico) significa uma limitação da função ético-social do Direito Penal, enquanto garante — para além da proteção atual dos bens jurídicos — a observância dos "valores fundamentais da consciência jurídica", conduzindo-o a um "inevitável utilitarismo", e finalmente concluir, com WELZEL, que "a missão do Direito Penal consiste na proteção dos valores elementares de consciência, de caráter ético-social, e *apenas por inclusão* a proteção dos bens jurídicos particulares" (*in Derecho Penal Alemán*, P. Ger., 11.ª ed., Trad. BUSTOS — YÁÑEZ PÉREZ, ed. Jur. de Chile, 1970, págs. 13, 14 e 15). Mesmo à doutrina tradicional nunca satisfez a limitação que se impõe ao Direito Penal reduzindo-o, com inegáveis concessões a uma concepção sancionatória, à função de garantidor de bens jurídicos. Significativa dessa insatisfação é a passagem de ANIBAL BRUNO, segundo a qual "através da proteção de bens jurídicos, o fim do direito penal *transcende* da defesa de condições puramente materiais à proteção dos valores" (*Direito Penal*, P. Ger., Rio, 1959, ed. Forense, 2.ª ed., v. I, t. 1.º, p. 17). Apesar do consignado esvaziamento, a subsistência da noção de bem jurídico, em suas funções, já anotadas, é a nosso ver indiscutível.

(7) Para visão da polêmica então mantida entre o pensamento penal nazista

A partir do Dec.-lei n.º 314, de 13 de março de 1967, a legislação brasileira referente aos crimes contra a ordem política e social passa, pois, a informar-se de uma noção de segurança nacional (8), que possúi segura ascendência francesa (8-A), e que culminou por ver-se definida na própria lei (9), mediante fórmula extremamente complexa e inapropriada, que gravita em torno de idéias como "guerra revolucionária", "guerra psicológica adversa", "antagonismos", "objetivos nacionais" (10). Cuidou, assim, o legislador de precisar explicitamente o objeto da tutela jurídico-penal; mas, seja porque o precisou diversamente de sua realidade ontológica, pré-jurídica (as exigências da defesa externa e interna do estado constituem um fato sócio-político objetivo), seja porque, frente à alarmante onda de criminalidade política com emprêgo de violência (11), desceu a aspectos setoriais de uma hipótese de diagnose e repressão de tais delitos, o fato é que tanto na prática judiciária quanto no trabalho de recriação dogmática surgiram dificuldades inéditas e rigorosamente intransponíveis (12).

Na precisa observação de EXNER (13), não é a lei que determinará o que seja um bem, mas sim apreciações humanas do ponto de vista econômico, moral, estético e social. Caberá ao direito, reconhecendo os objetos dessas apreciações, estabelecer sobre elas sua especial forma de proteção, criando então os bens jurídicos (14). Ora, se o legislador expressamente determina o que seja certo bem jurídico, ainda que o faça de plena consonância com os julgamentos histórico-culturais vigentes, estará assinando a sentença de morte de sua lei, porque ela ficará impedida de renovar-se intrinsecamente pela intervenção fecunda da exegese, que pode dotar de novos conteúdos velhas

e o liberal, Cf. BETTIOL, *"Bene Giuridico e Reato"*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1938, n.º 1.

(8) Uma expressão desta noção se encontra em AURÉLIO DE LYRA TAVARES, *Segurança Nacional*, ed. Ministério da Educação e Cultura, 1965, especialmente págs. 6, 7 e seguintes.

(8-a) Não é por coincidência que ALAIN NOYER, considerando a modificação radical nos textos legislativos franceses a partir da Ordenação de 4 de junho de 1960 consigna que *"la distinction entre sûreté extérieure et sûreté intérieure disparaît de notre législation"* (*La Sûreté de L'État*, Paris, 1966, p. 149).

(9) Atualmente, arts. 1.º a 3.º do Dec.-lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969.

(10) Estabelecidos pelo Dec.-lei n.º 348.

(11) "Delitos conexos aos delitos políticos", na definição do *Institut de Droit International*.

(12) "Raramente os tribunais aludem, nas decisões, ao conceito que a lei apresenta em seus artigos iniciais" (cf. RDP n.º 2, p. 149). A perplexidade da elaboração doutrinária que se intente pode bem ser medida lendo-se os comentários de CASTELLO BRANCO a tais artigos. (*Dos crimes contra a Segurança Nacional*, Rio, 1971, ed. José Konfino, págs. 14 a 19).

(13) *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Berlim, 1914, p. 1.

(14) Cf. ANIBAL BRUNO, op. cit., p. 17, que assinala remontarem essas observações a VON LISZT e M. E. MAYER.

formas legais, exatamente para ajustá-las às mudanças daqueles julgamentos (15). A situação é, todavia, pior, quando o legislador determina o que seja certo bem jurídico absolutamente ao largo de sua realidade cultural, em sentido amplo. Neste caso, todas as condutas típicas que lesionem, por dano ou por perigo, este bem jurídico, estariam afetadas em sua compreensão e reconstrução científica pelo equívoco original. Apenas um caminho conduziria à interpretação teleológica, o caminho pré-traçado pelo legislador. Diante de tal situação, se o jurista aceita sem discussão a ótica que lhe foi imposta, pouco poderá esperar dele a ciência, e seu trabalho será um estéril jogo formalista.

Entendemos que ao buscar definir o bem jurídico segurança nacional, num momento particularmente atribulado da vida política do país, o legislador enfeixou uma série de considerações sobre *uma* hipótese de diagnose e repressão dos crimes contra a ordem política e social. Nem por ser a hipótese do legislador, pôde ela iluminar a substância dos dois crimes que já examinaremos, ou contribuir para esclarecer o escôpo das incriminações. Essas razões explicam porque, no estudo que se segue, dela não nos pudemos valer (16).

2. *O crime de insurreição. Retrospecto.* — No Código Criminal de 1830 (17), encontramos a figura da insurreição na Parte II ("Dos crimes públicos"), Título I ("Dos crimes contra a existência política do império"), Capítulo II ("Dos crimes contra a constituição do Império e forma de seu govêrno"), art. 85, assim redigido:

> "Art. 85 — Tentar, diretamente e por fatos destruir a constituição política do império ou a forma de govêrno estabelecida..
> Pena — prisão com trabalho de cinco a quinze anos".

(15) Evidentemente, certos bens jurídicos cuja existência pré-jurídica é predominantemente *natural*, e não *histórico-social*, p. ex. a *vida*, não estão sujeitos na mesma medida às flutuações desses julgamentos. Entretanto, cremos ser esquemática e equivocada uma distinção dessa ordem (veja-se por exemplo, o julgamento ético e social acerca do abortamento, crime contra a vida a cada passo menos reprimido penalmente). Não pretende o jurista usurpar funções do legislador: esclerosado por antecipação o conceito de certo bem jurídico, é o legislador que está empeçando aquilo que MEZGER, em notável passagem, chama de "principal tarefa da interpretação", e que "consiste em pôr de acordo a lei do passado com as necessidades e concepções do presente, estabelecendo deste modo a conexão do ontem com o hoje" (cf. *Tratado de Derecho Penal*, trad. Rodriguez Muñoz, Madrid, 1955, v. I, p. 147).

(16) "Segurança nacional, a meus olhos, não é o que o Presidente e o Congresso dizem que é, mas apenas o que se concilia com o que está expresso e implícito nos arts. 89-91 da Constituição, sob a epígrafe "Da Segurança Nacional" — voto vencedor do Min. ALIOMAR BALEEIRO, STF Pleno, *in* RTJ, 44/54.

(17) Não nos servimos das Ordenações Filipinas, que regeram até o advento do Código do Império, não só devido às proporções modestas deste estudo como pela circunstância de que, nas legislações anteriores ao séc. XVIII, os crimes

Vemos, desde logo por sua classificação, que o delito de insurreição, a usar-se a anterior distinção entre crime político e crime social (18), era essencialmente um crime político, dirigido contra a constituição do império, no sentido de sua carta constitucional e no sentido de sua organicidade legal — afinal, aspectos diversos da mesma tutela (19). Não se pode seriamente reduzir os termos "destruir a constituição" à sua expressão material, sinônima de rasgar ou queimar um exemplar impresso da constituição do império, nem esse ultraje seria apenado assim gravemente. Essa interpretação se esclarecerá ainda mais na confrontação com a incriminação contida no Código de 1890. Neste e na Consolidação das Leis Penais (1932), a *insurreição* se encontrava no Livro II ("Dos crimes em espécie"), Título I ("Dos crimes contra a existência política da república"), Capítulo II ("Dos crimes contra a constituição da república, forma de seu governo e contra a atual organização social") (20), no art. 107:

> "Art. 107 — Tentar diretamente e por fatos mudar por meios violentos e constituição política da república, ou a forma de govêrno estabelecida.
> Pena — reclusão de dez a vinte anos aos cabeças, e aos co-autores por cinco a dez anos". (21)

contra a segurança do Estado eram essencialmente reduzidas à figura de lesa-majestade, como consigna ALAIN NOYER, in *La Sûreté de L'État*, Paris, 1966, pág. 26.

(18) Contra essa distinção entre crime político e crime social, consoante a ofensa se dirigisse à ordem política ou à ordem social, já se insurgia HUNGRIA, in *Compêndio de Direito Penal*, P. Esp., p. 97, admitindo, contudo, que "há traços distintivos entre um e outro: crime político é o dirigido contra as instituições propriamente estatais, contra um regime político, uma forma de governo ou a atividade política do Estado; ao passo que crime social é o que visa atacar ou mudar violentamente a ordem social hodierna, que se convencionou chamar de "burguêsa", notadamente sob o ponto de vista econômico, isto é, concernente ao atual regime do capital e do trabalho" (loc. cit.). O pecado capital da distinção reside, a nosso ver, em tratar-se de distinção entre *conteúdo* (organização social) e *forma* (organização política) de uma só realidade, à qual se há de reportar, portanto, um só valor. Tratar conteúdo e forma de um mesmo bem jurídico como se fossem dois bens diversos pode conduzir a equívocos. A distinção, entretanto, é aceitável instrumentalmente, para fins estritamente técnicos.

(19) "É a Constituição que dá forma determinada ao governo de modo que o atentado contra esta é atentado contra aquela" — HUNGRIA, op. cit., p. 83.

(20) O Capítulo II, no Código de 1890, se denominava apenas "Dos crimes contra a constituição da República e forma de seu governo", deixando claro o caráter de ofensa à organização política (crime político) da insurreição. O apêndice "e contra a atual organização social", que se inscreveu na epígrafe desse capítulo, é texto consolidado, tendo em vista alterações que o art. 108 sofrera, ali se acrescendo parte do disposto na Lei n.º 4.296, de 17 de janeiro de 1921.

(21) Essa pena não é a do Código de 1890, mas foi instituída pelo Decreto n.º 1.062, de 29 de setembro de 1903. A pena do Código era "de banimento aos cabeças; e aos co-réus, reclusão por 5 a 10 anos".

Na lei n.º 38, de 4 de abril de 1935 ("define os crimes contra a ordem política e social"), a insurreição foi contemplada no Capítulo I (crimes contra a ordem política), precisamente no art. 1.º:

> "Art. 1.º — Tentar, diretamente e por fato, mudar, por meios violentos, a Constituição da república, no todo ou em parte, ou a forma de govêrno por ela estabelecida.
> Pena — reclusão de seis a dez anos aos cabeças e cinco a oito anos aos co-réus".

O Dec.-lei n.º 431, de 18 de maio de 1938, que alterou a lei n.º 38, manteve em seu art. 3.º, ítem 1, a mesma fórmula incriminatória da insurreição: "tentar, diretamente e por fato, mudar por meios violentos a constituição, no todo ou em parte, ou a forma de govêrno por ela estabelecida", apenando-a com quinze a vinte anos de reclusão para os cabeças e oito a doze anos para os demais. Introduz, entretanto, um novo tipo derivado, que se distingue, como forma qualificada da velha insurreição, por uma especial finalidade do agente: estabelecer ditadura de classe social. Assim se redigiu esta nova espécie (art. 2.º, ítem 5):

> "Art. 2.º — ...
> 5 — Tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social.
> Pena — aos cabeças, morte; aos demais, trinta anos de reclusão."

A ação incriminada é substancialmente a mesma do tipo objetivo básico da insurreição (tentar mudar, por atos, a forma de governo); há, contudo, um elemento subjetivo no novo tipo, que consiste na finalidade de estabelecer a ditadura de classe social.

Estamos diante de figura criada tendo presente a ameaça da "ditadura do proletariado", que seria uma fase inicial de consolidação do estado socialista obtido revolucionariamente, necessária para evitar reações e criar condições de segurança, caracterizada por irrestrito poder exercido pela classe operária, através de seu partido. No Brasil, onde se vivia momento político marcado por grande atuação do partido comunista, essa nova incriminação é decorrência prática da maior concretude de perigo oferecida pela insurreição informada por idéias comunistas, em comparação à insurreição "convencional" — se assim podemos nos expressar —, tipo básico. Essa nova figura se projetará nas futuras legislações de segurança pelo óbvio motivo do implemento — real ou publicitário — da "guerra fria", como se denominaram as relações entre o mundo socialista e o mundo capitalista, a partir de certa fase.

Na lei n.º 1.082, de 5 de janeiro de 1953 (define os crimes contra a ordem política e social) pode-se vê-la, no ítem IV do art. 2.º; e no art. 3.º, a figura básica:

> "Art. 2.º — ...
> IV — Tentar subverter, por meios violentos, a ordem política e social, com o fim de estabelecer ditadura de classe social, de grupo e de indivíduo.
> Pena — reclusão, de 5 a 12 anos aos cabeças, e de 3 a 6 anos aos demais agentes".
> "Art. 3.º — Promover insurreição armada contra os poderes do Estado:
> Pena — reclusão, de 3 a 9 anos aos cabeças, e de 3 a 6 anos aos demais agentes".

É curioso observar que a finalidade do agente já não se limita ao estabelecimento de ditadura de classe social, mas também ao estabelecimento de ditadura de grupo e de indivíduo. Na lei anterior — elaborada num regime de evidente ditadura individual — o endereço certo da norma era a insurreição de natureza comunista. Através da lei n.º 1.802, o estado se defendia igualmente dos comunistas e dos caudilhos.

O decreto-lei n.º 314, de 13 de março de 1967, também admitiu as duas figuras de insurreição, em seus arts. 21 e 22. No primeiro está a insurreição na qual a finalidade do agente transcende sua ação, no sentido de estabelecer uma ditadura:

> "Art. 21 — Tentar subverter a ordem ou a estrutura político-social vigente no Brasil, com o fim de estabelecer ditadura de classe, de partido político, de grupo ou de indivíduo.
> Pena — reclusão de 4 a 12 anos".

No art. 22 está o tipo básico da insurreição:

> "Art. 22 — Promover insurreição armada, ou tentar mudar, por meio violento, a constituição, no todo ou em parte, ou a forma de govêrno por ela adotada:
> Pena — reclusão de 4 a 12 anos". (22)

(22) Apesar desse elemento normativo que se inscreveu no tipo — "promover insurreição armada" —, não chega a ocorrer, neste caso, a indeterminação de seu conteúdo, porque a descrição que se lhe sucede constitui precisamente o seu conteúdo. Vale dizer: "promover insurreição armada" é "tentar mudar, por meio violento, a constituição, no todo ou em parte, ou a forma de governo por ela adotada". O legislador foi, aqui, apenas supérfluo. Sobre a introdução no tipo de elementos normativos, cf. HELENO FRAGOSO, *Conduta Punível*, São Paulo, 1961, José Bushatsky ed., p. 148, e os autores ali citados.

O Dec.-lei n.º 510, de 20 de março de 1969, que alterou vários dispositivos do Dec.-lei n.º 314, não introduziu qualquer modificação nos arts. 21 e 22.

Com o advento do Dec.-lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969 ("Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências"), que revogou o Dec.-lei n.º 314, com as alterações introduzidas pelo Dec.-lei n.º 510, houve uma agravação das penas cominadas à insurreição, e o surgimento de uma forma qualificada pelo resultado morte.

As duas figuras — o tipo derivado e o tipo básico — se encontram respectivamente nos arts. 23 e 24, com a mesma definição.

> "Art. 23 — Tentar subverter a ordem ou estrutura político-social vigente no Brasil, com o fim de estabelecer ditadura de classe, partido político, de grupo ou indivíduo:
> Pena — reclusão, de 8 a 20 anos".
> "Art. 24 — Promover insurreição armada ou tentar mudar, por meio violento, a Constituição, no todo ou em parte, ou a forma de govêrno por ela adotada:
> Pena — reclusão, de 12 a 30 anos.
> § único — Se, da prática do ato, resultar morte:
> Pena — prisão perpétua, em grau mínimo, e morte, em grau máximo".

3. *O crime do art. 36 — conspiração*. No Código do Império, encontraremos o crime de conspiração na Parte II ("Dos crimes públicos"), Título IV ("Dos crimes contra a segurança interna do império e pública tranquilidade"), Capítulo I ("Conspiração"), art. 107:

> "Art. 107 — Concertarem-se vinte pessoas ou mais para praticar qualquer dos crimes mencionadas nos arts. 68, 69, 85, 87, 88, 89, 91, 92, não se tendo começado a reduzir a ato.
> Pena — destêrro fora do império, de 4 a 12 anos".

Essa velha figura (FRAGOSO (23) se refere a um texto de MARCIANO, inserto no Digesto, L. 47, t. 22, 1, onde se inscreve a "proibição de confrarias ou sodalícios e, de modo geral, de congregações ilícitas — *illicitum collegium* — ") é a forma original de onde defluiram as incriminações generalizadas a associações que se proponham fins ilícitos, como, v.g., o crime de quadrilha (art. 288 C.P.). De

(23) *Lições* cit., 3.º v., p. 754.

fato, parece que a finalidade política, lato senso, teria prevalecido no surgimento da espécie criminal (24).

O crime de conspiração distinguia-se, no Código do Império, do crime de rebelião, que exigia que se reunissem "uma ou mais povoações que compreendam todas mais de vinte mil pessoas" (art. 110). A exigência de um número elevado de associados (*vinte*, na conspiração) atendia a conferir idoneidade lesiva ao perigo por ela representado (25). É interessante notar que as novas tecnologias, que foram capazes de dotar poucos agentes do mesmo poder de agressão que outrora só um número razoável conseguiria, determinaram que as legislações mais modernas não demarcassem um limite a partir do qual a associação se considerasse formalmente punível. O antigo Código Penal Militar, v.g., definia o *motim* como "reunirem-se militares ou assemelhados *em número de quatro* ou mais (...)"; o mesmo crime, no art. 149 do atual C.P.M., não possui mais esse requisito aritmético.

Sobre a conspiração do art. 107 do Código do Império, é de notar-se que os artigos nele mencionados, como prática criminosa dese-

(24) Como nota HUNGRIA, o crime de quadrilha ou bando (art. 288 C.P.) não tem antecedentes em nossos códigos antigos, *in Comentários*, Rio, 1959, ed. Forense, 2.ª ed., v. IX, p. 174.

(25) Não se deve confundir a conspiração, nesse estágio de sua evolução, com o "ajuntamento ilícito", que embora de natureza política, dizia respeito ao que hoje chamamos ordem pública. No "ajuntamento ilícito", não há o prévio acerto dos participantes em torno de alguns fins; seu caráter é eminentemente contravencional. Nos tempos que se sucederam à revolução francesa, um decreto (de 26 de julho de 1791) fixou em quinze pessoas *"le nombre nécessaire pour constituer un attroupement illicite"* (NOYER, op. cit., p. 30). O velho Código Penal Alemão (StGB) de 15 de maio de 1871 contemplava a figura em seu § 116 *(Auflauf)*, na 6.ª seção (crimes contra a autoridade do Estado). Como nota RICCARDO BAJNO, é o temor da multidão em si *(in timore della folla in quanto tale)* que conduz o legislador a essa incriminação (in *La Riforma dei Delitti di Massa nella Republica Federale Tedesca, L'Indice Penale*, Pádua, ed. Cedam, ano V, n.º 2, maio-agosto 1971, p. 222), que não poucos problemas suscita em apreciação conjunta com a garantia constitucional da livre reunião. No Código de 1890, encontraríamos a espécie no art. 119: "Ajuntarem-se mais de três pessoas, em lugar público, com o desígnio de se ajudarem mutuamente para, por meio de motim, tumulto ou assuada: 1. cometer algum crime; 2. privar ou impedir a alguém o gozo ou exercício de um direito ou dever; 3. exercer algum ato de ódio ou desprezo contra qualquer cidadão; 4. perturbar uma reunião pública ou a celebração de alguma festa cívica ou religiosa. Pena de prisão celular por um a três meses". No Código de 1830, ver art. 285 e seguintes, inserto num título significativamente chamado "Dos crimes policiais", cap. III. Recentemente, na Alemanha e na França, tendo em vista os chamados movimentos de contestação que eclodiram a partir de 1968, várias iniciativas legislativas se fizeram objetivando revitalizar este delito (cf. BAJNO, loc. cit.), não previsto entre nós pelo Dec.-lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969, e que está longe de ser norma subsidiária em relação ao crime do art. 43, o qual não pode ser residualmente aplicado, como por vezes ocorre na prática judiciária. Também no Canadá buscou-se reinventar o velho *"attroupement illegal"* do art. 64 do *Code Criminel*, sendo a última formulação a do *Réglement* n.º 3926, de novembro de 1969. Para completa informação, DENIS SZABO et. alt., *"Terrorisme et Justice"*, Montreal, 1970, págs. 111 e segs.

jada pelos agentes, constituem crimes contra a existência política e crimes contra a constituição do império e a forma de seu governo. Assim, a conspiração surge como o concerto de vinte ou mais pessoas para a prática de crimes contra a existência política, a constituição e a forma de governo do império (26) (27).

No Código de 1890 e na C.L.P., encontraremos a conspiração no Livro II ("Dos crimes em espécie"), Título II ("Dos crimes contra

(26) Aqui excluímos os crimes dos arts. 12 e 14, do Dec.-lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969, do âmbito da conspiração. Essas duas figuras possuem afinidades com o crime de insurreição apenas na medida em que são igualmente crimes plurissubjetivos de convergência. As íntimas vinculações dos elementos desses tipos, objetivos e subjetivos, com a violação da *segurança externa* patenteiam sua dissemelhança com a conspiração, dirigida essencialmente contra a *segurança interna*. O crime do art. 12 tem disciplina análoga à do art. 288 C.P., constituindo-se pois numa congregação "estável e permanente" (HUNGRIA, *in Comentários*, cit., v. IX, p. 177) de um mínimo de três pessoas, para fins de cometerem os crimes previstos nos tipos dos arts. 8.º, 9.º, 10 e 11 (e seus derivados) do citado decreto-lei, e apenas esses (todos, crimes contra a segurança externa). O momento da consumação é o momento associativo, sendo todavia crime permanente. Trata-se de crime formal, de perigo abstrato. No art. 14, encontramos de modo mais evidente o confronto da incriminação com a garantia constitucional da liberdade de associação (§§ 27 e 28 do art. 153 da Emenda n.º 1). Para cobertura do tipo, exige-se neste caso que a "associação de qualquer título", "sob orientação ou com auxílio de governo estrangeiro ou associação internacional, *exerça atividades* prejudiciais ou perigosas à segurança nacional". Estamos, como é claro, diante de crime de perigo concreto. Por "atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional" pode abranger-se mais ou menos *atos concretos*, conforme as circunstâncias, mas é inafastável a exigência de que se hajam realizados atos concretos. Neste caso, a cogitação, o mero propósito criminoso comum é insuficiente. A eventual coincidência de idéias ou métodos entre os agentes e algum país estrangeiro ou organização estrangeira não significa, por sua vez, "orientação", que implica em subserviência de conduta e atitudes, e há de ser direta, inequívoca; e muito menos significa auxílio, que há de ser material.

(27) Como é da disciplina dessa natureza de crimes (v.g., art. 149 C.P.M., art. 288 C.P., art. 12, 14, 42 e 43, Dec.-lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969), "o abandono ou desistência por parte de qualquer membro não exclui a punibilidade nem o crime, que já está consumado com o simples fato material da associação" (FRAGOSO, *in Lições*, cit., v. 3, p. 758). O art. 109 do Código do Império admitia uma causa especial de extinção da punibilidade impedindo que fosse apenado o conspirador que se retirasse, "ainda que esta (a conspiração) continue entre os outros". Trata-se de uma cláusula extremamente política, e nada técnica, à qual FRAGOSO chamou de "espécie de arrependimento eficaz após o momento consumativo", analisando disposição semelhante contida no § 1.º do art. 11 da Lei n.º 4.357, de 16 de julho de 1964 (in *O Novo Direito Penal Tributário e Econômico, Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 12, 1966, p. 78). Ainda recentemente tivemos outro exemplo dessa causa especial de extinção da punibilidade, comprovando seu caráter marcantemente político, na nova figura de esbulho possessório criada pelo art. 9.º da Lei n.º 5.741 de 1.º de dezembro de 1971, cujo § 2.º estipula ser "isento da pena do esbulho o agente que, espontâneamente, desocupa o imóvel antes de qualquer medida coativa" (D.O.U., 2/12/71). A chamada lei de segurança nacional não contém qualquer disposição que beneficie o conspirador que abandona a conspiração. Não tem qualquer fundamento a informação de EURICO CASTELLO BRANCO, segundo a qual "persiste na doutrina" a solução de que "se o cons-

a segurança interna da república"), Capítulo I ("Conspiração"), artigo 115:

> "Art. 115 — É crime de conspiração concertarem-se vinte ou mais pessoas para:
> § 1.º — tentar, diretamente e por fatos, destruir a integridade nacional;
> § 2.º — tentar, diretamente e por fatos, mudar violentamente a constituição da república federal, ou dos estados, ou a forma por ela estabelecida;
> § 3.º — ...
> § 4.º — ...
> § 5.º — ...
> Pena — reclusão de um a seis anos". (28)

Na lei n.º 38, de 4 de abril de 1935, encontramos a descrição menos rígida do art. 20:

> "Art. 20 — Promover, organizar ou dirigir sociedade de qualquer espécie, cuja atividade se exerça no sentido de subverter ou modificar a ordem política ou social por meios não consentidos em lei.
> Pena — de 6 meses a 2 anos de prisão celular".

pirador desiste antes de descoberto o concerto (...) fica isento de culpa e pena" (*Dos crimes contra a Segurança Nacional*, Rio, 1971, J. Konfino ed., p. 40). A viabilidade técnica de um tal dispositivo (político por excelência), encontraria num crime político a melhor ocasião para um debate, vale dizer, se em algum lugar pudesse razoavelmente caber uma regra como a deste § 2.º, art. 9.º, Lei n.º 5.741, certamente seria num crime político. Um exame na substância dessa regra envolveria as principais questões relativas aos crimes políticos, aos "criminosos por convicção" (RADBRUCH), e à natureza e fundamento de sua punição, matéria além dos objetivos deste trabalho (para uma introdução a tais questões, cf. BOAVENTURA S. SANTOS, *Crimes Políticos e Pena de Morte*, *in* RDP n.º 1, p. 45 *e segs.*). *Registre-se apenas, de lege ferenda*, a perplexidade de tribunais que, diante de uma desistência espontânea de acusados que mal integraram, e por breve tempo, organizações clandestinas, dispõem ou de verdadeiros malabarismos técnicos para absolver, ou da simples aplicação das severas penas da lei. O art. 308 do Código Italiano estabelece que "*Nei casi preveduti dagli art. 304, 305 e 307*" (*formas de conspiração e favorecimento a ela*) "*non sono punibili coloro i quali, prima que sia commesso il delito per cui l'accordo è intervenuto o l'associazione è costituita, e anteriormente all'arresto, ovvero al procedimento: 1.º disciolgono o, comunque, determinano lo scioglimento dell'associazione; 2.º non essendo promotori o capi, recedono dall'accordo o dall'associazione. Non sono parimenti punibili coloro i quali impediscono comunque che sia compiuta l'esecuzione del delito per cui l'accordo é intervenuto o l'associazione è stata costituita*". MANZINI afirma ter esta norma caráter de eximente, caracterizando-a como uma "*rinuncia dello Stato alla protestà di punire*". O teor político dessa causa especial de extinção da punibilidade transparece enfaticamente quando MANZINI a fundamenta em "*ragione di pubblica utilità*" (*Trattato di Diritto Penale*, Turim, 1950, v. IV, p. 631).

(28) O art. 116 do Código de 1890 continha disposição idêntica à qual se refere a nota anterior.

Esse tipo, indubitavelmente mais plástico, o que está distante de ser um elogio, face às suas funções de garantia, do que os inseridos no Código do Império e no Código de 1890, que guardavam certa limitação e clareza, foi mantido no ítem 8.º do art. 3.º do Dec.-lei n.º 431, de 18 de maio de 1938, agravando-se-lhe a pena (29):

> "Art. 3.º — ...
> 8 — Promover, organizar ou dirigir sociedade de qualquer espécie, cuja atividade se exerça no sentido de atentar contra a segurança do estado, ou modificar, por meios não consentidos em lei, a ordem política ou social.
> Pena — 5 a 8 anos de prisão."

Com o advento da Lei n.º 1.802, de 5 de janeiro de 1953, surgiu ao lado da figura da conspiração, uma forma derivada, que atendia a exigências práticas do momento político. Assim, temos o art. 7.º e o art. 9.º.

> "Art. 7.º — Concertarem-se ou associarem-se mais de três pessoas para a prática de qualquer dos crimes definidos nos artigos anteriores.
> Pena: reclusão de 1 a 4 anos.
> "Art. 9.º — Reorganizar ou tentar reorganizar de fato ou de direito, pondo logo em funcionamento efetivo, ainda que sob falso nome ou forma simulada, partido político ou associação dissolvida por força de disposição legal ou fazê-lo funcionar nas mesmas condições quando legalmente suspenso.
> Pena — reclusão de 2 a 5 anos, reduzida da metade, quando se tratar da segunda parte do artigo."

(29) Ao invés das ofensas à segurança do Estado colocarem-se *descritivamente*, na incriminação de ações determinadas e precisas, começam a ganhar vulto fórmulas como "por em risco a segurança nacional", ou "por em perigo a segurança nacional", as quais, valendo-se principalmente de um elemento *normativo* (segurança nacional), subtraem ao tipo a desejável determinação. A situação atual, na qual o legislador intentou precisar este elemento normativo, em nada contribuiu para resolver o problema (cf. Introdução, *supra*), aumentando, pelo contrário, a tendência em criar tipos constituídos até com funções daquilo que chamamos de "hipótese de diagnose e repressão" das violações à ordem política e social. É assim que encontramos, p. ex., o crime do art. 25 do Dec.-lei n.º 898, de 29/9/69, que sem dúvida ofende o próprio princípio da reserva legal (cf. FRAGOSO, *Observações sobre o Princípio da Reserva Legal, in* R.D.P. n.º 1, p. 87). É assim que passamos a encontrar decisões que se afinam pela clave da seguinte: "Isso posto, entende o Tribunal que os denunciados se enredaram em fatos nitidamente atentatórios à legislação que define os crimes contra a segurança do Estado (...)" — S.T.M., Ap. n.º 37.411, D.O.U. de 12 de janeiro de 1972. É assim que começa a engendrar-se uma doutrina que irá definir os "antagonismos", não tolerados pela lei, como "opiniões públicas contrárias às diretrizes governamentais" (EURICO CASTELLO BRANCO, op. cit., p. 16).

A incriminação do art. 9.º se dirigia claramente ao partido comunista, extinto por acórdão de 7/mar/1947, do T.S.E., que, pelo maior perigo que representava, levava a mais rigorosa apenação.

No Dec.-lei n.º 314, de 13 de março de 1967, com a definida autonomia dos crimes do art. 9.º (contra a segurança externa) e art. 12 (associação sob orientação estrangeira) (30), teremos na figura da conspiração mediante associação (31) do art. 36 o seu tipo básico, e provavelmente, por peculiares condições históricas, aquêle que mais tratado foi pelos tribunais:

> "Art. 36 —Fundar ou manter, sem permissão legal, organização de tipo militar, seja qual for o motivo ou pretexto, assim como tentar reorganizar partido político cujo registro tenha sido cassado ou fazer funcionar partido político sem o respectivo registro ou ainda associação dissolvida legalmente, ou cujo funcionamento tenha sido suspenso.
> Pena — detenção de 1 a 2 anos".

Observe-se que a redação do art. 36 buscou equiparar à reorganização do partido comunista — visível endereço nuclear do art. 9.º da Lei n.º 1.802, de onde provém — a fundação ou manutenção de organização de tipo militar. Já se vivia, nessa ocasião, o conturbado clima de "dissidências" nas esquerdas, e o velho partido comunista viria posteriormente a significar, em termos de ofensa à segurança nacional, menos do que algumas siglas que se notabilizaram pela violência de suas ações.

Com o advento do Dec.-lei n.º 510, de 20 de março de 1969, o tipo básico da conspiração inscreveu-se no art. 37, dando origem a um tipo derivado, para autônoma punição da conspiração mediante organização de tipo militar, visível no novo art. 36. Curiosamente, a pena prevista para o tipo derivado, que, em princípio, representava um maior perigo para o bem jurídico tutelado, era menos grave que a pena do tipo básico:

> "Art. 36 — Constituir, filiar-se ou manter organização do tipo militar, de qualquer forma ou natureza, armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa: (32)

(30) Atuais arts. 12 e 14, com leve — e importantíssima — alteração na redação do segundo. Cf. nota 26, *supra*. A alteração consistiu na incriminação da ação de *filiar-se*. A este respeito, cf. nota 32, *infra*.

(31) Que se distingue estruturalmente da conspiração mediante concerto, v.g., art. 115 do Código de 1890. O Código Italiano admite as duas figuras: "*cospirazione politica mediante accordo*" (art. 304) e "*cospirazione politica mediante associazione* (art. 305).

(32) Em relação à ação de "*filiar-se*" a associação ilícita, era ela prevista, ao lado de "ajudar com serviços", pelo art. 10 da Lei n.º 1.802, de 5/1/53,

Pena — reclusão, de 1 a 3 anos, para os cabeças, reduzida de metade para os demais".

"art. 37 — Reorganizar ou tentar reorganizar de fato ou de direito, ainda que sob falso nome ou forma simulada, partido político ou associação dissolvida por força de disposição legal, ou que exerçam atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional, ou fazê-los funcionar, nas mesmas condições, quando legalmente suspensos:
Pena — reclusão, de 2 a 5 anos".

Finalmente, com o Decreto-lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969, vigente, encontramos no art. 42 a mesma incriminação do transcrito art. 36 (conspiração mediante associação de tipo militar), com a pena elevada para reclusão de 3 a 8 anos. No art. 43, encontramos o tipo básico da conspiração mediante associação, com ligeira alteração:

"Art. 43 — Reorganizar ou tentar reoganizar, de fato ou de direito, ainda que sob falso nome ou forma simulada, partido político ou associação dissolvida por força de disposição legal ou de decisão judicial, ou que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional, ou fazê-lo funcionar, nas mesmas condições, quando legalmente suspenso:
Pena — reclusão de 2 a 5 anos".

4. *Elementos da insurreição:*

Tentar subverter a ordem ou estrutura político-social vigente no Brasil, com o fim de estabelecer ditadura de classe, de partido político, de grupo ou indivíduo.

A conduta típica consiste, aqui, em executar um ou mais *atos idôneos*, informados de violência (que está implícita no tipo) (33), no sentido de substituir a ordem ou a estrutura político-social — vigente no Brasil por outra na qual prevaleça ditadura de classe, de partido político, de grupo ou de indivíduo. A "ordem" referida é a ordem político-social, não se devendo confundir com a ordem pública (paz pública). HUNGRIA (34) ensina que é necessário "um fato direto (idôneo e inequívoco) com execução por meio de violência", acrescentando, contudo, que essa violência "pode ser física *(vis absoluta* ou *corporalis)* ou moral *(vis compulsiva)*" (35). Trata-se de antiga e correta orientação do pensamento penal brasileiro, que encontraremos dos comentadores do Código de 1890 aos comentadores do Decreto-lei 898 (36). MANZINI também se pronuncia no sentido de exigir uma idoneidade na ação empreendida: *un attività idonea* (37). Da mesma forma, LOGOZ: *"l'auteur doit avoir usé ou voulu user de violence"* (38). Ato idôneo é aquele que possui aptidão objetiva para a consecução da finalidade que o anima.

A "ordem ou estrutura político-social vigente no Brasil" são as estabelecidas na Constituição, bem como no "complexo de leis e de costumes constitucionais que estabelecem como é exercida a soberania por meio dos vários órgãos do Estado" (39). Convém observar, todavia, que não são todas as disposições constitucionais que colocam as regras fundamentais da organização do Estado, do que decorre que nem toda ofensa por meios violentos a situações reguladas por dispositivos da Lei Maior virá a constituir insurreição, lição aprendida de HAFTER (40) e SCHWANDER (41), que leva LOGOZ a recomendar que na prática se examinem, neste aspecto, cada caso de *per se* (42). O elemento material deste crime é, pois, uma ação de vulto razoável, quando se considera a necessidade do emprego de um *meio idôneo* para subversão da ordem ou estrutura político-social vigente no Brasil. (43)

---

como forma autônoma, em nível de favorecimento. Como deflui da leitura comparada dos sucessivos diplomas legais, a ação de *"filiar-se"*, que fora punida pela lei de 1953, não foi contemplada pelo art. 36 do Dec.-lei n.º 314, de 13/3/67, voltando a ser incriminada com o advento do Dec.-lei n.º 510, de 20/3/69. Em relação, pois, àqueles que se filiaram a associações ilícitas antes de 13/3/67 — quando, no regime da Lei n.º 1.802, era a conduta incriminada — operou-se a *novatio legis (abolitio crimminis)*; e em relação àqueles que se filiaram a associações ilícitas de 13/3/67 a 21/3/69 (data da publicação do Dec.-lei n.º 510, de 20/3/69), ocorreu conseqüentemente ausência de tipicidade. Os Tribunais assim decidiram inúmeras vezes (STF, R.O. 1.114, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI; STM, Ap. 36.204, Rel. Min. LIMA TORRES. Cf. R.D.P. n.º 4, p. 115). A ação de organizar ou manter permaneceu incriminada em todos os diplomas legais, sendo evidentemente diversa a situação, em tais casos.

(33) Acerca de violência implícita, cf. HELENO C. FRAGOSO, *Aspectos da Teoria do Tipo*, R.D.P. n.º 2, p. 74.

(34) *Compêndio*, cit., p. 83.

(35) Outro deve ser o entendimento na disciplina do Dec.-lei n.º 898, quando o legislador distingue "violência" de "ameaça de violência" (art. 26), e qualifica várias espécies constituídas de violência com resultados que só a *vis physica* pode alcançar (lesões, morte: art. 37).

(36) Comentando o art. 107 do Código de 1890, assim se expressava MACEDO SOARES: "É elemento primordial do crime desse artigo o meio violento, revolucionário, sedicioso" (*Código Penal*, Rio, 7.ª ed., p. 237). Observe-se a fidelidade de EURICO CASTELLO BRANCO: "O elemento essencial (...) é o meio violento, revolucionário, sedicioso" (op. cit., p. 82).

(37) Op. cit., p. 444.

(38) PAUL LOGOZ, *Commentaire du Code Pénal Suisse*, P. Esp., Neuchatel, 1955, v. II, p. 589. Observe-se que no Código Suiço a insurreição leva o *nomen juris* de *"haute traison" ("Hochverrat")*, nada tendo a ver, todavia, com a descendência do *perduellio*.

(39) Assim, MANZINI, op. cit., p. 434.

(40) *Schweizerisches Strafrecht*, P. Esp., 1943, p. 636.

(41) *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, 1952, p. 351, n.º 719.

(42) *"Il appartient à la pratique d'examiner à cet égard chaque cas d'espèce"*. Op. cit., p. 587.

(43) Vale relembrar aqui alguns casos de insurreição, para que se tenha presente a gravidade deste "crime político por excelência" (LOGOZ). A intentona

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo. Tratando-se de militar ou funcionário público, estará sujeito à agravante do inc. I do art. 49. Também aquele que promove ou organiza a cooperação no crime, ou dirige a atividade dos demais, em caso de concurso de agentes, tem a pena agravada. Sujeito passivo é a pessoa jurídica do Estado.

O bem jurídico tutelado é a forma de organização política do Estado, refletida no complexo normativo constitucional que a orienta. MANZINI afirma que *"si protegge l'elemento formale costitutivo dello Stato"* (44); apesar da referência a "estrutura político-social", não se vê como possa surgir da insurreição uma ofensa à ordem ou estrutura social, a não ser naquele sentido de "perturbação da opinião de segurança" a que se referia CARRARA, e que é comum a todos os crimes. (45)

Trata-se de crime de perigo concreto, observando MANZINI que se o resultado de dano ocorresse, a norma tornar-se-ia inaplicável necessariamente, porque as novas instituições não se iriam investir contra a vontade que as criou e que as regeria. (46)

Estamos diante de um tipo *incongruente*, pela presença de elemento subjetivo que consiste na vontade de subverter a ordem ou a estrutura político-social para fins de estabelecer ditadura. É este fim de agir (que a doutrina tradicional chama de dolo específico) que vivifica o tipo; sem ele, estaríamos diante do crime do art. 24.

> *Promover insurreição armada ou tentar mudar, por meio violento, a Constituição, no todo ou em parte, ou a forma de governo por ela adtada.*

A insurreição armada, na disciplina da lei, distingue-se do tipo básico da insurreição: a) pela exigência de que seja armada; b) pela limitação do bem jurídico tutelado às fórmulas constitucionais e à forma de governo; c) pela inexistência do elemento subjetivo acima anotado.

---

comunista de 27 de novembro de 1935 constituiu insurreição (Processo n.º 1/DF, do Tribunal de Segurança Nacional, Rel. Juiz Raul Machado). No julgamento do processo n.º 770/DF, igualmente perante o T.S.N., no qual se imputava aos acusados a prática de insurreição, assim descreveu os fatos o Rel. Juiz Cel. Costa Neto: "os acusados, cerca de uma hora da manhã do dia 11 de maio de 1938, formando um grupo armado, foram assaltar a estação telefônica 25, situada à rua 2 de Dezembro (...) e (...) o mesmo grupo agiu em ligação com os elementos que atacaram o palácio Guanabara e outros pontos da cidade". O assalto a um palácio governamental é, sem dúvida, meio idôneo, revestido de violência, capaz de caracterizar materialmente a insurreição. A história da mais importante insurreição da vida republicana está em HÉLIO SILVA, "Terrorismo em Campo Verde", Rio, 1971, Civ. Bras. O último caso judiciário de que temos notícia foi o assim chamado "caso de Caparaó".

(44) Op. cit., p. 432.

(45) *Programma*, § 31 e § 104.

(46) Op. cit., p. 433.

Para conceituação do elemento normativo "insurreição", reportamo-nos ao que ficou dito acima. O Decreto-lei 898, ao contrário de outras legislações, não cuidou de definir o que seja "insurreição armada", ou fornecer um parâmetro satisfatório, como, v.g., o Código Italiano (47). Por outro lado, a lei brasileira (C.P.) não define, ao contrário de outras legislações, o que seja arma. Costuma-se dividir as armas em duas espécies: *próprias*, quando constituem instrumento cuja destinação natural é o ataque ou a defesa; e *impróprias*, quando constituem instrumento de vária destinação e finalidade, usados concretamente como instrumento de ataque ou defesa. São armas próprias o revólver, o punhal, a metralhadora; são armas impróprias o canivete, a barra de ferro, a pedra (48). "As armas se equiparam as substâncias explosivas e os gases tóxicos", como ensina HUNGRIA. (49). Para que se considere armada a insurreição, nem é suficiente que um dos insurretos porte arma, como quer HUNGRIA (50), nem é decisivo que dois ou mais se apresentem armados, como querem MAGGIORE e ANTOLISEI (51), e nem se exclui que a simples posse de arma por parte de um ou dois venha a ter essa significação. Parece-nos, com FRAGOSO (52), que o Juiz deverá atender à potencialidade de dano das armas apreendidas, não *in abstrato*, mas em relação ao efetivo perigo que seu emprego poderia trazer ao bem jurídico tutelado. Nessa ordem de idéias, três revólveres não chegariam a compor o objeto material do crime, enquanto poderia sobejar, v.g., uma metralhadora. Note-se que, nessa modalidade, as armas são *corpus delicti*, de prova indispensável. Tudo dependeria, em síntese, de um confronto entre as armas ou arma que possuíssem os insurretos, e o objetivo imediato de sua ação finalmente dirigida à modificação, pela violência, da Constituição, no todo ou em parte, ou a forma de governo por ela adotada.

Para a insurreição armada, inexplicavelmente o legislador reduziu a tutela jurídico-penal ao todo ou parte da Constituição. Assim, ela poderá ocorrer, v.g., em nível municipal, apenas na medida em que a alteração visada pelos agentes esteja direta e expressamente vinculada à Constituição. A ofensa por violência a parte de Constituição Estadual que não mantenha a mesma relação com a Constituição da República não configurará o crime, podendo, no entanto, ser

---

(47) *"L'insurrezione si considera armata anche se le armi sono soltanto tenute in luogo di deposito"*, art. 284 C.P.I.

(48) Para completa informação acerca do conceito de arma, Cf. HELENO FRAGOSO, *Aspectos da Teoria do Tipo*, R.D.P. n.º 2, p. 72. A lei canadense chama às armas próprias *"armes par nature"*, e às impróprias *"armes par destination"*, nomenclatura que nos parece esclarecedora para a distinção (cf. DENIS SZABO, op. cit., p. 118).

(49) *Comentários*, cit., v. IX, p. 181.

(50) Id. Ibidem.

(51) Apud FRAGOSO, *Lições*, cit., v. 3, p. 759.

(52) Id. Ibidem.

aplicado o art. 23, se presente o elemento subjetivo. A forma de governo é a prevista na própria Constituição, sendo, pois, "parte" — e parte essencial — da Constituição, já suficientemente protegida pela fração inicial da incriminação.

É irrelevante o fim de agir, ao contrário do que ocorre no art. 23.

A insurreição absorve os crimes aos quais seja elementar a violência, se cometidos precisamente por ocasião de seu processo executivo próprio, pela regra da consunção. Se da violência empregada na execução do ato ou atos insurreicionais resultar morte, a pena será de prisão perpétua ou morte. Evidentemente deverá haver, da parte do agente causador da morte, no mínimo culpa em relação a este resultado. Com maiores razões, na hipótese de concurso de agentes, a aplicação da mais elevada pena pela ocorrência do resultado morte dependerá de inconteste demonstração de que esse resultado era *previsível* para os agentes, e que de alguma forma derivou da imprudência *objetiva* de suas condutas. No caso em que morte dolosa seja fruto de iniciativa individual, desvinculada do que previamente se ajustara como propósito comum, teremos, tão só para o agente causador da morte, a insurreição em concurso material ou com o crime do art. 32 do Dec.-lei n.º 898, primeira parte, ou com o homicídio do inc. V, § 2.º, art. 121 CP (consoante o fim de agir que informou a conduta homicida). Em hipótese estruturalmente análoga, afirmou o STM que desde que a morte "foi obra e deliberação apenas de um agente, sem qualquer cooperação dos demais, não devem estes ser responsabilizados pelo atentado" (Ap. número 38.744, Rel. Min. WALDEMAR TORRES DA COSTA).

Cumpre observar, finalmente, que a insurreição é espécie criminal em decadência. As condições de proteção do estado contemporâneo fazem-na inviável; já não se muda a ordem política assaltando um palácio, ou pelo menos já não se muda tanto. O radicalismo político enveredou por outras trilhas; não há qualquer afinidade entre os atos de terrorismo, a guerrilha urbana, e a velha insurreição.

5. *Elementos da conspiração:*

Constituir, filiar-se ou manter organização de tipo militar, de qualquer forma ou natureza, armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa.

Essa figura, que se aproxima da conspiração armada (*banda armata* dos italianos, art. 306, C.P.I.) por um lado, e da *associazione sovversive con programma di violenza* (art. 270 C.P.I.) por outro, deriva, como vimos, da primeira parte do art. 36 do Dec.-lei n.º 314; as modificações por sua redação sofridas apresentam, contudo, algumas dificuldades exegéticas. Constituir, ou fundar, é inaugurar a existência objetiva da organização; manter é assegurar condições para sua subsistência, e filiar-se é participar das atividades da organização, não

se devendo confundir *filiação* com simpatia ou mesmo com *conivência* (a *conivência* ganha caráter de *cumplicidade* diante do dever jurídico de impedir o resultado, v.g., na situação de funcionários públicos, segundo a disciplina geral da omissão imprópria). Nos três casos, faz-se mister a presença de um obrar reconhecível objetivamente, ou seja: "constituir", ou "fundar", não é "declarar constituir" ou "declarar fundar", senão articular condições reais de existência da organização; "manter" não é conhecer a existência da organização, ou esperar que ela prospere, senão desenvolver atividades para sua continuidade e implemento; "filiar-se" não é conhecer pessoas que a integrem, ou ser aliciado para ingresso, senão participar *ativamente* das atividades da organização, ainda que seja na mais irrelevante tarefa. Anote-se, a propósito, que é sensível a presença de uma faixa de participação por aliciamento rigorosamente impunível, quando o aliciado apenas se aproximou — não se filiou. É decisivo, nos três casos, uma atuação fisicamente positiva e idônea do agente. (53)

As dificuldades surgem quando se trata de determinar o que seja organização de tipo militar, face às cláusulas postas pela lei ("de qualquer forma ou natureza, armada ou não, com ou sem fardamento").

Organização de tipo militar será, em princípio, aquela na qual predominem os princípios e finalidades que regem as organizações militares. Sempre se considerou o armamento (posto que não careça de ser do assim chamado "armamento militar") como indispensável, pois é ele que confere à organização poder ofensivo característico de sua maneira de ser militar (54). O uso de farda ou insígnias, pelo contrário, é dispensável ,e nisso obrou bem a lei. Face a que a lei considerou irrelevante a existência ou não de armamento, o *distinguo* entre a organização de tipo militar e qualquer outra deverá ser feito sob o critério do terceiro requisito, que diz respeito ao concurso de princípios formais que regem as organizações militares, com destaque para os princípios de *disciplina* e *hierarquia*. A disciplina e a hierarquia são princípios cuja observância, por si só, multiplicam o

(53) "O simples fato de se reunirem três estudantes, em uma sala de aula de sua Faculdade, não constitui, por si só, o crime" — STM, Ap. 38.688, Rel. Min. WALDEMAR TORRES DA COSTA. MANZINI se refere, definindo a ação de "constituir", a "*un'operosa iniziativa*" (op. cit., v. IV, p. 337). O art. 8.º do regulamento canadense citado estabelece uma absurda presunção, "*à defaut de preuve contraire*", de que aquele que assistiu a uma reunião de associação ilegal é reputado seu integrante. No Brasil, o art. 9.º do Dec.-lei n.º 474, de 8/6/38, dispunha que "considera-se provado, desde que não ilidido por prova em contrário, o que ficou apurado no inquérito". Essa inversão do ônus da prova, característica do regime ditatorial que atravessávamos, já não prevalece, competindo pois ao M.P. a cabal demonstração da filiação de alguém à conspiração.

(54) A simples posse de armamento, desde que seja privativo das Forças Armadas, poderá vir a constituir o crime do art. 46 — desde, evidentemente, que não seja elemento de outro crime.

poder de ofensa da organização, pois coordenam atuações que, indisciplinadamente, ou individualmente, pouco alcançariam.

Finalmente, a cláusula "de qualquer forma ou natureza" deve ser interpretada como "de qualquer forma *militar* ou natureza *militar*", única interpretação viável. (55).

Trata-se de crime plurissubjetivo, de conduta unilateral, exigindo-se pois um mínimo de dois agentes. Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa.

Objeto da tutela jurídica é a ordem social referida à luta política, ou seja, numa perspectiva subjetivista, o interesse do estado na continuidade das soluções legais para as dissenções internas. A mais grave apenação da conspiração com programa de violência atende a que tal organização, em sua estruturalidade e em seus objetivos, representa uma maior potencialidade de dano aos interesses protegidos. A conspiração é um crime de perigo abstrato, ou, na feliz expressão de MANZINI, *pericolo di pericolo*. (56)

Possui o tipo um elemento subjetivo, que consiste "na finalidade combativa" — e que é o derradeiro argumento no sentido de que, na prática, só depararemos com tal crime na modalidade de conspiração armada. O crime ocorrerá mesmo quando a violência seja uma finalidade alternativa ou eventual da organização. O cometimento de insurreição pode ser, e é freqüentemente, elemento subjetivo do tipo da conspiração.

A permissão legal exclui do tipo a conduta dos agentes (como ocorre, v.g., em relação a empresas privadas de guarda e segurança a valores).

> *Reorganizar ou tentar reorganizar de fato ou de direito, ainda que sob falso nome ou forma simulada, partido político ou associação, dissolvidos por força de disposição legal ou de decisão judicial, ou que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional, ou fazê-lo funcionar, nas mesmas condições, quando legalmente suspenso.*

Reorganizar — *núcleo* das diversas condutas deste tipo misto alternativo (57) — é uma ação complexa, finalmente dirigida no sentido do funcionamento intrínseco e extrínseco: a) de partido político dissolvido por força de disposição legal ou de decisão judicial; b) de associação dissolvida por força de disposição legal ou de decisão judicial; c) de associação que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional. A tentativa é equiparada à ação consumada, não se beneficiando assim do tratamento penal mais benévolo.

(55) Problema análogo se encontrava no art. 36 do Dec.-lei n.º 314, que se referia a "seja qual for o motivo ou pretexto". Isto só poderia ser interpretado considerando-se como "seja qual for o motivo ou pretexto *político*"; uma interpretação *data venia* equivocada do art. 27 do Dec.-lei n.º 898 está conduzindo ao absurdo de serem julgados e condenados por ele ladrões comuns.

(56) Op. cit., v. I, n.º 229, II.

(57) MEZGER, *apud* FRAGOSO, *Conduta Punível*, São Paulo, 1961 p. 137.

O funcionamento intrínseco do partido político ou da associação há de ser obtido mediante atos idôneos, tais como, v.g., eleição de diretórios ou comitês, reuniões (58), estabelecimento de programa político, etc. O funcionamento extrínseco se fará igualmente mediante atos inequívocos, como propaganda, levantamento de fundos (59), divulgação de manifesto ou carta de princípios (60), aliciamento de adeptos, etc. É indispensável, pois, um conjunto de atos que esclareçam o sentido global do partido político ou da associação. Organizar é dispor como órgão: estabelecer relacionamentos e posturas de fatores que resultem num partido político ou numa associação em atividade. Daí, a preponderância do funcionamento intrínseco (como órgão *em si*) sobre o extrínseco, que é mera decorrência do primeiro, e pode não suceder.

Na hipótese fundamental, é necessário que o partido tenha possuído, anteriormente, existência legal (61). Não resta dúvida de que a tentativa de reorganização, ou a reorganização dos partidos políticos extintos por força do art. 18 do Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, cujos registros foram então cancelados, configuraria o crime, apesar da incriminação, como já notamos, dirigir-se claramente contra o partido comunista (62). Equipara-se à reorganização a ação de fazer funcionar partido político legalmente suspenso (art. 43, *in fine*). Fazer funcionar partido é conduta extremamente assemelhada a reorganizá-lo, assinalando-se que a mera execução de atos isolados (p. ex.:, o simples debate em torno de um programa político) não a cobrem. A verificação há de ser feita de modo objetivo, procurando avaliar-se se o agente contribuiu para um razoável "funcionamento"; não basta que o agente pense que esteja fazendo funcionar — é indispensável que isso se verifique por atos em cujo conjunto se possa razoavelmente reconhecer um partido político em funcionamento. Do contrário, estaríamos na área do crime putativo.

Na hipótese fundamental, também a associação deve ter possuído existência legal, e nesse período, de algum modo, ter exercido ativi-

(58) STM, Ap. 38.673.

(59) "(...) por em funcionamento o partido comunista, quer seja também através de campanhas pela coleta de fundos para a confecção de cartazes e material de propaganda (...)" — STM, Ap. 37.411, *in* D.O.U. 12/1/72, P. III, pág. 20.

(60) "Os acusados, conforme consta dos autos, redigiram até manifesto (...)" — STM, H.C. n.º 29.368, in D.O.U. 14/1/70, P. III, p. 14.

(61) "Supõe a lei, nos dois referidos artigos, que o partido tenha sido organizado, registrado, e, depois, dissolvido ou suspenso" — STF, HC 43.734, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI, *in* RTJ n.º 40, p. 616.

(62) O art. 1.º do Dec.-lei n.º 37, de 2/12/37, dissolvia todos os partidos políticos então existentes.

dade política. Essa conotação política é uma constante na interpretação da lei de segurança do Estado, e sua inobservância pode conduzir a equívocos. A associação só pode ser dissolvida por sentença judicial, *ex vi* do § 28 do art. 153 da Emenda n.º 1, que garante a liberdade da associação. Essa sentença funciona como condição objetiva de punibilidade.

Quando o partido ou associação tenham sido suspensos, é mister que tal suspensão se haja realizado de plena conformidade com a lei ("legalmente"); do contrário, o partido ou associação não estará suspenso, e não se cometerá o crime. Associação que exerce atividades prejudiciais (causadoras de dano) ou perigosas (causadoras de perigo) à segurança nacional é aquela cujos objetivos *concretamente* lesionem a segurança interna ou a externa. Nessa modalidade, o crime é de perigo concreto: o objeto da valoração não é a associação, em si, mas *suas atividades*. Aqui é necessário recorrer às elaborações jurídicas tradicionais acerca da segurança do Estado, para verificar se das atividades por ela exercidas decorrem algum dano ou perigo à segurança interna ou à externa.

A reorganização ou tentativa de reorganização pode produzir-se sob falso nome, vale dizer, sob denominação que omita o nome real da entidade, ou forma simulada, vale dizer, de maneira diversa da real, de sorte a ocultar a verdadeira forma da mesma. É irrelevante que estatutos formalizem uma aparência de licitude, desde que substancialmente o que se intente seja a reorganização vetada. Apesar da lei mencionar "de fato ou de direito" como modalidades da ação, a verdade é que a tentativa de reorganizar "de direito" partido político ou associação dissolvidos ingressaria no terreno do crime impossível, como é fácil imaginar. Prepondera, pois, e a prática judiciária o demonstra, a modalidade "de fato", que significa sem observância dos requisitos formais de existência jurídica.

Afora a exceção já mencionada, estamos diante de um crime de perigo abstrato, incriminando a lei condutas suscetíveis de determinar, presumidamente, um perigo para a ordem social. Em todas as modalidades se exige pluralidade de agentes (63). Trata-se de crime permanente.

O erro acerca da dissolução ou suspensão do partido político ou associação é essencial, excluindo o dolo e pois a culpabilidade.

(63) *"Il mero proposito di delinquere contro la personalità dello Stato, quando è in una sola persona non costituisce un pericolo politicamente e giuridicamente considerabili"* — MANZINI, op. cit., v. IV, p. 624.

DIREITO PENAL FINANCEIRO. ESTELIONATO. FALSIDADE IDEOLÓGICA

ROBERTO LYRA

A Fábrica de Carrocerias Metropolitana Sociedade Anônima expõe e pergunta:

1.ª *questão*

DEVEDOR — Transportes Uruguay Sociedade Anônima.
CREDOR — Fábrica de Carrocerias Metropolitana Sociedade Anônima.
BANCO — União de Bancos Brasileiros Sociedade Anônima.

Designação: *URUGUAY — FÁBRICA — BANCO*.

1) A FÁBRICA avalisou um título para a URUGUAY, que sacou o dinheiro do BANCO, sendo o vencimento para 03.11.1970.

2) Os acionistas da URUGUAY (pessoas físicas), deram à FÁBRICA, em garantia do aval dado à URUGUAY, em caução, os direitos aquisitivos de vários terrenos, e em hipoteca as benfeitorias construídas sobre esses terrenos. A escritura foi lavrada nas notas do Tabelião Edward Balbino.

3) Impago o título no vencimento, a URUGUAY notificou a FÁBRICA, judicialmente, a fim de que não requeresse a falência da devedora, pois o aval da FÁBRICA estava garantido pela hipoteca.

4) Promoveu ainda a URUGUAY uma ação declaratória, a fim de ser declarado por sentença ter havido novação da dívida e que, em conseqüência, não poderia ser requerida a falência da devedora, com fundamento na dívida impaga.

5) Dentro da ação declaratória, promoveu a FÁBRICA a intimação da URUGUAY, a fim de cientificá-la de que iria usar os poderes contidos na procuração inserta na escritura de caução e

hipoteca, tendo, posteriormente, comunicado a FÁBRICA ao Juiz ter indicado o leiloeiro público HERNANI, para proceder ao leilão do imóvel, e isto para evitar comentários desairosos quanto ao preço a ser alcançado em licitação pública.

6) Promoveram então os ACIONISTAS DA URUGUAY uma ação declaratória, com fulcro no art. 765 do Cód. Civil, alegando ser nula a cláusula que autorizou o avalista a promover a venda do imóvel para pagar ao Banco.

Desta forma, os ACIONISTAS DA URUGUAY outorgaram procuração para vender o imóvel, no caso de inadimplemento da URUGUAY (não saldar o compromisso com o BANCO), e, como a FÁBRICA cientificou-lhes de que iria usar os poderes contidos na procuração, ingressam em Juizo para alegar a nulidade e ineficácia da cláusula para o efeito de ser vendido o imóvel.

Perg: Constitue a atitude dos ACIONISTAS DA URUGUAI crime de estelionato?

2ª. questão

1) A FÁBRICA vende e entrega mercadorias, sacando duplicatas contra a URUGUAY. Esta recebe as mercadorias e devolve as duplicatas devidamente aceitas, com o carimbo da firma e as assinaturas de DOIS DIRETORES.

2) Requerida a falência da URUGUAY, instruído o pedido com as duplicatas aceitas, declara a URUGUAY, em sua defesa, que os títulos não são líquidos e certos, pois, seus Estatutos Sociais, exigem assinatura de TRÊS DIRETORES, e não DOIS.

Perg: Constitue crime de estelionato tal alegação, com o fito de furtar-se ao pagamento da questionada duplicata?"

Passo a responder à consulta. Restituo os documentos que a instruíram.

Fundamentação da resposta em tese

O diagnóstico de tipicidade comum na espécie ou, antes, nas espécies, exige, por ora, a separação dos quadros que poderão concorrer, sobretudo os falimentares, donde a universidade jurisdicional, inclusive para os ilícitos penais. Implicações de toda a ordem poderão romper os limites normais. Há fronteiras e cruzamentos com reflexos em diversas áreas normativas.

É preciso fixar as realidades pertinentes para extrair os inteiros jurídico-penais das controvérsias específicas.

Nosso Direito Penal positivo vem estabelecendo as distinções e as relações entre lei geral e lei especial, com as discriminações da lei excepcional e da lei temporária. Já agora provimentos da política criminal (prefiro dizer anti-criminal) tutela os acionários contra as cúpulas societárias.

Quando das Jornadas da Associação Henri Capitant (Rio, 1963), o professor ALBERT CHAVANNE, de Lyon, expôs a ciência adquirida a respeito.

Na verdade, o direito das sociedades não se tornou repressivo, como pareceu a RIBERT (*Traitè de Droit Commercial*, 5.º éd., *Paris*, 1963, p. 476, n.º 984). É certo que a ameaça penal atua, cada vez mais, no chamado mundo dos negócios para defendê-lo contra as crescentes mistificações e ocultações e não para cercear a iniciativa dos comerciantes. Do contrário, a norma jurídica (trabalhista, civil, administrativa, fiscal etc.) seria reduzida a norma moral clamorosa e inoperante. A norma jurídico-penal, autônoma, direta, preponderante, está socorrendo o mínimo ético... Sua intervenção rápida e eficaz garante, inclusive, o "espírito de emprêsa" e "o gôsto de risco" considerados condições necessárias ao progresso capitalista no plano industrial e comercial

As sanções normais seriam suficientes quando os conflitos se produzem entre comerciantes que estão, profissionalmente, advertidos dos perigos e armados para a defesa. Isto ocorreria para a vida comercial ordinária na concorrência em pé de igualdade. Outra cousa, porém, é o novo direito das sociedades. Todos sabem que a sociedade é o esconderijo ideal das grandes fraudes. Os acionários não estão em pé de igualdade em relação a fundadores, gerentes, administradores. Ao contrário, acham-se nas mãos destes. Os danos e perigos recaem sobre a sociedade e não sobre o "partenaire" de um contrato comercial qualquer, pactuando a seu favor ou a seu cargo obrigações preciosas. A preservação tornou-se premente com a concentração das sociedades. Poderes de controle criam labirintos para toda espécie de manobras (CLAUDE CHAMPAUD, *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*, Paris, 1962). Assim, a defesa imediata poderá interessar à economia nacional.

Na consulta aparecem situações que estariam compreendidas, de modo geral, no âmbito da ilicitude jurídica e, também, comercial, se caracterizados o esvaziamento da sociedade e o papel bifronte e absorvente dos acionistas. Não se trata destes como sujeitos passivos, mas como sujeitos ativos que se destacam, fisicamente, da personalidade coletiva, fechando-a ou, pior, enclausurando-a e desarmando-a. Em tanto importa entesourar em patrimônios individuais as base da existência e as condições de vida da sociedade. Daí abusos que impõem a novos subscritores, herdeiros ou sucessores o impenetrável e inacessível absolutismo do *comando*. Ou do *mando?* A sociedade desceria a instrumento operacional para a máquina jurídico-comercial e, o mais grave, em serviço público de transportes.

Fundamentação da resposta em hipótese

Na hipótese, a indicação de responsáveis por tipicidades penais, talvez comuns ou especiais, até continuadas ou permanentes, parte dessas desvirtuações. Mas, a lei penal independe dos costumes comerciais licenciosos e des-

policiados, bem como dos formalismos civilísticos, das negligências administrativas, das inexações fiscais.

Nas relações com as outras matérias jurídicas, o Direito Penal ocupa posição ativa, menos quanto ao Direito Constitucional. Sem o socorro penal, a ineficácia das demais sanções converteria normas jurídicas em legendas éticas.

Os episódios ostentam simulações e dissimulações complexas.

a) O crime de estelionato (art. 171 do Código Penal) pressupõe três relações de causalidade: 1.ª) entre o meio fraudulento e o erro a que o sujeito ativo induz ou em que mantém o sujeito passivo; 2.ª) entre o erro e a vantagem ilícita obtida pelo sujeito ativo para si ou para outrem; 3.ª.) entre a vantagem ilícita e o prejuízo alheio.

O meio — garantia do aval — foi fraudulento. O sujeito ativo utilizou-o como ilegítimo e inoperante e tenta anular a outorga por ele mesmo engendrada.

A vantagem ilícita que poderá ser de terceiro (para si ou *para outrem*) concretizou-se no desconto do título avalizado com o prejuízo do sujeito passivo ou de quem quer que seja (*alheio*). O sujeito passivo, este foi prejudicado, no seu crédito, nos seus negócios, nos seus serviços e demais repercussões de ordem patrimonial.

Ainda que seja de *pequeno valor* o prejuízo, integra-se o ilícito penal. O *pequeno valor* influe na pena e não na existência do crime (§ 1º do art. 171 do Código Penal).

O crime de estelionato é de ação pública. A defesa social direta transcende as compensações e transações utilitárias.

O bem jurídico protegido é o patrimônio no sentido totalitário da lei penal, mais *universal* do que o da lei civil. O prejuizo alheio está consumado. A reparação, aliás incerta, demorada, dispendiosa, não o fará desaparecer. Apenas reconhecê-lo-á ou impedirá sua agravação.

A lei penal é que ministra a exemplarização repressiva eficiente contra o proveito acintoso, a irresponsabilidade vexatória para a ordem jurídico-comercial, a impunidade estimulante da periculosidade anti-social. A reparação do dano *opera* somente como atenuante da pena (art. 48, n.º IV, letra *b*).

Primeiro a ação penal, depois os respectivos incidentes. A ação declaratória, e não atributiva, não implica litispendência, que guarda a mesma linha de prestação jurisdicional. Os processos incidentes e, portanto, as excessões ocorrem na ação penal, cujo andamento, em regra, nem seria suspenso (arts. 95, n.º III, 110 e 111 do Código de Processo Penal).

As questões prejudiciais — vede a epígrafe do título VI — versam sobre o reconhecimento pelo *juiz penal* da existência do crime. A ele pertence, no momento oportuno, o juízo da seriedade e do fundamento de controvérsia no juízo cível (arts. 92 e 93 do Código de Processo Penal).

A solução de controvérsias da competência do juízo cível não é condição de procedibilidade.

b) Quanto ao aceite das duplicatas, o foco da classificação deve incidir sobre o crime de falsidade ideológica na modalidade omissiva (art. 299 do Código Penal).

O vício da consulta a "fontes" e "modelos" desorientou nossa doutrina a respeito do *falsum* intelectual. Nem CARRARA conseguiu livrar a matéria das malfeitorias voluptuárias ainda em atividade.

A fórmula brasileira dispensa a exegese exótica, pois é nova, original e incomparavelmente genérica.

A Jurisprudência ainda não foi provocada para abranger a amplitude da norma. Muitos criminosos deixaram de ser processados pelos que temem a flama criadora e desconfiam da simplicidade legislativa.

A exposição de motivos do projeto convertido no Código em vigor esclareceu:

> "Para dirimir as incertezas que atualmente oferece a identificação da falsidade ideológica, foi adotada uma fórmula suficientemente ampla e explícita" (n.º 83).

O art. 299 do Código Penal assim descreve a forma omissiva do crime de falsidade ideológica:

> "Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar... com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante". Vede o art. 297, § 2.º.

Foi omitida no aceite declaração que dele devia constar, isto é, a concordância de outro diretor.

A assinatura contém a aceitação, a "dichiarazioni di giudizio" e não só "di scienza". Nela está implícita a declaração de que o signatário aceita. Não se cuida apenas de assinar, mas de concordar, assinando.

O conceito de *declaração,* em função de crime de falsidade ideológica, não corresponde nem ao comum, nem ao técnico-jurídico, nem ao jurídico-penal genérico. O dolo é o mais amplo no endereço da vontade ou da assunção do risco: *prejudicar direito, criar obrigação, alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.* Toda a tutela jurídico-social é abrangida pela rede repressiva. O alcance mais extensivo é, exatamente, o fim de *prejudicar direito.* E este fim se manifesta por meios e modos ainda mais variáveis e instáveis em terreno sulcado por usos, costumes, praxes, estrangeirismos fora da lei e até contra a lei, como o comercial. As normas penais não honrariam sua responsabilidade, se atuassem com "a hélice fora dágua", se não acompanhassem realidades escorregadias e flutuantes, justapondo-se às exigências sociais.

Não é preciso que se verifique o prejuízo. Basta o fim de prejudicar direito, qualquer direito, com a potencialidade do dano.

Negacear não é negociar. Amontoar pedras nos caminhos legais, desfalcar provas, retardar, procurar tornar litigioso o que é *líquido* e *certo,* o que envolve a honra comercial é prejudicar e, nas atuais circunstâncias, gravemente.

Isto afeta o giro dos negócios e a mola propulsora do crédito, já de si difícil, oneroso e inseguro.

RESPOSTA

Há justa causa para ação penal (art. 25 do Código Penal e arts. 41 e 43, n.º I do Código de Processo Penal).

Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 1971.

RESPONSABILIDADE PENAL DO TABELIÃO. DIREITO PENAL ESPECIAL

ROBERTO LYRA

PERGUNTA

O Dr. Nelson Trad, ilustre advogado em Campo Grande, Estado de Mato Grosso, pergunta se os fatos a que alude o preâmbulo da sentença do Dr. Juiz de Direito da Comarca de Bela Vista, naquele Estado (certidões e demais documentos juntos) caracterizam os extremos do crime de falsidade ideológica.

A sentença referida aceitou como núcleo fático o seguinte:

> "Dax da Silva, no uso de suas atribuições de tabelião do cartório do 1.º ofício desta comarca, utilizou-se, indevidamente, de uma folha em branco do livro 50 de escrituras do seu tabelionato, assinada por Dionízio Garcia Filho, destinada a outro fim, para nela lavrar uma escritura de compra e venda em que são partes interessadas Geraldo Pessanha Carvalho e Afonso Augusto Pinto, bem como deixou de exigir, ao ato da escritura, os comprovantes dos pagamentos dos impostos fiscais e do IBRA. Omitiu, assim, em documento público, declarações necessárias e legais que deviam nele constar, ao mesmo tempo em que inseriu, em escritura por ele lavrada, data diversa da que devia constar, alterando, dessa forma, a verdade sobre fato juridicamente relevante com o fim de prejudicar direitos e criar obrigações." Com base na escritura de "data falsa" (7 de dezembro de 1968) foi lavrada outra com data de 3 de março de 1969, inscrita no Registro de Imóveis, tendo sido pagos os tributos devidos.
>
> Dax da Silva, Geraldo Pessanha Carvalho e Afonso Augusto Pinto foram condenados como co-autores de crime de falsidade ideológica.

RESPOSTA EM TESE

O crime de falsidade ideológica implica ofensa à fé pública pela alteração comissiva ou omissiva da verdade documental. Segundo a epigrafia especí-

fica, importa falsidade documental contra a fé pública (art. 299 do capítulo III do título X do Código Penal).

A exposição de motivos esclareceu:

> "Para dirimir as incertezas que atualmente oferece a identificação da falsidade ideológica, foi adotada uma fórmula suficientemente ampla e explícita" (n.º 83).

A clareza da norma dispensa interpretação para a aplicação, não por força do velho brocardo romano, mas pelo perigo da analogia disfarçada ou pela inseminação artificial de teorias no texto.

Na matéria, o risco é maior. Nem CARRARA conseguiu, apesar dos cuidados de sistematização, livrá-la das doutrinas voluptuárias ainda em atividade.

A tutela penal — recurso extremo — repele altas ou baixas indagações à custa dos direitos individuais e da degradação privatística da mais grave modalidade do direito público.

Não me refiro à crítica histórica, comparativa, política, reivindicante ou reformadora, mas não se aplica a lei com base nas opiniões dos que a ela se opõem.

O instrumento heróico — a pena — é incompatível com o trivial dos vícios civilísticos, das irregularidades administrativas e fiscais, dos expedientes comerciais. O aplicador deve respeitar a tipicidade inflexível, "sem tirar nem por", segundo o insuperável vigor da linguagem popular.

O próprio *nomen iuris* — falsidade ideológica — exige uma falsidade relevante (ilícito penal) e, pelo menos, potencialmente danosa e que esta falsidade seja *ideológica*. As palavras dizem tudo. Basta não confundir a aplicação da lei com a elaboração filosófica, científica, artística e técnica. Não o fará, certamente, o Colendo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, que é reputado, também, pela intransigência com que, fiel à norma, extrai dela o foco social e humano.

A ementa do tipo (cota marginal, rubrica) integra o preceito. Ela não se limita, como nos Códigos italiano e suísso, à utilidade prática e à síntese do conteúdo. Tem sempre valor exegético a partição sistemática, por isso mesmo que designa a objetividade jurídica de determinado crime, como as epígrafes de títulos, capítulos e seções.

A fé pública há de ser atingida, e não somente ameaçada. Potencial é o efeito procurado (dolo específico) pelo sujeito ativo. Daí a relação de causalidade entre a ação ou a omissão e o resultado (exposição de motivos n.º 13, 3.º período). O todo verdadeiro é eivado por parte de inverdade (falta de declaração que deveria constar, declaração falsa ou declaração diversa).

A falsidade incidirá sobre elemento essencial do ato e jamais sobre o que se acha por fora dele ou subentendido.

O falso intelectual incriminável é o que afeta o conteúdo do ato na parte destinada a fazer fé pública. Portanto, não se estende à verdade moral. Não se indaga da fé privada, da honestidade, da sinceridade, da conveniência e

demais desdobramentos morais ou econômicos. Não se submete linhas jurídicas tão importantes ao arbítrio subjetivo ou ao artifício abstrato.

Se todo objeto do documento é forgicado, mesmo idealmente, seria malbaratar a proteção penal pô-la em causa por esta declaração ou aquela omissão secundárias.

Na espécie, não se ampara o papel, a assinatura, o sinal, o sinete, o selo, o brasão, o distintivo ou qualquer outro símbolo, enfim, o continente, mas o conteúdo básico e substancial que teria sido intercalado ou desfalcado. Os demais aspectos envolvem problemas, no caso impertinentes, relacionados a outros ilícitos jurídicos, sobretudo a fraude civil. A inconfundível lei penal brasileira somente menciona a *declaração* intelocutória ou vaga, mediante ação ou omissão com validade causal.

RESPOSTA EM HIPÓTESE

A escritura, por si só, não transmite o domínio. Este depende de inscrição, registros e outras formalidades, inclusive especiais, conforme o caso. O conhecimento de terceiros não provém de sua lavratura.

No Brasil, mais do que do ementário, é do maximário, leal ao direito positivo, que os casos de simulação ou dissimulação com repercussões jurídico-penais são expressos. Entre eles não se inclui a simulação imaterial de compra e venda. Quanto às obrigações fiscais, a declaração de quitação inexistente, e não o silêncio, é que constituiria falsidade. Mas, na espécie, o negócio jurídico não foi simulado e sim efetivado. Se as partes podiam fazê-lo, se agiram validamente, isto é matéria a ser, oportunamente, decidida no juízo competente, por iniciativa de quem de direito. Antes, nem estaria estabelecida a relação de causalidade entre ação ou omissão e resultado nem poderia ser obtido este resultado por meio absolutamente ineficaz (teoria objetiva temperada e teoria sintomática conciliadas pelo legislador brasileiro). Ainda que relativamente eficaz a primeira, a segunda escritura tê-la-ia tornado inoperante, permanecendo ileso o bem ou interesse jurídico.

O Dr. Juiz, com agudeza e segurança, reconheceu: "A aquisição dos imóveis com dinheiro da firma que dirigia deverá ser apurada no juízo falimentar." Seu próprio juízo conduzirá à coerência quanto ao resto. O juízo falimentar é universal — vede bem, *universal*.

Por outro lado, nem foi promovida qualquer medida assecuratória (arts. 125 a 144 do Código de Processo Penal), nem foi levantada questão prejudicial (arts. 92 a 94 do Código de Processo Penal), nem foi examinado o estatuto jurídico especial das sociedades por ações. A compra e venda, que não é simples *ato*, complica-se, na hipótese, entre fronteiras e cruzamentos, com reflexos em diversos quadros normativos e jurisdicionais. Com o atribuir a formalização a um só documento? Como emprestar-lhe funcionalidade?

A escritura não colhe a verdade intrínseca. O tabelião é obrigado a apurar a capacidade jurídica das partes como responsáveis exclusivas por suas declarações e signatárias delas perante testemunhas. O tabelião não produz,

apenas reproduz. O *notário* anota. As simulações ou dissimulações das partes, antes, durante e depois, nada tem a ver com o crime de falsidade ideológica de escritura pública.

O tabelião goza da presunção de probidade e capacidade no exercício de suas funções. Tanto assim que a ação penal contra funcionário público obedece a rito especial, antes do recebimento da denúncia ou queixa, para a prova pre-liminar contra a presunção (arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal).

CONCLUSÃO

Os fatos, que o digno Dr. Juiz de Direito da Comarca de Bela Vista, no Estado de Mato Grosso, considerou provados, não induzem à tipicidade penal da falsidade ideológica.

Rio de Janeiro, GB., 19 de maio de 1970.

Av. Presidente Wilson, 113 - 10.º and. — ZC — 39. Rio 20.000. GB.

TERMINOLOGIA JURÍDICO- PENAL NO CÓDIGO BRASILEIRO DE 1969

ALDEBARO CAVALEIRO DE MACEDO KLAUTAU

1 — O ideal da justiça humana encontra sua expressão verdadeira na segura aplicação do direito positivo. A excelência deste firma-se na exatidão da terminologia de suas leis. Cada vocábulo, embora com várias significações etimológicas, comuns ou populares, deve possuir sentido técnico preciso, imutável, sem empregos dúbios, de modo que assegure a todos uma única idéia dentro do sistema adotado pelo legislador. Atenções especiais devem dominar o espírito que se entrega à difícil e árdua missão de legislar, principalmente no que se refere à disposição apropriada dos termos técnicos. A correção da linguagem jurídica, manifestada no corpo das leis, é índice de penetração científica do legislador e de sua indissimulável preocupação pelo fiel aplicamento do direito aos casos concretos. A imprecisão terminológica é fonte permanente da instabilidade interpretativa, trazendo a doutrina em constantes divergências e implantando a balbúrdia jurisprudencial. Concorre, assim, para a insegurança dos direitos tutelados e faz diminuir ou desaparecer o crédito dos cidadãos nos ensinamentos dos mestres e nas decisões dos juízes e tribunais.

É certo que as leis devem ficar ao alcance de todos, empregando termos de compreensão popular, mas sem prejuízo da técnica científica.

O povo não interpreta leis. Procura conhecê-las, apreendendo seu espírito nas lições dos entendidos ou *entendudos*, como se falava nos tempos das Ordenações do Reino. Sua confiança no direito é roborada pela acordança das manifestações dos intérpretes, revelando o sentido exato da lei, que afasta temores e evita inseguridade na aplicação das normas jurídicas.

Não há exagero no assertar que a superioridade de uma obra legislativa repousa, notadamente, na rígida propriedade com que se usam os termos técnicos, sem abuso de distribuí-los pelo texto da lei, emprestando-lhes variadas significações, em divórcio com a que realmente deve ter na especialidade legislada.

Veraz se mostra esta assertiva em qualquer disposição insulada do direito positivo. Sua evidência manifesta-se ao tratar-se de um código, obra mais profunda, necessariamente sistematizada, destinando-se a disciplinar um ramo mais extenso da atividade humana.

O desconcêrto terminológico de uma codificação concorre muito para seu descrédito, e provoca, conseqüentemente, a necessidade de sua imediata alteração.

Prosseguindo nesta série de argumentos, facílimo se torna compreender que, entre vários códigos, versando diversos ramos do direito, nenhum exige maior rigor na precisão terminológica do que o código penal. Tendo por finalidade uma tutela eficaz dos bens e interesses jurídicos da pessoa humana, a pena é ainda sua arma mais eficiente no combate aos comportamentos ilícitos. Entre as características com que a pena se revela nos códigos modernos, assume relevo a privação da liberdade que, após o direito à vida, é o mais forte sustentáculo da personalidade do homem.

O princípio cardeal do direito punitivo contemporâneo, o axioma jurídico da anterioridade da lei, da reserva legal ou da legalidade dos crimes, o *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, que deve estar escrito no pórtico das legislações de todos os povos cultos, exige, do poder legiferante, uma extremada fidelidade à justeza técnica dos vocábulos empregados. Este procedimento se impõe, indiscutivelmente, no organizar os princípios gerais, inscritos na primeira parte dos códigos hodiernos. Sua primazia, porém, revela-se convencedora ao atingir a parte especial, onde o elaborador da lei se desincumbe do gravoso encargo da tipificação. Nem sei se merece consignar essa primazia, uma vez que, nas duas partes, é de exigir-se intransigência científica no conceituar as noções norteadoras do juiz na missão excelsa de dizer o direito, aplicando a lei aos casos ocorrentes. Não só na tarefa de fixar os conceitos do crime, da pena e das medidas de segurança, assim como dos diversos institutos que influem na justa aplicação da lei penal, envolvendo ainda as hipóteses de extinção da punibilidade, o legislador deve ter aprumo terminológico, de modo que não prejudique a sistemática de sua obra. Completando esse trabalho de capital importância, deve prosseguir com o mesmo propósito na função tipificadora, quando lhe cabe definir as diversas espécies criminais, dando vida real ao princípio básico da anterioridade da lei, guardião indispensável das liberdades humanas.

A má redação das normas legais produz conseqüências desastrosas, como as que acabo de mencionar, dificultando a ação dos julgadores. Esta verdade foi enunciada por FILIPPO VASSALI, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Roma, em forma que precisa ser meditada: "A desordem e a incapacidade infestam a legislação, tanto em matéria ordinária quanto em matéria constitucional. Erros e confusões podem ser respigados tanto nas leis votadas quanto nos relatórios que ilustram os projetos de leis apresentados.

Uma conseqüência, entre outras: o fardo imposto aos juízes, assoberbados com casos provocados unicamente pela redação obscura da fórmula legislativa. Não há instância alguma, inclusive a Suprema Corte, que não tenha, todos os dias, de levantar a sua pedra de Sísifo, que consiste em dar um sentido e uma ordem a matérias regulamentadas com precipitação, tais como, ainda há pouco tempo, os delitos contra o racionamento e as questões de aluguéis, de mais recente data. Daí, essa recrudescência do espírito litigioso, planta daninha, tão arraigada ao nosso caráter e aos nossos costumes; daí, pelo mesmo motivo, o desrespeito crescente para com as leis.

Uma outra conseqüência: o mal-estar e a incerteza que reinam nos órgãos administrativos, de onde decorre, por sua vez, a elefantíase da burocracia" (1).

Os poderes legislativos colegiados, cujos membros são eleitos pela soberania popular, sem a preocupação de escolher juristas, têm contribuido para a feitura de leis imprecisas, manifestamente defeituosas, originárias de proposições levadas ao plenário por elementos leigos, apoiados por maiorias ocasionais, sem o devido preparo técnico, conduzidas, muitas vezes, por paixões que se não coadunam com a serenidade e a proficiência, exigidas pela missão de legiferar.

É ainda FILIPPO VASSALLI quem afirma que "vozes cada vez mais numerosas se elevam, desde o começo do século, contra a técnica insuficiente ou defeituosa da legislação. O coro dos protestos não fez senão se avolumar nos países ciosos de sua tradição jurídica".

Após citar notáveis mestres, que proclamam esta realidade, conclui afirmando que "a maioria dos autores não hesita em atribuir aos regimes parlamentares essa decadência na arte de formular boas leis" (2).

No Brasil, esse mal proliferou após 1930 com a outorga da tarefa legislativa aos representantes das diversas classes sociais. Nos parlamentares classistas teve origem a elevação aos corpos legiferantes dessa onda de legisladores, sem qualquer preparo científico, que desempenham mandatos no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais. Não obstante a cultura e a dedicação ao seu mister específico de alguns membros das comissões técnicas, os interesses políticos sufocam, no plenário, as manifestações desses especialistas, oferecendo-nos leis envesgadas, prenhas de tortuosidades, que constituem permanente suplício aos interpretadores honestos, prestando-se, ainda, ao cometimento das mais revoltantes injustiças por parte de juízes inescrupulosos.

Não escapam desta censura os projetos que o Poder Executivo envia ao estudo e à deliberação dos órgãos legislativos. Algumas vezes, levam, em seu texto, as mais repulsivas infringências aos princípios da técnica jurídica.

2 — O vigente Código Penal Brasileiro, promulgado em 1940, não pode sofrer acometidas com este fundamento. Sua elaboração foi confiada, originariamente, a um dos mais sábios juristas brasileiros, que aliava a essa qualidade profundos conhecimentos médico-legais, sendo ainda emérito e renomado dominador dos segredos de nosso vernáculo. A JOSÉ DE ALCÂNTARA MACHADO DE OLIVEIRA, o governo confiou a missão de organizar um projeto de código repressivo para o Brasil, entregando os encargos da revisão desse trabalho a uma pleiade de proficientes cultores do direito, selecionados nos setores da magistratura e do Ministério Público, sob a presidência do ministro da justiça, Dr. FRANCISCO CAMPOS, jurista de escol, embora sem especialidade na matéria.

Aconselhável seria a inclusão de um advogado criminalista, em plena atividade profissional, entre os que constituiram a chamada Comissão Revisora. Sua cooperação seria de real valor na obra meritória realizada por NELSON HUNGRIA, ROBERTO LYRA, VIEIRA BRAGA e NARCÉLIO DE QUEIROZ, com o "inestimável concurso do preclaro COSTA E SILVA", ministro aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

(1) *Revista Forense*, vol. 148, pág. 51. Julho-agosto de 1953.
(2) Obra e pág. citadas.

Nosso atual Código é, portanto, genuinamente, obra de técnicos. Honra a cultura dos que nele colaboraram e enaltece a formação jurídico-penal do Brasil hodierno. Como produto do espírito humano está, porém, sujeito a imprecisões e falhas, inevitáveis em labutação de tanta magnitude. Seus elaboradores não merecem censuras. São dignos de nossa veneração cívica pelo esforço despendido com a finalidade de oferecer-nos um estatuto repressivo à altura de nossa civilização. O Código Penal de 1940 integrou-se no patrimônio cultural da Terra de Santa Cruz. Um dos seus mais ilustres artífices, que sempre lhe consagrou afeição paternal, o conspícuo mestre NELSON HUNGRIA, incumbiu-se de, em palavras lapidares, fazer a doação dessa obra a todos os que nasceram e vivem nesta plaga abençoada do mundo civilizado: "Nem há porque disputar glórias em torno do novo Código: antes de tudo e acima de tudo, é ele uma resultante da cultura jurídica brasileira. Não é exclusivamente de alguém ou de um grupo: é do Brasil. O que agora nos cumpre, a todos quantos pugnamos pelo rítmo do direito na vida nacional, é prestigiá-lo para que fique assegurada a sua plena eficiência finalística" (3).

Foi ainda NELSON HUNGRIA, quem, expressamente, declarou: "Como toda obra humana, o novo Código terá fatalmente defeitos; mas, ao invés de crítica destrutiva, esforcemo-nos, com a doutrina e a jurisprudência, por dissimular, numa exegese inteligente e fecunda, os defeitos encontrados. Isto, sim, será obra meritória" (4).

Ao iniciar, neste trabalho, uma série de apreciações sobre dispositivos do Código Penal Brasileiro de 1969, anima-me o interesse patriótico de contribuir, com a diminuta parcela de meus esforços, para a boa compreensão dessa lei, concorrendo ainda com subsídios para a elaboração do direito que há de vir.

3 — Em condições idênticas ao de 1940, isto é, com suas elaboração e revisão confiadas a renomados penólogos de indiscutível ascendência nos meios jurídicos de nossa Terra, tais como NELSON HUNGRIA, ANÍBAL BRUNO, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, BENJAMIN MORAES FILHO e IVO d'AQUINO, surgiu o novo Código Penal Brasileiro, aprovado pelo Decreto-lei n.º 1.004, de 21 de outubro de 1969, que entrará em vigor no dia 1.º de janeiro de 1973, na conformidade da Lei n.º 5.749, de 1.º de dezembro de 1971.

Ambos têm a lastreá-los a sabedoria, a proficiência e a cultura de seus elaboradores, com longo tirocínio nas tertúlias doutrinárias e jurisprudenciais no campo do Direito Penal.

4 — Reproduzindo atitude assumida a respeito de nosso segundo Código Republicano, inicio algumas apreciações sobre a terminologia empregada pelos legisladores de 1969, reafirmando que, assim fazendo, estou animado pelo interesse patriótico de contribuir, com a diminuta parcela de meus esforços, para a boa compreensão dessa lei, concorrendo, ainda, com alguns subsídios para a concretização do direito positivo que há de vir.

5 — Minha primeira manifestação é favorável ao legislador, por haver preferido, na redação do art. 1.º, o verbo *definir* ao *qualificar*, empregado no Código Criminal do Império e no Código Penal de 1890. Assim já o fizera o

(3) *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo 1, págs. 69/70.
(4) Obra citada, págs. 70/71.

Código de 1940. Não encontro justificativa na atitude de ALCÂNTARA MACHADO e GALDINO SIQUEIRA, terçando pela permanência de *qualificar* como sinônimo de *definir crimes*. Não chego ao ponto de reconhecer erronia na aceitação daquele verbo por nossos legisladores do passado. Na verdade, no sentido etimológico, *qualificar* significa *dar qualidade* a um fato ou pessoa, e a definição de um delito nada mais é do que reconhecer e proclamar as qualidades que, integrando o conceito de um fato criminoso, o distinguem dos demais.

No direito moderno, porém, a *qualificação* de crime deixou de ser processo de *definição*, para traduzir a passagem de um tipo criminal a outro, sob a influência de causa, fato ou ocorrência que, integrando-se a uma figura criminal, denominada *tipo simples*, passa a constituir outra, de penalidade engravecida, que se chama *tipo qualificado*. Nosso Código, aceitando essa terminologia, apresenta várias hipóteses dessas modalidades, oriundas da agregação, a um determinado tipo criminal, de fatores, que tomam as designações de *qualificativos* ou *qualificadores* do crime. Assim é que o § 2.º do artigo 121 traz a rubrica lateral de *homicídio qualificado*, encontrando-se, no art. 127, a designação marginal de *aborto qualificado*, para, mais adiante, o artigo 165 apresentar, em seu § 4.º, o *furto qualificado*, além de outras hipóteses idênticas, facilmente verificáveis.

O verbo *qualificar* no artigo 1.º de nossa codificação quebraria a coerência terminológica, pois uma palavra traduziria conceitos técnicos diferentes. *Qualificar um delito* equivaleria a definí-lo, a apresentar os elementos delimitadores de seu conceito, como também significaria tornar mais grave a punibilidade, em vista da ocorrência de um fato, que se veio reunir aos seus primitivos termos essenciais. Esta duplicidade conceitual faria nascer os enormes prejuízos que revelei no preâmbulo deste trabalho. Louvável, portanto, a diretriz do legislador, evitando essa incoerência, o que conseguiu com a inclusão de *definir* no dispositivo inicial de nosso código punitivo. O conjunto idiomático "não há crime sem lei anterior que o *defina*" é superior a este outro: "Não há crime sem lei anterior que o *qualifique*".

Não está longe o tempo em que *definir* será substituído por *tipificar*. Este traduz, com rigor técnico mais acentuado, o objetivo da lei, em face da adoção vitoriosa da doutrina da tipicidade. Esta, no ensinamento autorizado de JOSÉ FREDERICO MARQUES, "como criação genial de ERNESTO VON BELING, se apresenta atualmente como um dos fulcros da dogmática penal, por cristalizar dentro dos setores da técnica jurídica, um dos princípios mais importantes das declarações dos direitos e garantias individuais, como também porque constitui, na teoria jurídica do delito, sólido alicerce de uma construção sistemática de caráter verdadeiramente científico. O direito penal, até há pouco em mora com a ciência jurídica, como bem se exprimiu FRIAS CABALLERO, reconquista seu lugar nos domínios daquela Jurisprudência Superior de que falava IHERING, através sobretudo das teorias que descansam na adoção da tipicidade, como elemento integrante e fundamental da conceituação jurídica do delito" (5).

Na ação humana *típica*, injurídica e culpável, revela-se, atualmente, o conceito jurídico, analítico ou anatômico do crime. A primeira característica do comportamento humano, comissivo ou

(5) *Investigações*, São Paulo, n.º 23, pág. 55.

omissivo, para ser considerado delituoso, é a tipicidade. Faltando esta, inútil se torna prosseguir na busca dos demais elementos da noção jurídica do crime. Se um fazer ou um não fazer da pessoa física não corresponde exatamente a um *tipo criminal*, inútil qualquer esforço em descobrir um criminoso no autor desse procedimento positivo ou de abstenção.

Ante esta realidade, justo é reconhecer que, muito embora superior a *qualificar*, *definir* deve ceder seu posto a *tipificar*, que encontra mais sólido fundamento na técnica jurídico-repressiva. "Não há crime sem lei anterior que o *tipifique*" é fórmula que corresponde mais exatamente à noção da anterioridade da lei consagrada no artigo 1.º do Código.

6 — O legislador de 1969, assim como o anterior, foi infeliz ao empregar a expressão *circunstância*, atribuindo-lhe, no corpo do Código, ao lado de seu exato conceito jurídico-penal, o sentido vulgar desse vocábulo.

Não mais se admite confusão entre as noções de *elemento* e *circunstância* no campo da ciência ora em estudo. Cada qual possui significação própria, inconfundível, de modo que não permite vacilações. O que é elemento de um crime jamais poderá ser circunstância desse mesmo delito. Se um fato é circunstância de um tipo criminal, por isso mesmo nunca se encontrará entre os elementos desse tipo.

Os elementos são termos essenciais, necessários e indispensáveis à estrutura do delito, de acordo com o tipo constante da lei. São os extremos existenciais, delimitadores da figura criminal legalmente tipificada. A falta de um determina a inexistência do todo. Deixa de existir a modalidade delituosa porque não se verifica a ocorrência de uma das partes que a compõem.

As *circunstâncias* são termos acidentais do delito. Não se apresentam como indispensáveis ou necessários à sua constituição. Podem ocorrer, mas sem intervir na essência do fato incriminado. Sua influição é sobre a pena, jamais atingindo a formação estrutural do tipo. Achegam-se, posteriormente, aos elementos, não para alterar a constituição do delito tipificado, mas para modificar, agravando ou atenuando, a pena a aplicar. Se um fato qualquer, incluido pela lei entre as *circunstâncias*, passa a *qualificar* ou *privilegiar* um crime, dando nascimento a novo tipo criminal, perde, imediatamente, o caráter de circunstância para ser *elemento* do tipo que surgiu.

Não se justificam, nos tempos atuais, os *elementa essentialia delicti* e os *elementa accidentalia delicti* dos antigos. Falar, hoje, em *elementos essenciais do delito* é proferir imperdoável pleonasmo técnico, desnecessária redundância terminológica. Dizer que existem *elementos acidentais do crime* equivale a incorrer em manifesta e prejudicial contradição. O elemento é sempre *essencial* à configuração do tipo. Jamais lhe poderá ser um *acidente*.

A distinção, que acabo de salientar, encontra-se bem nítida nesta lição magnífica do conselheiro FILINTO JUSTINIANO FERREIRA BASTOS, que, com rara proficiência, ilustrou a cátedra de Direito Penal da Faculdade Livre de Direito da Bahia: "No confronto dos fatos que se podem encontrar em um delito, com mais ou menos influência sobre a criminalidade, observa ORTOLAN, há uma distinção importantíssima a fazer: alguns destes fatos, um só ou muitos, segundo o caso, formam as condições, os elementos indispensáveis à existência do delito — são os elementos ou fatos *constitutivos* do crime; — outros, ao contrário, são apenas circunstâncias ou fatos accessórios que, dado o crime, vêm apenas modificar-lhe, para mais ou para menos, a culpabilidade. Os fatos desta segunda espécie são qualificados de *circunstâncias* — porque, existindo o delito, se agrupam em redor dele *(circum-stare)* em qualidade de fatos acessórios, e formam diversas modalidades. Estas circunstâncias podem ser de natureza a trazer aumento ou diminuição à pena — agravando-a ou atenuando-a; são as circunstâncias *agravantes* ou *atenuantes*" (6).

Aí estão os *elementos* como *fatos constitutivos do crime, as condições indispensáveis à existência do delito*, enquanto que as *circunstâncias* são apresentadas pelo consagrado mestre de tantas gerações de brasileiros, como *fatos acessórios*, que se *agrupam em redor do crime*, sem modificar-lhe a essência.

Salientando, desde o título de sua obra *Modificativos da Pena no Direito Brasileiro*, a natureza de acidentalidades do crime, inerente às *circunstâncias*, outra autoridade no magistério universitário do Brasil, o professor OSMAN LOUREIRO, salienta que "é freqüente, na prática, a confusão dessas partículas com elementos propriamente integrantes da figura delituosa" (7).

Nesse trabalho de grande valor, encontram-se expressões muito felizes, com que o consagrado mestre salienta a verdadeira natureza das *circunstâncias*. Denomina-as *partículas acessórias, partículas gradativas, acessórias do crime, partículas apassivadoras*.

É pena que, de vez em quando, surjam nessa obra referências a *elementos acessórios do crime, elementos secundários, acidentais*, e *circunstância essencial*.

É certo que, na doutrina, não se vê uma uniformidade no caracterizar e denominar os fatos que se relacionam com o crime, uns como sua parte integrativa, constitucional, existencial, essencial, concorrendo para a própria formação da tipicidade, outros como termos adjectos, acidentais, com influência unicamente na medida da pena.

EUGÊNIO CUELLO CALÓN, penalista de merecido renome, depois de ensinar que "as agravantes não devem confudir-se com os *elementos constitutivos* do delito, pois estes são necessários para sua existência e são partes integrantes do delito, que sem eles não existiria", fala-nos também em "*circunstâncias acidentais, elemento essencial* e *circunstância essencial*" (8).

VICENZO MANZINI oferece-nos este ensinamento: "Considerando sua noção substancial (conteúdo), o delito é uma ação ou uma omissão, imputável a uma pessoa, lesiva ou perigosa a um interesse penalmente tutelado, constituída por determinados elementos, e eventualmente subordinada a certas condições de punibilidade ou acompanhada de determinadas circunstâncias". E mais adiante: nenhuma circunstância, em sentido próprio, pode *modificar o título do delito*.

Se uma circunstância produzisse esse

(6) *Breves Lições de Direito Penal*, reeditadas por Almeida & Irmão, Bahia, 1906, pág. 227, primeira parte.
(7) *Modificativos da Pena no Direito Brasileiro*, 2.ª Tiragem, A. Coelho Branco Filho, editor. Rio de Janeiro, pág. 82.
(8) *Derecho Penal*, tomo I, pág. 557, Bosch, casa Editorial Urgel, 51 bis., Barcelona, 1953.

efeito, assumiria evidentemente caráter de elemento constitutivo do delito mesmo e perderia o de circunstância" (9). Entretanto, esse grande criminalista italiano, que nos oferece uma divisão especial dos elementos e das circunstâncias, fala também em "elemento constitutivo essencial" e "elemento constitutivo eventual", e declara que "as *circunstâncias* do delito são *elementos* de fato, pessoais, materiais ou psíquicos, estranhos aos elementos constitutivos do delito, tal como está previsto em sua noção fundamental: representam um mais ou um menos a respeito da ação típica do delito mesmo, e determinam uma agravação ou uma atenuação da imputabilidade e da responsabilidade, ou da responsabilidade somente" (10).

FRANCESCO CARNELUTTI disserta, minuciosamente, sobre a matéria, afirmando que "uma sistematização dos requisitos do delito pode ser intentada sob vários pontos de vista", discorrendo sobre "requisitos constitutivos, impeditivos e modificativos, ou em outras palavras, de elementos com eficácia constitutiva, impeditiva e modificativa", incluindo entre os últimos as circunstâncias agravantes e atenuantes" (11).

SEBASTIAN SOLER transmite-nos esta lição: "*Tatbestand* é um substantivo composto de *tat*, fato, e *bestehen*, consistir. De maneira que o *Tatbestand* de um deilto é aquilo no que o delito consiste, seu *quiddidad*, ou em linguagem jurídico penal, o conjunto de seus elementos constitutivos, para diferenciar e separar o que numa definição legal são verdadeiros elementos, do que só constituem *circunstâncias*, possíveis, mas não necessárias". Entretanto, logo em seguida, se refere aos "*elementos essenciais* de uma figura, isto é, aqueles aos quais devem dirigir-se tanto o aspecto objetivo como o subjetivo da ação" (12).

Em GIUSEPPE MAGGIORE podemos ler os seguintes conceitos: "Chamam-se *circunstâncias* os elementos não constitutivos, mas simplesmente acessórios do delito, que influem em sua gravidade, deixando intacta sua essência. Chamam-se também, com expressão que remonta aos antigos juristas práticos, *accidentalia delicti*, em contraposição aos *essentialia delicti*". E continua: "Resumindo, diremos que as circunstâncias são *elementos acidentais* do delito que, sem desnaturalizar sua *essência*, determinam a gravidade maior ou menor, e por isto mesmo, a punibilidade maior ou menor desse delito" (13).

No Brasil, não é outra a posição dos doutrinadores.

ROBERTO LYRA apresenta minucioso e abalizado estudo das circunstâncias, abrangendo traços históricos, considerações gerais, diretrizes do Código e principais problemas. No entanto, referindo-se ao artigo 17 de nossa lei substantiva penal, assim se manifesta: "O erro de fato *(error in objeto)* pode ser essencial ou acidental; o primeiro recai sobre os *elementos constitutivos* do crime, de modo que, se o agente houvesse conhecido a realidade, não teria cometido o fato; o segundo liga-se somente às *circunstâncias acessórias*, sem as quais o crime subsistiria, embora modificado, deixando íntegras, no agente, a intenção e a crença de delinquir" (14).

Para OSCAR STEVENSON, "não há confundir os pressupostos com os *elementos* que são as partes integrantes da entidade delituosa. Estes, por igual, se denominam momentos do crime, o qual traz consigo a idéia de sucessão no tempo. Outra denominação: os termos do crime.

Os elementos, por seu turno, dividem-se em essenciais e circunstanciais".

"Os elementos *circunstanciais* estão representados pelas *circunstâncias*. Circunstância é tudo o que rodeia alguma coisa, particularidade relacionada, de acordo com a noção vulgar do vocábulo. Tecnicamente, no direito penal, *circunstância* é o *elemento* distinto da vontade criminosa, da ação e do evento, que no crime acompanha a ação ou se relaciona com ela por qualquer sorte" (15).

Como se vê, o reputado penalista fala também em elementos *essenciais* e *circunstâncias*, não obstante apresentar as características das noções vulgar e técnica do vocábulo *circunstância*.

Invocando "lição encontrada em FERNANDO NERI", RIBEIRO PONTES, meu sempre lembrado companheiro de lutas e vitórias acadêmicas na Faculdade Livre de Direito do Pará, ensina "que os elementos acidentais ou contigentes da infração penal — *elementa accidentalia delicti* — são assim chamados porque se acercam dos elementos essenciais ou necessários da infração para *agravar* ou *atenuar* a responsabilidade do agente, e, conseguintemente, a penalidade, podendo, entretanto, deixar de existir sem prejuízo da existência da infração penal" (16).

SALGADO MARTINS discorre sobre "*os elementos essenciais e acidentais do delito*", afirmando ainda: "Formada a deliberação, exercida a atividade material idônea e alcançado o resultado antijurídico típico, constitui-se o delito, em seus elementos essenciais" (17).

Após erudita explanação sobre a matéria dos *accidentalia delicti*, JOSÉ FREDERICO MARQUES expõe: "Consoante o que atrás consignamos, as circunstâncias do crime são elementos acidentais e acessórios do delito, que agravam ou atenuam a sanção punitiva". E, mais adiante: "Nos vários tipos estão contidos os elementos essencais de um crime, quer em sua forma básica ou fundamental, quer em seus aspectos de delitos qualificados ou privilegiados" (18).

ANÍBAL BRUNO apresenta-nos este bem formulado conceito de tipo criminal: "Tipo é o conjunto dos elementos do fato punível descritos na lei penal, ou, para dizermos com BELING, a imagem reguladora *(Leitbild)*, à qual tem de ajustar-se o fato para constituir crime". Duas páginas mais adiante de sua excelente obra, de caráter profundamente didático, esse conceituado mestre abandona *elementos*, para incluir no conceito de tipo *circunstâncias*, como se vê nesta passagem: "O tipo é por definição a fórmula descritiva das *circunstâncias objetivas* do crime". Já, anteriormente, assim se expressara: "A ação ordenada ou proibida se exprime na norma penal

(9) *Tratado de Derecho Penal*, tomo 2, pág. 4, Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires. Tradução de Santiago Sentis Melendo.
(10) Obra e tomo citados, págs. 48 e 50.
(11) *Teoria General del Delito*, Tradução de Victor Conde. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1952, págs. 68/70.
(12) *Derecho Penal Argentino*. Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, págs. 162.
(13) *Derecho Penal*, vol. II, págs. 3 e 7, Editorial Temis, Bogotá, 1954.

(14) *Comentários ao Código Penal*, Forense, vol. II, págs. 385/386.
(15) *Revista Forense*, vol. 105, pág. 464.
(16) *Código Penal Brasileiro*, 4.ª edição, 1956, Edição Livraria Freitas Bastos.
(17) *Sistema de Direito Penal Brasileiro*, Introdução e Parte Geral, pág. 184.
(18) *Curso de Direito Penal*, vol. 2.º, págs. 258 e 259.

por uma definição precisa das suas *ciriunstâncias elementares*, que é o que se chama tipo penal, à qual tem de corresponder necessariamente o fato para vir a constituir crime" (19).

Já é tempo de, nas leis penais, nomenclaturar os vocábulos *elemento* e *circunstância* em seus conceitos específicos, sem a influência de opiniões doutrinárias, que nem sempre os empregam em obediência ao rigor técnico indispensável a um trabalho legislativo.

É fácil demonstrar que o Código Penal brasileiro de 1969 não seguiu essa almejada diretriz.

No artigo 14, ao conceituar o crime consumado, o legislador agiu com certeza científica quanto a *elemento*, que ali aparece sem qualquer adjetivação. Entretanto, nos artigos 103 e 109, parágrafo único, fê-lo acompanhar do vocábulo *constitutivo*, incorrendo, assim, em manifesta redundância. No art. 14, ao dizer que há crime consumado "quando nele se reunem todos os *elementos de sua definição legal*", grafou uma noção absolutamente exata, que devia manter em todo o Código. Se a palavra elementos, no art. 14, dispensou qualquer adjetivação, revelando, positivamente, os termos que *constituem* o delito, porque, mais adiante, falar, pleonasticamente, em elementos constitutivos?

Bastaria, em qualquer das hipóteses mencionadas, grafar *elementos do crime*, abstendo-se de superfluidades.

O Código, na Parte Geral, inseriu *circunstâncias*, algumas vezes, em as mais variadas significações. Somente nos artigos 56, 58, 60, 61, 63, 103 e 109, surge em seu significado real de *têrmo acidental do delito*, inconfundível com *elemento*, *termo essencial* ou *constitutivo*. Nessas disposições legais, vemos, bem caracterizadas, as *partículas gradativas*, os *modificativos da pena*, de que nos fala OSMAN LOUREIRO. A linguagem da lei é bastante expressiva: "São circunstâncias que sempre atenuam a pena" (artigo 58).

Esses preceitos encontram-se no capítulo subordinado à epígrafe *"Da aplicação da pena"*, revelando, destarte, seu objetivo único de modificar a punibilidade, sem valimento sobre a constituição, essência ou tipicidade dos fatos.

O legislador procedeu acertadamente, disciplinando esta matéria na fase da *aplicação da pena*, no estádio da missão julgadora em que já estão conhecidos os elementos do crime. Incorreu, entretanto, em lamentáveis demasia e contradição, no instante em que, no artigo 56, após declarar que "são *circunstâncias* que sempre agravam a pena", acrescentou esta condição: "quando não *integrantes ou qualificativas do crime*".

A inutilidade deste conjunto verbal é de flagrância irrecusável. Um fato, um acontecimento, uma qualidade pessoal, uma ocorrência, que entram na *constituição*, na *qualificação* ou no *privilégio* de um determinado delito, não são circunstâncias do mesmo, ainda que se inscrevam entre as circunstâncias genéricas, aplicáveis a outros crimes e mencionadas nos artigos 56 e 58 do Código.

Se a lei, na definição de *um tipo criminal simples*, *qualificado* ou *privilegiado*, inclui um fato, que a mesma lei considera *circunstância genérica*, não mais se deve cogitar de *circunstância*, pois esta se relaciona unicamente com a modificação da pena, enquanto que o fato constitutivo, qualificador ou privilegiativo, integra o próprio crime.

É de salientar que, infelizmente, ALCÂNTARA MACHADO, no artigo 45 de seu projeto inicial e 43 da nova redação, incorreu igualmente em ociosidade de nomenclatura, dizendo, *in verbis*: São *circustâncias* que agravam o crime, quando não o *constituem* ou *qualificam*".

A mesma incoerência apresenta-se no § 1.º do artigo 35 do nosso Código Penal de 1969, assim redigido: "Não se comunicam, outrossim, as condições ou *circunstâncias* de caráter pessoal, salvo quando *elementares do crime*".

Porque a condicional — "salvo quando elementares do crime" — colocada no fim do dispositivo?

Suficiente seria a parte iniciativa: "Não se comunicam as *circunstâncias* de caráter pessoal".

Tudo está revelado nesse conjunto idiomático, de vez que inadmissível a expressão *circunstâncias elementares*. Esta provoca maior contraste que a anterior: *circunstâncias constitutivas*. Mais uma vez, é de repetir: na técnica jurídico-penal, *elemento* e *circunstância* são conceitos rígidos, que não podem coexistir. Há, evidentemente, repulsão terminológica no dizer: *elemento circunstancial* e *circunstância elementar*.

O terceiro Código Republicano não fugiu também à admissão de *circunstância* em sentido *comum*, completamente divorciado de sua noção jurídico-penal. Chegou mesmo a usá-la em sentido amplo, abrangendo até os *elementos*, como esclarece NELSON HUNGRIA no seguinte tópico de uma de suas apreciáveis obras, comentando o artigo 26 do Código de 1940, que corresponde à parte final do § 1.º do artigo 35 do de 1969: "Circunstâncias, no sentido lato com que o vocábulo é aqui empregado, não são apenas as que excedem a configuração do crime, isto é, as *agravantes* e *atenuantes*, genéricas ou especiais, e só influem na medida da pena *(accidentalia delicti)*, mas também as que constituem *elementos essenciais* do crime *(essentialia delicti)* ou, de qualquer modo, alteram, excluem ou extinguem a punibilidade" (20).

No item II do artigo 14, declara que o crime se diz tentado "quando, iniciada a execução, não se consuma por *circunstâncias* alheias à vontade do agente". Esse vocábulo pode ser substituido, com reais méritos, por *motivos*, *causas* ou *fatos*. Creio que admitir a existência de tentativa quando, iniciada a execução, o crime não se consuma por *motivos*, *causas* ou *fatos* alheios à vontade do agente, concorre para elucidar o verdadeiro conceito dessa fase do *iter criminis*, assim como evita o uso plebeu de um termo que possui noção específica no fraseado do direito penal.

Não se alegue que o nome *circunstâncias* vem expresso em disposições correspondentes de todos os códigos brasileiros desde o de 1830, nos projetos de VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA e ALCÂNTARA MACHADO, assim como em códigos de outros países, entre os quais Portugal, Itália e Argentina.

Urge iniciar um movimento em favor da implantação, nas leis penais, da necessária observância terminológica que a ciência ditou a esta região do saber humano.

Ainda em linguagem vulgar, encontra-se a palavra *circunstâncias* no artigo 21. A exclusão, nesse dispositivo, das palavras — *"de circunstâncias"* — teria as conseqüências salutares mencionadas na apreciação do artigo 14, ficando o erro de fato assim entendido: "É isento de pena quem, ao praticar o crime, supõe, por erro plenamente escusável, a inexistência de fato que o constitui, ou a existência de situação de fato que tornaria a ação legítima".

(19) *Direito Penal*, tomo I, págs. 333, 335 e 198.

(20) *Comentários ao Código Penal*, Forense, vol. I, tomo 2, pág. 417.

É aconselhável que a redação do *caput* do artigo 21 assim se apresente: "É isento de pena quem, no momento da ação, supõe, por erro plenamente escusável, a inexistência de elemento do crime, ou a existência de situação de fato que tornaria a ação legítima".

Mantenho a expressão *"é isento de pena"*, para não perturbar a sistemática do Código. No entanto, melhor seria dizer *"não é criminoso"*. Sendo a *culpabilidade* um dos *elementos* da noção jurídica, analítica ou anatômica do crime, a sua inexistência determina a própria inexistência do delito. Sua ausência tem a mesma força que a da *tipicidade* ou a da *antijuridicidade*: libertar a ação humana do caráter de criminalidade. Não é delinqüente o homem que exercita ação atípica. Não o é também o que a exerce de acordo com o direito, assim como aquele que age sem culpabilidade. Esta é a verdadeira noção, que deve ser admitida pelos códigos modernos, embora contando ainda com a rebeldia de muitos.

Em face do desnorteio do Código no grafar o vocábulo *circunstância* em seu verdadeiro conceito jurídico-penal e, ainda, no sentido comum, é difícil concluir em qual deles está o seu emprego no artigo 52, no item II do artigo 71, no item III do artigo 75 e no artigo 97.

Como entender, ante a já mencionada atitude do legislador, as expressões *"circunstâncias de tempo e lugar"* (artigo 52,) *"circunstâncias do seu crime"* (artigo 71, II), *"circunstâncias atinentes à sua personalidade"* (artigo 75, III) e *"circunstâncias do caso"* (*caput* do artigo 97)?

Lendo tais artigos, fica-se em dúvida quanto ao sentido em que a dição circunstâncias foi neles grafada.

Pretendeu o legislador referir-se unicamente às *circunstâncias* em sentido técnico, compreendendo as genéricas, discriminadas nos artigos 56 e 58, e as especiais constantes de indicações referentes a alguns crimes, tipificados na segunda parte do código, ou quis abranger outros fatos não inclusos nesses dispositivos?

Convém salientar que o aparecimento de *circunstâncias* em seus artigos 42, 57 e 77, sobretudo no primeiro indicado, levantou a questão mais importante a respeito da interpretação do Código de 1940. O saber como fixar a pena, de acordo com as diretrizes do art. 42, foi e é problema que provocou brilhantes e entusiásticas tertúlias entre os nossos mestres de direito penal.

Para evidenciar a profundidade dessa divergência entre os doutos, basta esclarecer que ela dividiu os membros da Comissão Revisora, situando ROBERTO LYRA e NELSON HUNGRIA em campos opostos, seguidos por argumentadores de valor, alguns oferecendo soluções transacionais, todos agindo no esforço patriótico de bem entender e interpretar o fulcro de nossa legislação repressiva, consistente na tarefa sublime de fixar a pena a ser cumprida pelo criminoso. É o momento em que o julgador exercita a função delicada e dificílima da *personalização da pena*, impropriamente denominada, em nossas leis, como *individualização da pena*. É a etapa crucial do procedimneto judiciário, em que um homem, revestido do poder quase sobrehumano de julgar seu semelhante, vai decidir a respeito dos meios que o Estado deve executar com o fim de obter a reeducação do condenado.

Foi, por isto, que o assunto empolgou as atenções dos juristas que participaram da 1.ª Conferência dos Desembargadores e do 1.º Congresso do Ministério Público, realizados no Distrito Federal e em São Paulo, logo após o conhecimento do Código Penal Brasileiro de 1940. Os anais dessas importantes

assembléias, onde se discutiram vários aspectos da legislação que surgia, após meio século de vigência do primeiro Código Republicano, revelam o magno interesse com que foi debatida a questão relacionada com o artigo 42, sem que, até hoje, se alcançasse solução uniforme.

Quem examinar os argumentos expendidos pelos contendores, há de verificar, sem grande esforço, que o móvel desse prélio intelectual reside no mau emprego de *circunstâncias*.

Em face da imprecisão com que o Código distribuiu esse vocábulo por vários de seus artigos, ora outorgando-lhe significado técnico, ora conferindo-lhe sentido de manifesta profanidade científica, ou englobando as duas noções, surgiu a dúvida quanto à significação que lhe foi atribuida no art. 42.

Apareceram, então, as *circunstâncias judiciais*, ao lado das *circunstâncias legais*, com o objetivo de distinguir as indicadas, com especificação, nos artigos 44, 45 e 48, das que vêm aludidas, sem qualquer destrinça, no artigo 42. Vê-se aí uma diferenciação inadequada, pois ambas as espécies de *circunstâncias* são produtos da *lei* e as duas devem ser aplicadas pelo *juiz*. Foi, entretanto, o único meio, um tanto hábil, encontrado pelos juristas para vencer a obscuridade originária de mais uma imprecisão do Código de 1940.

Se o legislador limitasse o uso de *circunstância* ao seu único sentido na técnica jurídica, evitaria tanta discrepância no interpretar o dispositivo mais importante de nossa lei substantiva penal.

Na opulência do vocabulário nacional, existem expressões que, com propriedade, podem ocupar os lugares em que a dição *circunstâncias* foi aplicada, em seu sentido trivial, nos Códigos de 1940 e 1969. *Pormenores, minúcias, particularidades, minudências, fatos, ocorrências, acontecimentos, condições*, substituem, proveitosamente, *circunstâncias* nos dispositivos em que a lei quer dar a esta palavra o seu significado comum.

OSCAR STEVENSON, na citação constante do presente trabalho, fala em *"particularidade relacionada"* ao crime como integrante do conceito vulgar de *circunstância*.

Todas às vezes que o legislador pretender referir-se aos acontecimentos, às ocorrências, que se relacionam com o crime, sem corporificar *elementos* ou *circunstâncias*, que manifeste sua vontade grafando *pormenores, minúcias, particularidades, minudências, fatos, ocorrências, acontecimentos, condições*.

Procedendo dessa forma, expressará, rigorosamente, a noção que deseja traduzir, sem sacrifício do verdadeiro conceito de circunstâncias.

Estas considerações atingem o emprêgo de *circunstâncias* na Parte Geral do Código de 1969.

O legislador não foi mais feliz ao usar esse vocábulo na *Parte Especial*, onde ele aparece no conceito vulgar, podendo ser superiormente substituído por algumas das expressões que acabam de ser mencionadas.

Para isto compreender, basta examinar sua inclusão atécnica no § 3.º do artigo 132, no inciso V do § 2.º do artigo 168, no inciso II do § 1.º do artigo 184, no inciso II do artigo 248, no § 1.º do artigo 260, no parágrafo único do artigo 291, no *caput* e no § 1.º do artigo 338.

7 — Sabiamente, o código incorporou aos seus dispositivos as normas relativas à suspensão condicional da pena e ao livramento condicional, institutos que tão bem servem à ação contrária à criminalidade. O primeiro evita o ingresso, no cárcere, de criminosos primários, condenados a penas reduzidas, e o segundo coadjuva a obra

da personalização da pena, concedendo aos delinqüentes regenerados uma liberdade antecipada.

Devia ter corrigido a denominação do primeiro desses institutos, para *inexecução condicional da pena*. Não se trata de suspensão da pena. Só se suspende o que já está em trânsito. Trata-se, realmente, de uma *inexecução condicional*, pois a pena persiste, definitivamente fixada. O que não ocorre é a execução.

8 — Penso que a palavra *conduta*, na significação de *comportamento, procedimento*, não devia ter guarida em nosso código, tal como acontece no artigo 25, no inciso II do artigo 71 e no inciso III do artigo 75.

Trata-se de um galicismo, que, para melhor vernaculidade do código, deve ser expungido de seu texto. Temos, entre outras, as expressões já mencionadas, comportamento e procedimento, que podem, com superioridade técnica e idiomática, substituir esse injustificado francesismo.

Que o emprego de conduta, em tal sentido, continue respeitando na preferência pessoal de doutrinadores e magistrados, nunca, porém, num corpo de lei, que devem primar pela pureza da linguagem.

9 — Nada justifica que, em pleno século da *personalização da pena*, ainda surja, em Código Penal, a expressão *indivíduo* traduzindo *pessoa humana*. É o que, infelizmente, acontece no § 3.º do artigo 93 do Código brasileiro de 1969, reproduzindo o § 3.º do artigo 88 do anteprojeto de NELSON HUNGRIA.

Aliás, nosso código vigente, no título V de sua Parte Geral, abusa, várias vezes, desse emprego inconveniente.

Bem expressivas as palavras de ALCEU AMOROSO LIMA sobre a noção de pessoa humana: "Esse conceito de homem vê nele a parte constante e a parte móvel; a parte livre e a parte serva; o polo de contacto com a divindade e o polo de subordinação às leis da natureza exterior. A primeira é a *pessoa* e a segunda o *indivíduo*" (21).

Meditemos sobre esta convincente afirmação do padre ORLANDO VILELA: "A pessoa humana é uma *subsistência espiritual* na *carne*: matéria e espírito constituem as suas raízes ontológicas" (22).

Qualquer que seja sua posição perante a lei, observando-a rigorosamente ou infringindo-a, o homem conserva sempre a característica de pessoa. No criminoso é, precisamente, a plenitude da *dignidade pessoal* que deve ser restaurada pela *ação pessoalizante* da

Mister se faz, portanto, que, dos Códigos Penais, seja banido o vocábulo *indivíduo* como sinônimo de *pessoa*.

É imperativo da lógica e dos princípios salutares da moderna penologia.

10 — Prosseguirei, em outros trabalhos, no exame de mais algumas impropriedades terminológicas, existentes em nosso Código Penal de 1969.

Pugnemos pela genuinidade técnica de nossas leis. Nada de preconceitos, oriundos da tradição, quando esta não se harmoniza com o progresso da ciência. É nosso dever lutar pelo aprimoramento dos princípios legais, certos de que, assim, contribuiremos, sinceramente, para aperfeiçoar um dos estatutos mais necessários à vida dos homens em sociedade: o Código Penal.

---

(21) *Idade, Sexo e Tempo*, Livraria Olímpio Editora, Rio de Janeiro, 1938, pág. 250.

(22) *A pessoa humana no mistério do mundo*, Editora Vozes, Petrópolis, 1968, pág. 19.

NOTICIÁRIO DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Reunindo-se no dia 20 de março, sob a presidência do Prof. RAFAEL CIRIGLIANO FILHO, os membros do Instituto de Ciências Penais procederam à eleição da nova diretoria, cujo mandato terá início a 1.º de abril, e duração regimental de um ano, que ficou assim constituída: Diretor: Prof. HELENO FRAGOSO; Secretário-Geral: Prof. OLYMPIO PEREIRA DA SILVA; Secretário-Executivo: Prof. ALEXANDRE GABRIEL GEDEY.

Foi criada a Coordenação de Cursos e Conferências, sendo designado para sua Direção o Prof. ALEXANDRE GABRIEL GEDEY.

Ficou instituído o Premio Cândido Mendes, que consistirá em concurso de âmbito nacional, para estudantes de Direito. O premio para o trabalho que preencher as exigências do regulamento será de Cr. 1.000,00, sendo o mesmo publicado na Revista de Direito Penal. Poderão igualmente ser concedidas menções honrosas, que farão jus a um premio em dinheiro de Cr$ 500,00. Desde logo foi constituída a comissão julgadora, que será integrada pelos Professores SYLVIO MOACIR DE AMORIM ARAÚJO, HORTÊNCIO CATUNDA MEDEIROS, RAFAEL CIRIGLIANO FILHO, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO e OLYMPIO PEREIRA DA SILVA. Para o ano de 1972, o tema será "Entorpecentes — Aspectos Jurídicos ou Criminológicos". Outras informações, acerca do concurso, natureza e limites dos trabalhos concorrentes, envio dos mesmos, prazo de inscrições, etc., serão fornecidas com a publicação do Regulamento, no próximo número da Revista de Direito Penal, quando oficialmente se instituirá o concurso.

Na segunda quinzena de novembro do corrente ano, o Instituto de Ciências Penais promoverá um Colóquio Regional, com a participação de vários professores de Direito Penal de todo o país, preparatório para o 11.º Congresso Internacional de Direito Penal, promovido pela Associação Internacional de Direito Penal, a realizar-se em 1974, em Budapeste. Serão examinadas, no Colóquio, os temas do 11.º Congresso.

A partir deste número, a Revista de Direito Penal inicia a publicação dos Cadernos de Direito Penal que para o Instituto de Ciências Penais, foram elaborados pelo Prof. ANÍBAL BRUNO. Trata-se de material didático destinado ao aprendizado da Parte Geral, de inestimável valor para estudantes de direito. Ao texto, que visa resumir os principais problemas versados na ocasião de estudar a Parte Geral, foram acrescentadas notas, sumárias indicações bibliográficas e casos para debate, coligidos e preparados pelo Prof. NILO BATISTA.

O Instituto de Ciências Penais fará realizar, no próximo dia 25 de abril,

às 20:30 horas, no salão nobre da Faculdade de Direito Cândido Mendes, um debate sobre a permissividade do abortamento, visível tendência legislativa contemporânea, que ganhou notoriedade com a conhecida emenda à lei do Estado de Nova York, de julho de 1970. Com o referido debate, objetiva o Instituto de Ciências Penais iniciar a construção de sua opinião oficial acerca do assunto. Foi designado para organizar e coordenar a realização o Prof. NILO BATISTA. Participarção do debate o teólogo (e médico) Dr. CYRILO FOLCH GOMES, O.S.B., a socióloga Professora NEUMA AGUIAR, o Prof. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, o Prof. OLYMPIO PEREIRA DA SILVA, do Instituto Médico-Legal, e o psicanalista Prof. FRANCISCO PACHECO. O debate será integralmente publicado no próximo número desta revista.

IV CONGRESSO FLUMINENSE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Será realizado em Friburgo, de 4 a 7 de julho próximo, o IV Congresso Fluminense do Ministério Público, organizado pela Associação de Ministério Público Fluminense, presidida pelo Procurador Dr. FERDINANDO DE VASCONCELLOS PEIXOTO, a quem devem os interessados dirigir-se (Av. Amaral Peixoto, n.º 507-10º andar — Niterói, RJ).

O temário, no que se refere a Direito Penal e Processual Penal, é o seguinte:

1) Entorpecentes (nova lei).
2) Erro de direito (art. 20 — causa de atenuação ou substituição de pena).
3) Estado de necessidade como excludente de crime (art. 20).
4) A imputabilidade (arts. 31 a 34 — 93 e 94).
5) Prescrição da ação penal e da pena (arts. 110 a 116).
6) Homicídio e lesões corporais culposas (arts. 121, §§ 3.º e 5.º e 132, § 3.º, 133 e 134).
7) A nova conceituação do infanticídio (art. 122).
8) O incesto como crime de ação pública (art. 259).
9) Os novos delitos de automóvel (arts. 289, 290, 291).
10) A revogação da Lei n.º 2.252/54 (art. 406) e o induzimento de menor à atividade criminosa.
11) Execução de sentença nos autos da própria ação penal.
12) Desaforamento. Natureza jurídica e efeito suspensivo.
13) Do efeito suspensivo em decisões absolutórias do Tribunal do Júri.
14) Da apenação no Código Penal de 1969.
15) Do julgamento dos deputados estaduais pelo Tribunal de Justiça nos crimes comuns — Foro especial (art. 23, § 2.º, da Carta Política do Estado do Rio de Janeiro e disposições similares do direito público de outros Estados).

DELINQÜÊNCIA JUVENIL NOS E.U.A.

Recente relatório preparado pela Secretaria de Saúde, Educação e Bem-Estar Público revelou um decréscimo nos casos de delinqüência juvenil, pela primeira vez nos últimos cinco anos. O relatório cobre o período de 1969 a 1970, e verifica-se que a delinqüência entre adolescentes do sexo feminino aumentou duas vezes mais do que entre os do sexo masculino. Os casos de moças envolvidas em atividades anti-sociais revelaram, em um ano, aumento de 7% nos subúrbios, 11% nas cidades e 20% nas áreas rurais, dentro de um aumento geral nacional da ordem de 10%. Os casos referentes à participação de rapazes em atividades anti-sociais sofreram apenas o acréscimo global da ordem de 5%. A idade observada foi entre 10 e 17 anos.

O relatório atribui o incremento da delinqüência juvenil feminina à passividade paternalizada a que se reduzia, no passado, o papel social das jovens, em contraposição à sua cada vez maior independência contemporânea. Assinala o grande número de fugas de casa, e menciona o uso de drogas como fator do maior relevo, já que este uso "freqüentemente cria a necessidade de outras atividades relacionadas com o crime, como pequenos roubos, assaltos, etc".

ABOLIÇÃO NA CALIFÓRNIA

No dia 18 de fevereiro de 1972, em memorável votação por 6 a 1, a Côrte Suprema de Justiça do Estado da Califórnia aboliu a pena de morte, declarando a inconstitucionalidade das leis que a cominam, fundada na seção da Constituição do Estado que proibe a aplicação a aplicação de pena cruel ou incomum *(cruel or unusual punishment)*. Afirmou a Corte que a pena de morte "degrada e desumaniza todos os que participam de seu processo", sendo "desnecessária para qualquer propósito legal e incompatível com a dignidade humana e os processos judiciais". Concluindo que "a morte não pode ser imposta como punição de um crime neste Estado", consideraram os juízes que a sociedade por ser protegida contra criminosos por expedientes menos pesados que a execução capital *("Society can be protected from convicted criminals by far less onerous means than execution")*. A morte, consigna a decisão, é literalmente uma pena incomum entre nações civilizadas *("literally an unusual punishment among civilized nations")*.

Pouco depois da decisão da Corte Suprema de Justiça do Estado da Califórnia — considerada uma das mais avançadas dos Estados Unidos, e que em várias ocasiões fixou, de forma pioneira, rumos jurisprudenciais — o Governador da Flórida — suspendeu, por 16 meses, todas as execuções da pena de morte em seu Estado.

A Corte Suprema dos Estados Unidos da América deverá examinar, durante este ano, o mesmo problema, posto todavia em nível de Constituição federal, pois que essa contém a mesma regra de proibição de punição "cruel e incomum". Uma decisão semelhante à da Corte Suprema do Estado da Califórnia significaria a abolição definitiva da pena de morte em todo o país. Há, nos E.U.A., presentemente, 579 pessoas condenadas à pena capital.

Na Califórnia — onde o debate sobre a pena de morte ganhou projeção com o caso Chesmann — 107 condenados foram beneficiados pela decisão, comutadas suas penas para prisão perpétua. Entre esses se encontram Shiran B. Shiran, condenado pelo homicídio do Senador Robert Kennedy, e Charles Mason e os quatro partícipes dos homicídios da atriz Sharon Tate e seus amigos.

O Governador da Califórnia, ex-ator Ronald Reagan, fervoroso adepto da pena de morte, anunciou imediatamente seu intento de buscar a reabertura da questão, assinalando que a decisão constituía "mais um passo para o desarmamento total da sociedade em sua luta contra o crime e a violência", *"an almost lethal blow to society's right to protect law — abiding citizens"*. Afirmou-se "profundamente chocado e desapontado" com ela, ressalvando que "admira e compreende os instintos humanitários" dos abolicionistas.

O Prof. ANTHONY AMSTERDAN (Universidade de Stanford), um dos responsáveis pela decisão da Corte Suprema de Justiça do Estado, afirmou que a decisão corresponde a "uma vitória dos padrões civilizados da decência".

ESQUEMAS DE DIREITO PENAL (*)

Caderno n.º 1

TEORIA DA LEI PENAL

ANÍBAL BRUNO

Sumário — Aplicação da lei penal. Questões relativas à aplicação da lei penal no tempo e no espaço e em relação às pessoas. Extraterritorialidade. Extradição. Tempo e lugar do delito.

LEI PENAL NO ESPAÇO

O Código Penal é o conjunto das normas em que se definem os fatos puníveis e se cominam as respectivas sanções. Nele se reunem também as regras que estabelecem os princípios gerais do sistema e dispõem sobre a sua aplicação e os seus limites.

(*) *Os presentes "Cadernos" foram elaborados pelo Prof.* ANÍBAL BRUNO, *por solicitação do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes, em 1971. Destinam-se a ser, essencialmente, material didático, para emprego no aprendizado da Parte Geral. Em nossas notas procuramos estritamente nos reportar à bibliografia brasileira ou traduzida, com vistas a permitir ao aluno, por meio de indicações acessíveis, o desenvolvimento de aspectos que interessem particularmente. Os casos e questões para debate, ao final de cada "Caderno", foram por nós, coligidos alguns e criados outros, organizados de sorte a permitir, pelo seu exame, uma aplicação o mais ampla possível dos princípios teóricos enunciados. Não foi outra nossa pretensão senão fornecer ao estudante referências para que ele trafegue, com o máximo rendimento, pelo maravilhoso roteiro de concreção e clareza que, no presente trabalho, lhe oferece o talento do Prof.* ANÍBAL BRUNO. *Para facilitar o estudo, nossas notas se intercalam no texto, em itálico.* (NILO BATISTA).

Ao "conjunto das normas em que se definem os fatos puníveis e se cominam as respectivas sanções" corresponde a Parte Especial do Código; às "regras que estabelecem os princípios gerais do sistema e dispõem sobre sua aplicação e seus limites" corresponde a Parte Geral. Segundo JOÃO MESTIERI, *encontramos na Parte Geral: "1. Normas referentes à lei penal. 2. Normas referentes ao delito. 3. Normas relacionadas com o delinqüente. 4. Normas relacionadas com a sanção penal." E encontramos na Parte Especial: "1. Tipos penais. 2. Penas. 3. Normas explicativas, figurando na Parte Especial por razões de técnica legislativa."* (Teoria Elementar do Direito Criminal, *Rio, 1971, p. 5). Historicamente, a Parte Especial, que, como se pode ver, consiste basicamente no elenco classificado das infrações penais, antecede a Parte Geral, na qual encontraremos as regras que devem disciplinar e reger todo o sistema, aplicadas especialmente sobre a norma penal, o delito, e a pena. Com efeito, se examinarmos uma legislação penal antiga (por exemplo, certas normas penais que se acham no Deuteronômio e no Levítico) haveremos de encontrar um mero catálogo de condutas que devem ser punidas, e as respectivas sanções, além de regras sobre procedimento; nada, contudo, que se assemelhe a uma disciplina geral comum a todas essas condutas. Examinem-se ainda as Ordenações Filipinas, que regeram no Brasil até o Código de 1830. A primeira obra em que surge uma Parte Geral é devida ao prático italiano* TIBERIUS DECIANUS: Tractatus Criminalis, *editada (postumamente) pela primeira vez em Veneza, em 1590, por seu filho Nicolaus. O primeiro Código a possuir uma reconhecível Parte Geral é o Código bávaro de 1751. Por aí se verifica a procedência da observação de* MAURACH, *que chama à Parte Geral "irmã mais nova" da Parte Especial.*

Como todo corpo de leis de um país, o nosso Código Penal faz valer as suas normas sobre os fatos que se destina a reger em todo o território por onde se estende a soberania nacional. Daí resulta que o princípio dominante no regime da validade da lei penal no espaço venha a ser o da *territorialidade.*

Mas, embora o campo natural de aplicação da lei penal de cada povo seja o território do próprio país, a universalidade do problema do crime e o interesse comum das nações em dar-lhe combate alargaram o terreno de aplicação das normas punitivas, fazendo com que a matéria viesse a ser governada por quatro princípios:

a) o da territorialidade;
b) o da nacionalidade;
c) o da defesa;
d) e o da Justiça penal universal.

"O princípio territorial, com caráter exclusivo (leges non obligant extra territorium) *é insuficiente para garantir a estabilidade e segurança das condições vitais de que depende a existência da comunhão social. Por isso, todos os Estados têm estendido a sua competência punitiva a fatos praticados fora dos limites de seu território"* (COSTA E SILVA, Comentários ao Código Penal Brasileiro, *S. Paulo, 1967, p. 34). É porque o Direito Penal transcende de mero instrumento de repressão do Estado, para a proteção de valores ético-sociais, podendo pois aspirar a um trânsito multinacional na comunhão de culturas, que um critério estritamente territorial é insuficiente. "Existisse um Estado único, e não haveria razões para a concepção do problema dos limites espaciais da lei penal. E realmente o direito romano não o conheceu".* (BATTAGLINI, Direito Penal, *São Paulo, 1964, p. 81). Costuma-se empregar a expressão Direito Penal Internacional para designar os preceitos que se referem aos problemas de validade da lei penal no espaço. Trata-se de "denominação muito discutida"* (BASILEU GARCIA, Instituições de Direito Penal, *São Paulo, 4.ª ed., v. I, t. I, p. 161), refutada por* MANZINI *e* WELZEL, *que a considera "equívoca". Como observa* MAGALHÃES NORONHA, *trata-se de "direito interno, embora relacionado com o direito alienígena"* (Direito Penal, *São Paulo, 1959, v. 1.º, p. 109).*

Segundo o primeiro dêsses critérios, o da *territorialidade,* o decisivo é o lugar em que se praticou o crime. A norma penal do país aplica-se a todo fato punível cometido no seu território, qualquer que seja a nacionalidade do agente ou da vítima. Mas a aplicação exclusiva dêsse princípio deixaria ao desamparo interesses a que a lei penal não pode deixar de atender.

Então, pelo princípio da *nacionalidade,* também chamado da *personalidade,* a norma penal acompanha o nacional do país, fazendo-o responder criminalmente pelos fatos puníveis que tenha praticado, mesmo em terra estrangeira. Corrige-se dêsse modo a regra geralmente adotada e que é dispositivo constitucional em nosso país, da não extradição do nacional, que tornaria impune o autor do crime praticado fora do território.

"Bastaria o delinqüente fugir de um território para outro para ficar livre de punição" (MESTIERI, *op. cit., p. 124)* HUNGRIA *também anota na "tendência para a não concessão da extradição de nacionais (a que logicamente obriga o princípio da territorialidade)" um dos fatores que contribuíram para disseminar a aplicação do princípio da nacionalidade ou da personalidade* (Comentários ao Código Penal, *Rio, 1968, v. I, t. I, p. 148). Costuma-se subdividir o princípio da nacionalidade em* ativo *e* passivo; *no primeiro caso, quando signifique a aplicação da lei penal ao nacional que cometa o crime no exterior, independentemente de qualquer condição; no segundo caso, "quando a invocação da lei pessoal do acusado depende de que o bem jurídico (ofendido) pertença a um co-nacional" (cf.* BASILEU GARCIA, Instituições de Direito Penal, *São Paulo, 4.ª ed., v. I, t. I, p. 163; cf.* HUNGRIA, *op. cit., p. 147). Costuma-se considerar a hipótese de aplicação extra-territorial da lei ao caso de ofensa do bem jurídico de nacional, independentemente da nacionalidade do agente, como coberta pelo princípio da personalidade passiva* (BRUNO, *op. cit., p. 230), aproximando-o do princípio de defesa.*

Dentro do terceiro princípio, o *real* ou da *defesa,* o que prevalece é a consideração da nacionalidade do titular do bem ofendido. O Direito desloca-se para estender a sua proteção aos bens do país ou dos seus nacionais.

Por fim, o critério da *Justiça penal universal,* ou extraterritorialidade absoluta, vai mais longe: alarga as possibilidades da luta contra o crime fazendo aplicar-se ao criminoso a lei penal do país onde venha a ser detido, sem ter em conta o lugar onde o fato se praticou nem a nacionalidade do agente ou do titular do bem ofendido. Êste princípio não é de fácil aplicação, sobretudo pelas diferenças que ainda separam, em diversos códigos, as soluções para a mesma matéria, apesar do movimento que se vem processando no sentido de aproximar

entre si as várias legislações penais tendo em vista o tipo comum de civilização que se desenvolve entre os povos modernos.

Desse movimento é um exemplo a Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina.

Hoje, o que se encontra a reger, nos diversos códigos, a matéria da validade da norma penal quanto ao espaço, é um sistema misto, predominando, porém entre os vários princípios o da territorialidade.

Com o novo Código Penal de 1969, temos a introdução de um quinto princípio, o da representação, *"no qual o Estado a que pertence a bandeira da aeronave ou navio se substitui àquele em cujo território ocorreu o crime, que não foi perseguido e punido por motivos irrelevantes" (cf. Exposição de Motivos, n.º 7). Tratava-se, como a Exposição afirma, de "suprir evidente lacuna", consistente na hipótese de "crimes praticados a bordo de aeronaves ou navios brasileiros, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não tenham sido julgados" (ibidem). Segundo o regime do atual Código, não é a lei brasileira aplicável, em tais casos, se nem agente nem vítima fôr brasileiro. O novo princípio se encontra na al.* c *do inc. II do art. 8.º do Código Penal de 1969. Segue o Código, nessa passagem, recomendação da reunião da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, de 4 a 14 de novembro de 1964, em Santiago do Chile, quando o prof.* SOLER *levantou essa questão.*

Princípio da territorialidade

Por força dêsse princípio a lei penal brasileira aplica-se a todo crime cometido no território nacional.

Entende-se por *território* a superfície terrestre, terra firme e águas, que se estende dentro dos limites político-geográficos do país, e enfim todo o espaço sobre o qual se faz valer a sua soberania. E não só na superfície, mas ainda penetrando no solo ou subindo na atmosfera, até onde se podem manifestar as atividades do homem.

Aí se inclui também a faixa marítima territorial, que, segundo decisão recente do Governo brasileiro, se estende ao longo da costa com uma largura de 200 milhas. Para além dêsse limite o mar é livre, e a lei que rege os navios é em princípio a do país a que pertencem.

Na atmosfera, o problema se complica. Domina o critério de que a jurisdição do Estado se estende a todo o espaço aéreo que cobre o seu território.

Poder-se-ia, dêsse modo, representar o território de um país por uma figura que se iria afunilando para o centro da terra e se alargaria para o alto da atmosfera (KELSEN).

Parece claro, pelo que se viu, que "o conceito jurídico de território é mais largo do que o conceito geográfico", não se limitando ao solo que se contém dentro das linhas de fronteira, estendendo-se "a todo o espaço onde domina a soberania e rege, assim, a vontade jurídica do Estado" (cf. ANÍBAL BRUNO, Direito Penal, *Rio, 1959, v. I, t. I, p. 221). Ordinariamente o território é definido como a "porção de superfície do globo terráqueo sobre a qual o Estado exerce habitualmente uma dominação exclusiva, isto é, os direitos da soberania", abrangendo "a superfície do solo (terras e águas), o subsolo e a coluna de ar sobre a dita superfície" (cf.* H. ACCIOLY, Manual de Direito Internacional Público, *São Paulo, 1961, p. 219). A essa conceituação, impregnada de um sentido geográfico, costuma-se emparelhar outra, num sentido jurídico; e sua forma superior, segundo uma teoria que se chamou* da competência, *define o território como a porção do globo terrestre na qual impere determinado ordenamento jurídico, com sua característica coatividade. "A identidade do território do Estado se confunde com a identidade da ordem jurídica; pouco importa que o território se constitua de terras contínuas ou descontínuas". (Para informação sobre essa e as outras teorias, cf.* G. BOSON, Curso de Direito Internacional Público, *Belo Horizonte, 1958, págs. 240 e segs.). Nem o Código de 1940, nem o de 1969 definem o que seja território; este último, todavia, "traz as regras jurídicas sobre território nacional por extensão" (cf.* MESTIERI, *op. cit., p. 122), nos §§ 1.º e 2.º do art. 7.º. Poderíamos afirmar ser este um conceito* instrumental *de território.*

O problema do mar territorial surge, historicamente, em bases bastante práticas, consoante o uso de que a soberania do Estado deveria ir até onde fosse o poder de suas armas, idéia endossada por GROTIUS, *em seu* Mare Liberum, *publicado em 1609.* ANÍBAL BRUNO *se refere a um alvará de 4 de maio de 1805 que adotava essa idéia, entre nós (op. cit., p. 221). Mais tarde, buscou-se estabelecer um limite determinado.*

No que se refere a espaço aéreo, pouca duração teve a idéia de concebê-lo fora do dominium *de qualquer Estado, por óbvias razões de segurança. Logo prevaleceu o entendimento de que todo o espaço aéreo pertence, por assim dizer, ao Estado que lhe subjaz. A respeito costuma-se mencionar sempre a concepção cônica de território formulada por* KELSEN *em sua Teoria Geral do Estado, citada no texto.*

Ou, especificando melhor, navios e aeronaves distinguem-se em públicos e privados. Os públicos pertencem ao Estado e se submetem à legislação penal do seu próprio país; os privados, de comércio, recreio, missões científicas, em alto mar viajam sob a bandeira da nação a que pertencem e estão sujeitos à sua própria legislação penal, enquanto que em águas territoriais estrangeiras ou em porto de outro país se regem pela lei penal do lugar onde se encontram.

A consideração de que os navios e aviões constituem território nacional deve ser lucidamente encarada como "uma ficção jurídica que o legislador criou para esta finalidade" (aplicação da lei). Cf. BETTIOL, Direito Penal, *São Paulo, 1966, v. I, p. 163. Aliás, esse caráter ressalta do próprio § 1.º do art. 7.º do Código de 1969. Afinal, o melhor conceito de território, para nossos fins, como vimos, é um conceito jurídico; e o que é jurídico, convém esclarecer desde logo, não é natural.*

Outros princípios

Apesar da preponderância que tem o princípio da teritorialidade na solução dos problemas que vimos estudando, há casos em que se faz valer a influência de tratados, convenções internacionais e de princípios em vigor no Direito das gentes.

Embora na determinação dos limites da vigência da lei penal no espaço domine o princípio da territorialidade, outros critérios se encontram adotados pela nossa legislação punitiva e entre eles o que se refere a crimes cometidos no estrangeiro. São fatos que ofendem interêsses jurídicos de vital importância para o Estado e aos quais se aplica o princípio chamado real ou da proteção.

Aí se contam os crimes que se dirigem contra a vida ou a liberdade do Presidente da República, contra o crédito, a fé pública ou o patrimônio da União, de Estado ou de Município, ou contra a administração pública, se o agente, nesta hipótese nacional ou estrangeiro, está a seu serviço. Em tais casos, o sujeito será punido segundo a lei brasileira, mesmo quando absolvido ou condenado no estrangeiro.

O art. 17 do Dec.-lei n.º 394, de 28 de abril de 1938 — que regulava a extradição — estipulava casos de extraterritorialidade segundo o princípio da defesa, quando, em território estrangeiro, o agente (brasileiro ou estrangeiro) perpetrasse crime "contra a existência, a segurança ou integridade do Estado e a estrutura das instituições, e contra a economia popular", ou ainda "de moeda falsa, contrabando, peculato e falsidade". O art. 18 continha uma cláusula (de inspiração híbidra no princípio de defesa e de personalidade passiva), segundo a qual seria julgado no Brasil crime cometido contra brasileiro, ao qual a lei brasileira cominasse no mínimo pena de 2 anos de prisão. O Dec.-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969, que regula a extradição atualmente, nada dispôs a respeito, devendo pois considerarem-se ab-rogadas tais disposições, que eram, aliás, em sua maior parte, absolutamente supérfluas, subsumindo-se as situações nelas contempladas na disciplina geral do Código, a respeito. Cf. art. 6.º, Dec.-lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969, onde há um caso de extraterritorialidade, este sim, em plena vigência.

O mesmo acontece com os crimes que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir, e aí temos delitos como o tráfico de mulheres e crianças, o comércio ilegítimo de entorpecentes ou de publicações obscenas, ou a danificação de cabos submarinos, ou certos casos de falsificação de moedas. São fatos em que, pelo interêsse comum entre os povos, se recorre ao princípio da Justiça penal universal. Da mesma forma, de acôrdo com o princípio da personalidade, o crime praticado por brasileiro, mesmo em terra estranha, está sujeito à lei nacional do Brasil.

Nestas últimas hipóteses, para que se aplique a lei brasileira, é necessário, porém, que o agente tenha entrado no território nacional; que o fato que cometeu seja também punível no país em que foi praticado; que êsse mesmo crime se conte entre aqueles pelos quais a lei brasileira autorize a extradição; que o agente não tenha sido absolvido no estrangeiro ou não tenha ali cumprido a pena e finalmente que não tenha sido perdoado no estrangeiro, nem, por outro motivo, esteja extinta a punibilidade segundo a lei mais favorável.

Também se pune segundo a lei brasileira o fato delituoso cometido por estrangeiro contra brasileiro, fora do Brasil. Mas, para isso, além das condições acima mencionadas, é preciso ainda que não tenha

sido pedida ou tenha sido negada a extradição, ou tenha havido requisição do ministro da Justiça.

Podemos fazer o seguinte quadro, para identificar no texto do vigente Código a aplicação dos princípios enunciados:

Art. 4.º — Princípio da territorialidade;
Art. 5.º — Inc. I, al. a, b, c *e* d *— princípio da defesa;*
Art. 5.º — Inc. II, al. a *— princípio da justiça penal universal;*
Art. 5.º — Inc. II, al. b *— princípio da personalidade ativa;*
Art. 5.º, § 3.º — Princípio da personalidade passiva (segundo alguns, há aqui aplicação do princípio da defesa).

Privilégios penais atribuídos a pessoas que exercem determinadas funções

O princípio da igualdade de todos perante a lei, vigente no Direito dos povos cultos modernos, impede a existência de regimes penais de exceção para determinadas pessoas. Entretanto, há funções que asseguram a quem as exerce certas prerrogativas de natureza penal. Destas umas resultam do Direito Público Internacional, como as que se reconhecem aos membros do corpo diplomático; outras são do Direito Público interno, como as imunidades parlamentares.

Um agente diplomático pode cometer um fato punível no país onde foi acreditado. Por êsse fato, porém, responderá não perante a autoridade do país onde se encontra, mas perante aquela de que é representante.

Não há no caso isenção de pena, mas *exclusão de jurisdição*. O fato continua a ser delituoso e passível de punição, mas o representante diplomático deixa de responder à jurisdição criminal do Estado onde está acreditado, porque continua submetido à do seu próprio país, ao qual caberá julgá-lo e puni-lo.

Trata-se de velha prática de Direito das gentes, correspondente às regras de respeito e cortesia comuns entre os povos cultos.

Êsse gênero de inviolabilidade estende-se a todos os que fazem parte da missão diplomática, mas não aos de funcão puramente administrativa, e faz-se sentir ainda, como projeção da imunidade do diplomata, sôbre a sede da representação, seus arquivos e correspondência, sendo fácil perceber a razão de ser dessas garantias para a segurança e o bom desempenho das funções que lhe competem e ainda como expressão de respeito à soberania do Estado que ali se vê representado.

Muito se debateu sobre a natureza jurídica das assim chamadas imunidades diplomáticas (cf. a resenha que BETTIOL *faz das principais opiniões, op. cit., p. 186). Hoje em dia já não se afirma com seriedade que os diplomatas não estejam obrigados a observar a lei penal, tendo apenas um compromisso moral de respeitá-las. Como assinala* BETTIOL, *fosse isso verdadeiro, ou seja, estivessem*

as pessoas dos diplomatas fora dos "eixos jurídico-penais onde no Estado moderno se enquadram indistintamente todas as pessoas", não seria viável legítima defesa contra elas (sua agressão não seria injusta), nem seria possível punir aquele, que sem ditas imunidades, fosse cúmplice de crime por elas praticado (porquanto, rigorosamente, não teria sido cúmplice de "crime") — op. cit., p. 187. Subsiste para o diplomata a obrigação jurídica de observar a lei penal, o preceito; *o que ocorre é que ele escapa "à conseqüência jurídica, que é a punição"* (BRUNO, *op. cit., p. 233;* MESTIERI, *op. cit., p. 148). O fato será, todavia, levado ao conhecimento do país que o diplomata represente, para que seja ali julgado e punido (cf.* MAGALHÃES NORONHA, *op. cit., p. 117). O que se discute hoje, é apenas a natureza jurídica dessa impunidade, havendo duas opiniões preponderantes: tratar-se-ia de uma "causa pessoal de isenção de pena" (cf.* BETTIOL, *op. cit., p. 188) — ou de mera "isenção de jurisdição" (cf.* HUNGRIA, *op. cit., p. 176;* BRUNO, *op. cit., p. 233). Os dois pontos de vista nos parecem duas faces de uma idéia, e aprofundar este debate é reinventar a anedota do surgimento do ovo ou da galinha: há isenção da pena por exclusão da jurisdição ou exclusão da jurisdição por isenção da pena? Tanto quanto se pretenda que uma causa de isenção de pena tenha um certo caráter absoluto (isto é, tanto quanto é desejável que se a lei do país A contenha cláusula justificativa ou dirimente, ou causa de extinção de punibilidade, ignorada pela lei do país B, o fato naquele praticado consoante aquela cláusula não seja nesse punido — e um indício dessa tendência, reverso de uma internacionalização do princípio da reserva legal, temos na alínea* e do *§ 2.º do art. 5.º CP) deveremos optar pelo reconhecimento, no caso de uma isenção de jurisdição, já que afinal poderá o diplomata ser processado e* punido *em/por seu próprio país. Por isso afirma* MESTIERI: *"Não há isenção de pena mas a impossibilidade de imposição de pena em virtude de* ausência de jurisdição: os representantes diplomáticos continuam submetidos à jurisdição de seu país" *(op. cit., p. 148). Impõe-se descartar por completo a idéia de que a sede da embaixada é território do país ali representado. "Já não há necessidade de recorrer-se a essa detestável ficção jurídica, para se assegurarem aos representantes diplomáticos os privilégios relativos a isenção de jurisdição penal e civil"* (HUNGRIA, *op. cit., p. 176); "ao Direito moderno não favorecem essas ficções, aliás desnecessárias e insuficientes para justificar tais privilégios"* (BRUNO, *op. cit., p. 235).*

Como foi visto, das imunidadese não desfrutarão "os empregados particulares, secretários, datilógrafos, criados, etc., mesmo quando da nacionalidade do diplomata" (BRUNO, *op. cit., p. 235), estendendo-se contudo "à esposa do agente diplomático, às pessoas da família que habitam com ele e ao pessoal da legação, como os secretários, conselheiros, adidos, etc."* (FREDERICO MARQUES, Tratado de Direito Penal, *São Paulo, 1964, v. I, p. 268). Em suma, pode dizer-se que as imunidades não alcançam o "pessoal não oficial da missão diplomática"* (HUNGRIA, *op. cit., p. 175), aqueles que não detenham alguma parcela de representação do país estrangeiro. Precisamente porque exercem funções estritamente administrativas (e não representativas), os cônsules não gozam de tais imunidades, e* a fortiori *o pessoal dos consulados.*

Há ainda as criações do Direito Público interno, as chamadas *imunidades parlamentares*, por meio das quais se procura garantir a independência e segurança dos membros do Congresso Nacional no exercício do seu mandato. Em princípio, ficam êsses representantes do Poder Legislativo, isentos de pena pelo fato punível que venham a cometer através de opiniões, palavras e votos que manifestem no desempenho das suas funções. Além disso, não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença da Câmara a que pertencem.

Os membros do Congresso Nacional desfrutavam de duas prerrogativas: uma, com caráter de "causa pessoal (funcional) de isenção de pena" (BRUNO, *op. cit., p. 236) consagrada no art. 34 da Constituição de 1967. Ao contrário do que ocorre em relação às chamadas imunidades diplomáticas (nas quais há mera exclusão de jurisdição), nos delitos que cometessem "no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos" (art. 34) inexistiria pena: "é absoluta a irresponsabilidade"* (MAGALHÃES NORONHA, *op. cit., p. 118). Afirma* HUNGRIA *tratar-se de "causa de exclusão do crime" (op. cit., p. 236), mas a possibilidade de punição de co-partícipes patenteia que se trata em verdade de exculpação, subsistindo o caráter ilícito da ação. A segunda prerrogativa tinha caráter processual, valendo como uma espécie de causa temporária de exclusão à jurisdição, já que fazia depender de prévia licença da Câmara o processo criminal que, em relação aos fatos não compreendidos na imunidade do art. 34, devesse sofrer o membro do Congresso (§ 1.º do art. 34 da Constituição de 1967). A Emenda de 1969 foi de extrema infelicidade ao cuidar da matéria, reduzindo a pouco mais que nada as assim chamadas imunidades parlamentares. Segundo o art. 32, os deputados e senadores "são invioláveis, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo nos casos de injúria, difamação ou calúnia ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional". Verifica-se que não pode o deputado, por exemplo, no exercício do mandato, imputar a alguém fato ofensivo à sua reputação — mesmo que o fato seja verdadeiro, o que é irrelevante para a caracterização da difamação (ressalvada a hipótese de dirigir-se contra funcionário público, e referir-se a fato cometido* propter officium); *mesmo, v.g., que a divulgação do fato interesse ao poder público. Teria sido melhor se a Emenda excluisse da imunidade os crimes de incitação e apologia (arts. 286 e 287 CP), que subsistem abrangidos. A impropriedade é constante: não temos uma Lei de Segurança Nacional, temos é um Decreto-lei, n.º 898, de 29 de setembro de 1969. Também os crimes ali previstos escapam à isenção de pena. Examine-se os arts. 16, 21, 36, 39, 41 e 45 do citado dec.-lei, para verificar as extraordinárias limitações impostas aos membros do Congresso Nacional: qualquer "tumulto ou arruido", v.g., não raro ocorrentes em debates, poderá vir a constituir o crime do art. 41. Referindo-se ao art. 32 da Emenda,* MESTIERI *afirma que êle não possui, "como é notório, qualquer efeito garantidor"* (op. *cit., p. 147). Quanto à segunda garantia, de ordem processual, veja-se o § 1.º do art. 32. Este § cria para os membros do Congresso Nacional um caso de prisão extraordinário: perturbação da ordem pública. O cidadão só pode ser preso em duas situações: 1) em flagrante delito ou 2) por ordem escrita da autoridade competente (§ 12 do art. 153 da Emenda). Os deputados e senadores podem ser presos também por perturbação da ordem pública (§ 1.º do art. 32), o que sem dúvida representa violação do § 1.º do art. 153 (igualdade perante a lei). O fato de não haver sido regulada essa situação leva a crer que se trate apenas de outra impropriedade; seu exame serve, contudo, para demonstrar o conteúdo atual das imunidades parlamentares. O único benefício que ali se contém é a impossibilidade de cumprir-se a ordem judicial de prisão "durante as sessões, e quando para elas se dirigirem ou delas regressarem os deputados e senadores". Desapareceu a isenção temporário de jurisdição, com o desaparecimento da necessidade de prévia licença da Câmara. O foro dos membros do Congresso Nacional manteve-se privilegiado: Supremo Tribunal Federal (§ 2.º do art. 32).*

Lugar do crime

Determinado o que vem a ser território, resta fixar o que se tem de entender por lugar do crime, isto é, o ponto dêsse território em que realmente foi cometido o fato punível e daí o sistema penal que tem de regê-lo. Tarefa simples na maioria dos casos, mas que se complica

nos chamados crimes à distância, em que o processo de execução do comportamento do criminoso se desdobra através de lugares diferentes, sugerindo mais de um ponto que se pode tomar como lugar do crime. São as conhecidas hipóteses do indivíduo que dispara uma arma de fogo no território do país *B* e fere ou mata um homem que se encontra do outro lado da fronteira no país *C;* ou a da carta injuriosa remetida do país *A* ao seu destinatário, no país *B;* ou a do indivíduo que, dentro de um trem que corre de um para outro país, fere, ainda no território do país *A*, um homem, que vem a morrer quando o trem já penetrou no país *B*.

Para a solução dêsse problema três teorias foram sugeridas.

Há a *teoria da ação,* segundo a qual lugar do crime é aquêle onde o agente desenvolveu a sua atividade dirigida à realização do fato punível: deu o golpe no seu adversário ou disparou sobre ele a arma que trazia.

Outra é a *teoria do resultado,* que tem por lugar do crime aquele que o agente alcançou o fim por ele visado. Não importa que tenha disparado a arma e ferido o seu adversário no Estado *A;* se a vítima vem a morrer no Estado *B*, este é que será considerado lugar do crime e as normas que aí vigoram é que serão aplicáveis ao fato.

Mas para o nosso sistema penal a teoria válida é a mista, da unidade ou da *ubiqüidade.* Lugar do crime será, então, aquele onde ocorreu um dos momentos da atividade executiva do agente ou em que se manifesta um daqueles efeitos que se integram necessariamente no resultado final.

Essa teoria atende realmente aos intererres dos países que se viram atingidos pelo acontecer punível, porque aí se considera não uma fração do ato delituoso, o seu início ou o seu resultado, mas a unidade total do crime que se executou. Então ambos os países, o do começo e o do fim da execução, são competentes para julgar os fatos.

Na hipótese em que os diferentes locais por onde se desenvolveu a atividade criminosa se situarem dentro do mesmo Estado, e para determinar a jurisdição, estaremos diante de um problema de Direito interno (cf. MESTIERI, *op. cit., p. 127), cuja solução estará em regras processuais sobre competência. No Brasil, a solução está no art. 70 e segs. do Código de Processo Penal.*

Se o crime se suspendeu na fase da tentativa, lugar do crime será não só aquele onde o agente praticou a ação destinada a produzir o resultado, mas ainda o lugar em que o resultado teria ocorrido realmente se não fosse o impedimento que o fez fracassar.

Em situação de tentativa, lugar do crime não é apenas aquele no qual se desenvolveram atos de execução, mas também aquele no qual o crime "devia produzir seu resultado" (art. 4.º, in fine). *Essa cláusula se refere à tentativa, como explicitamente declara a Exposição de Motivos do Código (n.º 10). O que conta, portanto, não é a intenção do agente (o lugar onde, segundo o agente, devia produzir o resultado), e sim um critério objetivo: cogita-se daquele lugar*

onde objetivamente o resultado teria ocorrido (intervindo ou não a vontade do agente), não ocorrendo pela interferência de empecilhos alheios a sua vontade, característicos da tentativa. "Lugar do resultado não será aquele onde o agente pretendeu que ele ocorresse, mas aquele onde teria ocorrido realmente, se não fosse impedido (BRUNO, *op. cit., p. 227). Houve algumas dúvidas quanto a essa solução porquanto algumas legislações recorrem à intenção do agente para definir o lugar da tentativa, o que não é um critério correto.* HUNGRIA *é, a respeito, lapidar: "o lugar do crime é tudo quanto há de mais objetivo em direito penal" (op. cit., p. 156). Anote-se, tendo em vista a amplitude a que, em princípio, induz a teoria da ubiqüidade que "são excluídos os atos preparatórios e os resultados posteriores ao evento que caracteriza o crime"* (COSTA E SILVA, *op. cit., p. 30. No mesmo sentido,* FREDERICO MARQUES, *op. cit., p. 251).*

Ainda que julgado e punido no estrangeiro, o crime virá a ser julgado e punido também aqui se qualquer dos seus momentos se realizou em território nacional. Não haverá, porém, duplicidade de punição. O nosso código manda tomar em conta a pena cumprida no estrangeiro, atenuando a que seja imposta no Brasil, se for diferente, ou computando-a nesta se for idêntica (art. 6.º).

Extradição

Pela extradição, um Estado entrega um acusado ou condenado que se encontra em seu território a outro Estado, que o reclama para julgá-lo ou puni-lo segundo as suas leis. Pode ser praticada em regime de tratados bilaterais, que se pretende hoje substituir por um código ou um tratado universal de extradição, ou por meio de leis internas especiais, como acontece entre nós.

É um ato de soberania, ao mesmo tempo que um dever de assistência jurídica internacional na luta contra o crime.

O exercício da extradição depende de condições que se referem ao Estado que a requer, à pessoa que deve ser extraditada e à natureza do fato punível.

Assim, é preciso que o Estado que pede a sua concessão seja competente para julgar o criminoso, ou porque tenha sido no seu território que o crime se realizou ou porque as suas leis penais sejam aplicáveis ao fato.

Não se concede geralmente extradição de nacional do país requerida por Estado estrangeiro, nem se admite a aplicação da medida a crimes políticos ou a crimes militares próprios ou aos puramente religiosos ou de opinião.

Deve tratar-se de crime consumado ou tentado, passível de pena de prisão não inferior a um ano e que não tenha de ser submetido, no Estado requerente, a tribunal ou juízo de exceção.

A extradição está hoje regulada entre nós pelo Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969, conhecido por Estatuto dos Estrangeiros, art. 87 e seguintes. No art. 88 se relacionam as situações nas quais não se concederão

extradição. Nos §§ 1.º e 3.º deste artigo se encontra a assim chamada cláusula belga, que excluiu de âmbito do crime político (pelo qual, em princípio, não se admite a extradição) o atentado contra a pessoa do chefe de governo estrangeiro ou membros de sua família, que se originou do atentado de 1854 contra a pessoa de Napoleão III (lei belga de 22 de março de 1856). A velha cláusula belga — que se generalizou nas leis e tratados sobre extradição — possui em nossa lei maior amplitude, abrangendo fatos que, a despeito de intenções políticas, constituam principalmente infração da lei penal comum, ou situações nas quais o crime comum, conexo no delito político, constitua o fato principal, ou ainda "atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política e social". Há um antigo debate sobre a natureza do crime político, opondo aqueles que realçam os fins àqueles que realçam os meios: uma excelente resenha pode ser vista em BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, Os crimes políticos e a Pena de Morte, in Revista de Direito Penal *(RDP), n.º 1, p. 45, e segs. A extradição do antigo nazista Franz Paul Stangl pelo Supremo Tribunal Federal está comentada em RDP, n.º 1, p. 121 e segs. Têm considerável teor informativo, apesar de fundadas em legislação que já não prevalece, as observações de* BENTO DE FARIA, *sobre a extradição* (Código Penal Brasileiro Comentado, *Rio, 1961, p. 79 a 191); no mesmo volume se encontram alguns tratados que o Brasil celebrou com outros países (p. 275 a 336).*

LEI PENAL NO TEMPO

A norma penal aplica-se aos fatos que se destina a reger desde o momento em que ela entra a vigorar até aquele em que o seu poder se extingue pela revogação. Não se aplica ao acontecer que lhe seja anterior nem àquele que suceda à sua extinção. E assim se diz que não retroage nem tem ultra-atividade.

O princípio fundamental quanto à validade da lei penal no tempo é o da absoluta legalidade dos crimes e das penas, que o nosso Código exprimiu na fórmula: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

O princípio da reserva legal, de transcendental importância para o Direito Penal, teve a sua conhecida formulação latina feita pelo penalista alemão FEUERBACH, *no seu livro* Tratado de Direito Penal, *edição de 1801. Não é pois, um princípio jurídico romano; pelo contrário, o direito romano desconheceu a legalidade dos delitos (já que rigorosamente desconhecia a distinção entre preparação, tentativa e consumação). Também na idade média, com o relevo que teve o direito consuetudinário sobre o escrito, não encontramos vestígio da afirmação da lei como fonte única do direito penal. Na verdade, a despeito do duvidoso antecedente da Carta Magna e de certas posições que não mereceram, na ocasião, o devido eco (v.g.,* PUFFENDORF*), só com o Iluminismo o princípio ganhou vulto e curso, e só com as grandes conquistas políticas do séc. XVIII recebeu o proeminente e justo realce. Constitui matéria de estudo obrigatório, como introdução a todo o estudo de Direito Penal, o princípio da reserva legal, expresso no art. 1.º do Código, e as questões que coloca ligadas especialmente à interpretação da lei penal. Ver especialmente* FRAGOSO, Observações sobre o Princípio da Reserva Legal, in Revista de Direito Penal, *n.º 1, p. 78 e segs.;* HUNGRIA, *op. cit., p. 13 a 103;* BRUNO, *op. cit., p. 192 a 213;* COSTA E SILVA, *op. cit., p. 16 a 19;* FREDERICO MARQUES, *op. cit., p. 141 a 146;* BETTIOL, *op. cit., p. 103 a 146.*

Mas condições peculiares ao Direito Penal e sobretudo exigências da consciência jurídica e razões de oportunidade tornaram decisiva a consideração do princípio da não retroatividade da lei penal, princípio que para firmar melhor a garantia dos direitos humanos foi desdobrado em dois — o da irretroatividade da lei mais severa e o da retroatividade da lei mais benigna — podendo estes, por fim, vir a reduzir-se a um só, que seria o da aplicação da lei mais benigna, isto é, daquela que menos dano traria ao condenado. Para alcançar esse resultado, que se conforma com o espírito moderno do Direito Penal, pode a lei retroagir ou estender a sua eficácia para além do período de duração que lhe é próprio.

Problema importante é a determinação do que vem a ser o momento do crime, para concluir sobre qual a pena que lhe deve ser aplicada.

Hoje concordam em geral os penalistas em que momento do crime é aquele em que o agente pratica a ação em que ele se realiza; o momento em que a vontade de quem atua se faz manifesta no mundo exterior, executando o gesto que conduz ao resultado visado ou deixando de praticar aquilo que lhe cumpria fazer. Esse momento da ação é o que determina qual será a lei pela qual deverá ser julgada.

Veja-se o art. 5.º do Código Penal de 1969, consagrando o pensamento predominante na doutrina. Também para a determinação do tempo do crime formularam-se outras teorias (cf. BATAGLINI, *op. cit., p. 79), sendo aceitável, todavia, a da atividade, "que decorre como corolário mesmo do princípio da anterioridade da lei penal"* (HUNGRIA, *op. cit., p. 127).*

Na sucessão das leis penais que poderiam alcançar o mesmo fato e assim criar um aparente conflito de legislação, podemos distinguir:

a) A nova lei incrimina fatos dantes considerados lícitos. Não retroage. Continua a vigorar a lei antiga.

b) A nova lei torna lícitos fatos ditos anteriormente por criminosos. Vigora a nova lei, que beneficia o réu.

c) A nova lei modifica a situação penal favorecendo o réu. É ela que entra a vigorar, alcançando o fato anterior.

d) A nova lei, mais severa, agrava de qualquer modo a situação do réu. Não retroage. O crime anterior continua sob o regime da lei mais benigna.

Como se vê do parágrafo único do art. 2.º do Código Penal, há uma restrição à aplicação da lei posterior quando o favorecimento que traga ao agente não signifique a abolitio criminis *(art. 2.º) nem a cominação de pena menos rigorosa. Fora dessas hipóteses, só se aplicaria a nova lei ao fato definitivamente julgado. A norma da Consituição de 1946 (art. 141, § 2.º) que erigiu a irretroatividade da lei penal à categoria de garantia individual ("inovação, entre nós, do Estatuto Fundamental de 1934" — cf.* PAULINO JACQUES, Curso de Direito Constitucional, *Rio, 3.ª ed., Forense, p. 231) não continha qualquer restrição; daí* ANÍBAL BRUNO, *escrevendo sob o regime da Carta de 1946, afirmar*

que "o caso, aliás, está remediado pela Constituição em vigor, que, pondo a retroatividade da lei mais benigna entre as garantias individuais, sem nenhuma limitação, fez cessar a validade daquela restrição do Código" (op. cit., p. 255). No mesmo sentido BASILEU GARCIA, *op. cit., p. 147. Veja-se o § 16 do art. 153 da Emenda n.º 1, de 1969. Veja-se a nova disciplina da matéria — sem restrições — no § 1.º do art. 2.º CP 1969.*

Lei temporária é aquela que traz pré-fixado o termo de sua vigência; lei excepcional é aquela que se destina a atender a certas situações extraordinárias com as quais concretamente se defronte o Estado (epidemias, guerras, cataclismos, etc.). Essas leis possuem ultratividade, e serão aplicáveis sempre aos fatos cometidos sob sua vigência, a despeito do cumprimento do termo ou da revogação por cessada a emergência da qual se originara. "Decidir-se de outro modo seria colocar essas leis em contraste com a sua própria ratio, *além de que, praticamente na quase totalidade dos casos, resultariam irrisoriamente inócuas",* (HUNGRIA, *op. cit., p. 132*).

Questão interessante surge, nessa matéria, em relação às leis penais em branco, que são aquelas nas quais o tipo necessita de complementação (ex.: art. 269 do Código Penal). Quid juris, *se complemento posterior à conduta do agente vem beneficiá-lo? Trata-se de questão controversa, havendo os que afirmam a irrelevância* (HUNGRIA, MANZINI), *os que afirmam que deve operar-se, em qualquer caso, o benefício, e finalmente os que compõem as duas tendências, segundo haja ou não uma alteração de substância no tipo* (SOLER). *Para completa informação, cf.* AUGUSTO THOMPSON, Lei Penal em Branco e Retroatividade Benéfica, in Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara, *n.º 19. Cf. ainda* MESTIERI, *op. cit., p. 107;* HUNGRIA, *op. cit., p. 129.*

Tem-se discutido o que se deve entender por lei mais benigna na concorrência de várias leis penais. Indica-se tomar cada uma das leis concorrentes como um todo, considerando-as na sua aplicação em totalidade ao caso concreto.

Para a conclusão sobre qual seja a lei mais benigna, deve examinar-se: a pena, no duplo aspecto da natureza e intensidade; circunstâncias que influenciem em sua aplicação; benefícios instituídos (v.g., admissão do sursis*); causas de extinção da punibilidade; causas eventuais de exclusão da antijuridicidade ou culpabilidade; cumprimento de alguma condição objetiva de punibilidade; benefícios processuais, etc. Veja-se em* MAGALHÃES NORONHA *a enumeração de* MAGGIORE *(op. cit., p. 102). "O que é inadmissível, é a combinação de dois sistemas legislativos"* (BATTAGLINI, *op. cit., p. 77), ou seja, não se pode "misturar" as duas leis para extrair uma composição mais benigna, devendo cada qual ser examinada separadamente. Cf. art. 2.º, § 2.º, CP 1969.*

A hipótese de lei intermediária não oferece dificuldades, sendo ela aplicável, se for a mais benigna, "pois ab-roga a primeira e impõe-se por benignidade à terceira" (MAGALHÃES NORONHA, *op. cit., p. 103).*

Caderno n.º 1

I — *Textos legais para leitura:*

1. Constituição Federal (Emenda Constitucional n.º 1)
   arts. 32, §§ 1.º e 2.º; art. 153 e parágrafos
2. Código Penal de 1940
   arts. 1.º a 10

3. Código de Processo Penal
   arts. 70 e parágrafos
4. Código Penal de 1969
   arts. 1.º a 12
5. Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969
   arts. 87 a 103

II — *Temas para exposição e debate:*

1. Funções atuais do princípio da reserva legal.
2. Princípios que regem a aplicação da lei penal no espaço. Território. Lugar do crime.
3. Privilégios penais atribuídos aos representantes diplomáticos. Imunidades parlamentares. Natureza jurídica e conteúdo.
4. Extradição.
5. Princípios que regem a aplicação da lei penal no tempo. Lei mais benigna. Tempo do crime.
6. Leis temporárias e leis excepcionais. Retroatividade do complemento da lei penal em branco.

III — *Casos para sessões de Seminário:*

1. *A*, marinheiro de navio de guerra estrangeiro, atracado, vai à terra e ali comete um crime. Qual a lei aplicável: a do território ou a do navio de guerra? (cf. BASILEU GARCIA, op. cit., p. 167).
2. *A*, nacional do país em cujo porto o navio de guerra estrangeiro está atracado, comete um crime, em terra, e consegue ingressar no navio. Será necessária extradição? (cf. BASILEU GARCIA, op. cit., p. 167)
3. Uma *máquina infernal* é enviada, por via marítima, de Cuba para a Argentina, com destino a pessoa que neste último país o agente pretendia matar. Ocorre que o navio é retido além do tempo previsto, no cais do Rio de Janeiro. Aqui, antes da explosão, é descoberto e desativado o engenho mortífero. Aplica-se a lei brasileira? (cf. HUNGRIA, op. cit., p. 156).
4. De Buenos Aires, *A* despacha, por via postal, um pacote de confeitos envenenados para *B*, residente em Montevidéu, mas que casualmente está a passeio em Santos. Em Montevidéu, *C*, insciente do conteúdo, reenvia o pacote para Santos. *B*, intoxicado, é salvo por antídoto imediatamente ministrado. Aplica-se a lei brasileira? (cf. HUNGRIA, op. cit., p. 156)
5. *A*, de Buenos Aires, envia por via marítima uma *máquina infernal* endereçada a *B*, residente em São Paulo. Ocorre

que, em alto mar, o engenho é percebido e inutilizado. Aplica-se a lei brasileira? (cf. HUNGRIA, op. cit., p. 157)

6. *A* envia, a 1.º de agosto, do Rio de Janeiro, para *B*, em Nova Iorque, uma carta injuriosa, que é recebida pelo destinatário a 10 de agosto, e lida por ele a 12 de agosto. Quando e onde foi cometido o crime?

7. O argentino *A* mata o brasileiro *B* no Uruguai, e foge em seguida para o Brasil. É aplicável a lei brasileira?

8. *A* envia de Lisboa, a 1.º de março, para *B*, no Rio de Janeiro, um pacote de frutos secos envenenados, que foi por *B* recebido em 2 de abril. Em 10 de abril *B* ingeriu os frutos, e começou a passar mal, dirigindo-se para São Paulo, a fim de consultar um médico amigo, lá morrendo em 20 de abril. Quando e onde foi praticado o crime? É aplicável a lei brasileira?

9. Um oficial do Exército do país *X* tornou-se rebelde, e procurou refúgio no país *Y*, vizinho. O país *X* requer sua extradição.

10. *A* e *B* concertam, no Brasil, matar *C*, que se acha na Venezuela, e aqui adquirem as armas do crime, viajando para aquele país e lá executando-o. É aplicável a lei brasileira?

11. Uma junta militar toma o poder no país *X*, e dispõe-se a fazer processar algumas pessoas pelo crime de conspiração. Essas pessoas fogem para o país *Y*, e sua extradição é requerida.

12. *A* é acusado de vender carne de primeira ao preço de Cr$ 15,00 o quilo, transgredindo o tabelamento, que estabelecia o preço de Cr$ 12,00. Três dias após o fato, é publicada nova portaria, fixando o preço de Cr$ 16,00. Fica extinto o crime?

13. Um médico deixa de comunicar à autoridade sanitária a ocorrência de um caso de doença infecciosa grave, de que teve conhecimento (art. 269 CP). Antes do julgamento, é publicado novo regulamento sanitário, excluindo aquela doença das moléstias de comunicação compulsória. Fica extinto o seu crime?

14. *A* é condenado a 1 ano de reclusão por certo crime, por sentença definitiva. Em fase de cumprimento de pena, é promulgada nova lei: a) que deixa de considerar o fato como criminoso; b) que altera a pena, de reclusão para detenção; c) que diminui o prazo de prescrição da ação penal, de modo a tornar prescrita a ação contra *A*, se fosse aplicada. Em todos os casos, aplica-se a nova lei?

15. Em situação de guerra externa, é promulgada lei incriminando a violação do racionamento e a prática do mercado

negro dos gêneros de primeira necessidade. Finda a guerra, tal legislação é revogada. Esse fato influi sobre o cumprimento da pena dos que foram por ela condenados?

16. Da Venezuela, *A* envia a seu inimigo *B*, no Brasil, uma caixa de confeitos envenenados. Por equívoco, o portador de boa-fé entrega-a a *C*, no Uruguai, o qual, ingerindo os confeitos vem a falecer. É aplicável a lei brasileira?

17. A Embaixada do Brasil no Equador, que exibia uma exposição de valiosos quadros pertencentes ao acervo do Museu Nacional, é violada, à noite, e os quadros subtraídos. É aplicável a lei brasileira?

18. A polícia brasileira prende, na fronteira, indivíduos que faziam o tráfico de escravas brancas do Paraguai para a Argentina, sem contudo ingressar no território nacional. Aplica-se-lhes a lei brasileira?

19. *A*, uruguaio, fere *B*, uruguaio, no Uruguai. *B* atravessa a fronteira e vem a morrer no Brasil. É aplicável a lei brasileira?

20. Em avião que partiu de Lima e se destina a Montevidéu, sem escalas, é praticado um crime de homicídio, por um peruano contra um uruguaio, quando a aeronave sobrevoa o território brasileiro. É aplicável a lei brasileira?

21. Um estelionato é praticado por secretário de embaixada de país estrangeiro, em detrimento de brasileiro, no Rio de Janeiro. É aplicável a lei brasileira? Figurar a mesma hipótese, substituindo o secretário: a) pelo filho do embaixador; b) por um cônsul; c) pelo motorista do embaixador.

22. *A*, francês, mata *B*, alemão, a bordo de navio mercante brasileiro, no momento em que este deixa o porto de Londres, com destino ao Rio de Janeiro, e escalas em Dacar e Recife. Em Dacar, o comandante procura entregar o criminoso às autoridades locais, que se recusam a recebê-lo, afirmando ausência de jurisdição. Pode *A* ser processado e julgado no Brasil? Figurar as seguintes hipóteses: a) *A* é brasileiro; b) *B* é brasileiro. Caso possa *A* ser processado no Brasil, qual o foro competente?

MENA BARRETO, *A Lei Antitóxicos Comentada*, ed. Renes, Rio, 1972, 116 págs.

O Autor, que vinha de um trabalho acerca do problema dos tóxicos e suas soluções jurídicas (*O Desafio das Drogas e o Direito*, Rio, 1971) (1), numa ampla perspectiva crímino-sociológica, apresenta-nos desta feita comentários à Lei n.º 5.726, de 29 de outubro de 1971, já agora num plano técnico, que não se furta, ainda assim, a considerações de diversa índole, especialmente de política criminal.

Submetida ao severo exame que lhe faz o A., a assim chamada lei antitóxicos vê desnudadas as inúmeras falhas que parificam as indubitáveis melhorias que introduziu. A falha essencial — uma aceleração paroxística do processo, como se a presteza influenciasse na justiça das decisões (ressalvadas as situações danosas de injustificáveis retardamentos) — é revelada pelo A. quer ao nível de exigências históricas e filosóficas ligadas ao processo penal, quer ao nível da prática judiciária (págs. 63 e segs.).

O contrassenso de considerar "serviço desinteressado" no art. 3.º e "serviço relevante" no art. 24 aquilo que considerara "dever" no art. 1.º (em "prescrição cogente que poderia ser dispensada", p. 12) é agudamente percebido pelo A.

No que se refere ao esclarecimento de colegiais, por meio de conferências, sobre os perigos dos tóxicos, alerta para os perigos das conferências sobre tóxicos, no duplo aspecto de despertar curiosidade e ativar interesses, e da "diluição de sua real importância pela excessiva repetição que à juventude costuma enfarar" (p. 25). A seleção dos representantes de estabelecimentos de ensino que participarão de cursos, visando o implemento do combate aos tóxicos nos meios escolares, bem como a escolha dos conferencistas, deve ser objeto de acurada consideração, como prescreve o A. (págs. 23 e 24). Realmente, não é com argumentos à base de repressão e obscurantista invocação de duvidosos valores que se explicarão a um jovem as experiências, p. ex., de HUXLEY. Merece transcrição a passagem em que o A. analisa os deveres impostos aos diretores de estabelecimentos de ensino (art. 7.º): "Não se deve exigir dos diretores pessoal e rígida atuação policial que os possa transmudar, à vista dos jovens estudantes, em espécie de beleguins malqueridos, subvertendo a sua tradicional figura de depositário da confiança juvenil e seu melhor orientador nos protestos e reivindicações" (p. 28).

O art. 8.º — eco do desprestigiado pensamento que gerou o tristemente famoso Decreto n.º 474 — é objeto de preciso comentário, que somos igualmente tentados a transcrever (p. 29): "É drástica a punição, e mais se delineia o impacto negativo da prescrição legal, diante da ressalva que a encabeça. De fato, se a matrícula será trancada sem prejuízo das demais cominações da lei, a conclusão é a de que ficará sujeito a processo criminal e, mesmo em sendo primário e menor de 21 anos, como na maioria dos casos naturalmente ocorrerá, a prestação de fiança e a concessão do sursis, que, *ex vi legis*, permitem responda o réu ao processo em liberdade, perderão a sua finalidade precípua. Se é justamente com esses benefícios que se procura dar ao criminoso primário a oportunidade de se recuperar, educando-se e instruindo-se a fim de lograr a ressocialização, por que impedir essa possibilidade efetiva vedando-lhe o prosseguimento nos estudos? Quando exatamente os mestres melhor teriam oportunidade de assisti-lo e orientá-lo, após o deslize que a imaturidade tenha provocado, zelando até mesmo pelo seu comportamento, fecham-se-lhe as portas dos educandários, atirando-o às esquinas do mundo e coarctando, assim, a única via de acesso à sua readaptação social. Punido pela Justiça e desamparado pelos educadores, dificilmente chegará ao limiar do ano letivo seguinte sem sucumbir de maneira total. A reformulação da lei, nesse ponto, é medida que se impõe como ato restaurador da própria filosofia que preside a moderna doutrina da aplicação da pena."

Os problemas colocados pelas "medidas de recuperação" aplicáveis aos viciados, segundo disciplina equivocamente análoga à da inimputabilidade são versados pelo Autor (p. 33 a 39). Novamente aqui a magnífica intenção do legislador, enraizada na premissa generosa de que o toxicômano não deve ser apenado, e sim tratado, não teve a servi-la técnica à altura de seus fins. Há grande impropriedade nas soluções (e mesmo nas expressões) da lei, que ignorou a razoável contribuição científica de que poderia, mesmo no Brasil, dispor (para ficar num exemplo, menciono o trabalho de RENÉ DOTTI, *Medidas não punitivas para os toxicômanos*, ed. Lit-Técnica, Paraná, 1969). O A. atravessa como pode o agitado mar dessas disposições legais, literalmente irredutíveis a um sistema, multidirecionadas, incontroláveis; mesmo as boas intenções clamam pelo repouso da forma. Os escolhos essenciais da travessia são anotados com perspicácia.

Também as normas processuais são objeto de sua análise, e neste particular devemos manifestar nossa discordância de sua interpretação do art. 16 (p. 73 e segs.), quando afirma que "durante a audiência de apresentação, somente ao juiz competirá indagar àquelas sobre o fato". Fundado numa passagem de FREDERICO MARQUES, sustenta que "às partes, a lei não autorizou a reinquirição" (p. 76). A passagem em que se fundamenta contém uma delimitação da instrução criminal *somente aplicável ao processo comum* (ordinário), ao qual se referem os arts. 395 a 399; visa com ela demonstrar que, na audiência de que cogita a lei, ainda não há "instrução". Ora, é o próprio FREDERICO MARQUES, na mesma obra citada (*Elementos de Direito Processual Penal*, v. 2, p. 269, n.º 437), uma página adiante, que define, socorrendo-se de ZANZUCCHI e JAEGER, a instrução criminal como o "conjunto de atos processuais que têm por objeto recolher as provas com que deve ser decidido o litígio" (conceito estrito de instrução probatória; op. cit., p. 268, n.º 435). Sem dúvida, a instrução criminal

(1) — Cf. R D P, 3/68

não tem limites rígidos: convertido o julgamento em diligência, esta será "instrução", submetida ao crivo do contraditório; aceita alguma diligência proposta pela parte, esta será "instrução complementar", na expressão do próprio FREDERICO MARQUES (loc. cit.); nos processos das contravenções, há "instrução" muito antes do interrogatório, na polícia; enfim, a instrução criminal é essencialmente, como assinala o mestre tão citado, "descontínua e fragmentária" (loc. cit.). Aliás, não fosse às partes conferida a regular faculdade de reinquirir as testemunhas, o defensor — cuja presença a lei exige — seria, nesta audiência, conviva de pedra. Há, nesta inquirição das testemunhas, formal e substancialmente instrução; se a palavra não for deferida ao acusado para reinquiri-las, essa prova não poderá fundamentar condenação, porque será inquisitória e não contraditória. Haverá cerceamento de defesa e ofensa ao princípio constitucional, sanáveis ambos por via de *habeas-corpus*. A invocada passagem de FREDERICO MARQUES não aproveita, porquanto se refere, como vimos, ao processo ordinário — no qual, efetivamente, a instrução "só tem início com o ato de apresentação de provas por parte do réu", etc. (por ocasião da chamada defesa prévia). Visto esse aspecto, está solucionada a indagação exegética em torno do inc. I, art. 17, pois o M.P. não arrolará testemunhas já ouvidas, equiparado em 5 o número das que poderão ser arroladas para a audiência de julgamento, quer pela acusação, quer pela defesa (p. 80).

Também as várias figuras delituosas que passaram a compor o art. 281 e seus §§ do CP são objeto de exame sempre arguto e estimulante (págs. 95 e segs.). A gravidade das penas para certos casos são objeto de oportunas ponderações (p. 106).

Em suma, este livro merece ser lido por todos aqueles que tenham de aplicar a lei, e por aqueles que tenham de refazê-la. Excelente exame do texto e da filosofia do texto, lúcida contribuição que ficamos a dever ao A.

Nilo Batista

HÉLIO SODRÉ, *Tóxicos — A Nova Lei*, Ed. Rio, Rio de Janeiro, 1972, 93 fls.

Ao observador atento, a seguinte passagem tem significação que transcende a mera exposição de um ponto de vista acerca da validade genérica da prova testemunhal: "(...) como princípio geral da validade do testemunho, tanto tem valia o depoimento de um policial que tomou parte na diligência, como o de qualquer cidadão" (cf. DALMO SILVA, *O Problema dos Tóxicos*, *in* Revista de Direito, P.G.J. GB, n.º 14, p. 48). O observador atento percebe, nessa passagem, a influência — posta, no caso, em termos de radical oposição — ao pensamento de HÉLIO SODRÉ, que a respeito da matéria, indiscutivelmente, estimulou posições e reabriu um generoso debate.

Como o A. adverte no Prefácio, o trabalho em epígrafe aprofunda e amplia seu anterior *"Prova Penal Referente à Posse de Entorpecentes"* (RDP, 2/91). Desta feita, não se detém apenas no exame das exigências que se possam fazer à prova. A partir de uma interpretação sistemática do art. 15 da nova lei, chega à conclusão de que é inadmissível o recebimento da denúncia oral

sem a prova técnica (laudo pericial) acerca da natureza e efeitos da substância apreendida, dado que esta natureza e esses efeitos constituem elemento material do crime. Funda-se, neste particular, não só nos critérios básicos de interpretação, como em algumas decisões do STF. "O legislador — argumenta — não pode ter querido assegurar a admissibilidade de uma acusação *vasia*, antes da plena e necessária comprovação de existência do crime" (p. 22).

Quando se trata de analisar a prova, inicia seu trabalho pelo exame do art. 6.º, inc. III CPP, que estipula o dever da autoridade policial de *colher* todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias. Segundo o A., deflui do próprio texto legal que não é cabível *produza* a polícia a prova, senão que a *colha*. Desenvolve suas razões escudado não só em excerto de ESPÍNOLA FILHO, como em decisões do TFR e STF (p. 26). Nessa perspectiva, surgiriam objeções ao reconhecimento dos depoimentos de policiais como prova suficente, quando fossem igualmente prova única. Refuta que o art. 202 possa resolver em sentido contrário a questão, considerando que não se trata da capacidade de depor, e sim da apreciação do depoimento, matéria ligada ao livre convencimento e, evidentemente, não fixada em qualquer dispositivo legal (p. 43).

Labora vigoroso painel da brutalidade policial em todo o mundo, em páginas onde não se sabe o que mais admirar: se a paciente pesquisa e construção, se a coragem do magistrado, que o é o A., a serviço da causa da justiça, revolvendo os subterrâneos do aparelho repressivo, que deviam servir à mesma justiça que não raro traem (p. 50 e segs.).

Segue-se minucioso exame dos clássicos da prova, carreando subsídios para sua idéia fundamental, de insuficiência da prova testemunhal exclusivamente composta por policiais, no crime de posse de entorpecentes. Em nossa opinião, o momento mais feliz das considerações se prende a duas colocações básicas. Em primeiro lugar, à natureza processual da intervenção policial no processo. Atua a polícia *inter partes* ou como parte, segundo afirma FREDERICO MARQUES (p. 42)? A segunda colocação se liga às restrições que tradicionalmente se fazem à testemunha *denunciante*, em boa hora recolhidas pelo A. (p. 58, MITTERMAIER, p. 65; FLORIAN). Se a polícia atua como parte, seguramente a palavra de seus agentes não é a palavra daqueles "terceiros estranhos ao processo, que constitui a prova testemunhal propriamente dita", na expressão de BONNIER (p. 64), nem a palavra da "boa testemunha" de GORPHE, aquela que "não esteja interessada, material ou moralmente, no processo" (p. 67). Mas ainda não fosse a polícia parte, outros problemas surgiriam. Grave objeção podia ser desde logo levantada: à *polícia* não se podem aplicar as restrições ordinariamente feitas as testemunhas *denunciantes*, porque os agentes policiais têm o *dever legal* de denunciar. Tem procedência a objurgatória, mas não de forma absoluta. Parece-nos, e cremos não divergir do A., que se pode validar o depoimento de agentes da polícia, e atender à sua força probante, de modo geral. Em certos casos, todavia, quando o depoimento dos agentes da polícia seja a *única* prova, e razoavelmente se verifique que era possível, pelas circunstâncias, a colheita de outros depoimentos, a produção de outras provas — nesses casos, parece-nos, todas as restrições que pesam sobre as testemunhas *denunciantes*

devem ser consideradas. Os policiais podem ser sujeito ativo do crime de denunciação caluniosa; a partir do momento em que de sua palavra dependa, exclusivamente, o reconhecimento judicial do fato que imputaram ao cidadão, é de diagnosticar-se o interesse na decisão a que aludimos. E, vencido este argumento, restaria um, de ordem lógica, verdadeiramente intransponível, que é a petição de princípio sobre a qual se armaria o esquema probatório: a prova da denunciação seria a própria denunciação...

O livro de HÉLIO SODRÉ reafirma o que dele já conhecíamos. É um livro que, mergulhando nos sombrios problemas dos tóxicos, mantém a vocação da liberdade, e descarta a da repressão. Porque a própria pena — na imperecível expressão de CARNELUTTI — é para dar a liberdade, e não para tirá-la.

Nilo Batista

Revue de Sc. Criminelle et de Droit Pénal Comparé, Oct.-Dez. 1971 — n.º 4.

Neste número da excelente revista editada sob os auspícios do Centro Francês de Direito Comparado aparecem os relatórios nacionais, francês e italiano, apresentados às Sétimas Jornadas Jurídicas Franco-Italianas, que se realizaram em maio de 1971, em Paris. Tais jornadas são anualmente organizadas pela Sociedade de Legislação Comparada e o Centro Nacional de Prevenção e Defesa Social, de Milão. Desta feita o tema oficial foi *a responsabilidade médica.*

O relatório francês *(La responsabilité pénale du medecin)* é de autoria do Dr. PAUL MONZEIN, presidente de Câmara da Corte de Apelação de Paris, e nele se apresenta informação atual em matéria de responsabilidade penal do médico, particularmente nos casos de intervenções complexas, que são obra coletiva e de equipe, com divisão de tarefas. Examina-se também questões surgidas em face do crime de omissão de socorro (possibilidade de configuração do crime em caso de chamada telefônica); experimentação e transplantes, bem como outros casos que envolvem a responsabilidade penal do médico (aborto terapêutico, atestados e segredo profissional).

O relatório italiano é do prof. ALBERTO CRESPI, da Universidade Católica de Milão.

Do prof. T.C.N. GIBBENS, presidente da Sociedade Internacional de Criminologia está publicada conferência sobre *Alguns aspectos da prostituição,* examinando a situação em seu país (Inglaterra). O autor entende que há muito de verdadeiro na afirmação de LOMBROSO de que a prostituição constitui o equivalente funcional da delinqüência habitual no homem.

O nosso prof. PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR, escreve sobre *A aplicação da pena no novo Cód. Penal brasileiro.*

Nas usuais crônicas de jurisprudência encontramos informações interessantes sobre a difamação pela imprensa, afirmando-se a obrigação do jornalista em verificar as informações que publica (GEORGES LEVASSEUR) e algumas observações muito exatas do prof. PIERRE BOUZAT sobre o crime de emissão de cheque sem fundos, comentando orientação severa do tribunal de instância de Boulogne-Billancourt. Ao que parece, no entanto, as novas disposições legislativas sobre

a matéria, na França, serão no sentido de crescente descriminalização da matéria.

A crônica de criminologia é feita, como sempre, por JEAN PINATEL *(Pesquisa avaliadora e personalidade criminal)* e JACQUES VÉRIN *(Nossa Sociedade anômica).* JEAN SUSINI trata da *Redescoberta da função moral do policial,* e GILBERT MARC escreve sobre o novo poder reconhecido ao juiz de impor obrigações suplementares aos que estão no gozo de suspensão condicional da pena, em período de prova (novo art. 739 do *Code de Procédure Pénale*).

H.C.F.

JOÃO MESTIERI, *Teoria Elementar do Direito Criminal,* Rio, 1971, 260 págs.

"Teoria Elementar do Direito Criminal" é seguramente a melhor contribuição ao ensino do Direito Penal editada entre nós em 1971. A definida vocação didática da obra não lhe retira, todavia, o mérito de constituir lúcida apreciação dos problemas essenciais da teoria da norma e da teoria do delito.

Inicia-se o trabalho pelo estudo do conceito de Direito Criminal, das ciências que têm igualmente o crime por objeto e das chamadas ciências auxiliares. A isto se segue satisfatória exposição da evolução histórica do direito penal. Em seguida, temos os problemas da teoria da norma, e depois os da teoria do delito.

Em linguagem acessível e ainda assim técnica e precisa, o A. coloca as principais questões das matérias com as quais versa. A cada capítulo correspondem alguns textos selecionados e traduzidos para leitura, colocando o estudante em contacto direto com renomados mestres, além de alguma legislação comparada.

Trata-se de utilíssimo livro para todos aqueles — professores e alunos — ligados ao ensino do Direito Penal. Os estudantes terão, nesta autêntica obra de divulgação, acesso a uma renovada visão da maioria dos problemas da Parte Geral.

Nilo Batista

CÓDIGO PENAL, organizado por MARCUS CLÁUDIO ACQUAVIVA e JUAREZ DE OLIVEIRA, ed. Sugestões Literárias, São Paulo, 1972, 521 págs.

Excelente a edição do Código Penal (de 1940) que a Sugestões Literárias nos apresenta, com índices e remissões de MARCUS CLÁUDIO ACQUAVIVA e JUAREZ DE OLIVEIRA.

Contém o volume também a íntegra de ampla legislação complementar. A novidade é que, nos casos de remissão, o texto legal (constitucional, processual penal, etc.) ao qual deva o leitor reportar-se é transcrito integralmente logo em seguida ao dispositivo que esclarece, ou ao qual se conjuga. Esse sistema é empregado não só em relação ao Código, como também em relação à legislação complementar.

Dotada de excelente índice, a obra é utilíssima para todos os profissionais do direito, permitindo que a consulta à lei se opere o mais rapidamente possível.

Nilo Batista

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, organizado por MARCUS CLÁUDIO ACQUAVIVA e JUAREZ DE OLIVEIRA, ed. Sugestões Literárias, São Paulo, 1972, 319 págs.

As mesmas qualidades que anotamos no Código Penal, ed. 1972 da Sugestões Literárias, se repetem neste Código de Processo Penal, organizado pelos mesmos responsáveis por aquela obra.

Aqui também as remissões prontamente atendidas pela transcrição dos textos legais que o leitor deveria procurar; aqui também legislação complementar; aqui índice bem elaborado e *súmula* do STF referente à matéria.

Extremamente útil a presente edição do CPP.

Nilo Batista

PAULO SÉRGIO LEITE FERNANDES e GERMINAL RAMOS JR., *Tóxicos*, ed. Sugestões Literárias, São Paulo, 1972, 85 pp.

Os problemas colocados pela nova legislação referente a entorpecentes continuam a merecer a contribuição de estudiosos de todo o país.

A obra em epígrafe possui duas partes que podem e devem ser distinguidas. Na primeira, alinhava-se uma série de considerações sobre o assunto, ora de natureza histórica, ora de índole sociológica, todas perfunctórias e algumas gratuitas ("A história da humanidade é a história do vício", p. 7). Há um capítulo bastante químico, intitulado "Conceituação de entorpecentes" (páginas 19-26).

Quando a obra se dedica ao exame da lei, temos então observações de certo relêvo. A questão da recuperação dos infratores viciados — o divórcio entre a lei e a realidade que deve cumprir a lei — é examinada com felicidade.

Sobre a questão da desnecessidade de laudo pericial para o oferecimento da denúncia, pronunciam-se os A.A.: "O dispositivo em exame é perigoso. O corpo de delito, final de contas, é a comprovação material do crime. Para efeitos processuais, só o laudo, materializado de acordo com as formalidades legais, comprova a existência de fato típico" (p. 42). O novo procedimento é espirituosamente cognominado de forma precisa: "Trata-se, verdadeiramente, de um rito *enlatado*" (p. 43).

Nilo Batista

JOSÉ RAFAEL MENDOZA TROCONIS, *Curso de Derecho Penal Venezolano*, ed. El Cojo, Caracas, 1971, tomo, X, 486 pp.

À obra do Prof. JOSÉ RAFAEL MENDOZA TROCONIS, riquíssima e extensa, se vem adicionar o tomo X do seu *Curso de Derecho Penal Venezolano*, cuja envergadura e vitalidade nos fazem lembrar o edifício dos Comentários de HUNGRIA, ou o *Tratatto* de MANZINI.

Neste tomo, ocupa-se o A. dos crimes contra a administração da justiça. Inicia o volume brevíssima introdução (generalidades) sobre essa categoria de delitos, seguindo-se o exame em profundidade de cada figura, segundo o método de comentários. A evolução histórica das diversas figuras é também exposta.

São exames exaustivos, conduzindo-os o A. com permanente remissão à doutrina — especialmente italiana — e jurisprudência.

A despeito de inúmeras divergências entre a lei venezuelana e a lei brasileira (e. g., a disciplina da denunciação caluniosa), trata-se de obra valiosíssima, doravante de consulta obrigatória em tema de crimes contra a administração da justiça.

Nilo Batista

L'Indice Penale, ed. CEDAM, Pádua, maio-agôsto de 1971, ano V, n.º 2, p. 205 a 376.

A excelente publicação quadrimestral dirigida pelo Prof. PIETRO NUVOLONE contém, neste número, dois trabalhos de doutrina. *Criminalità e giustizia penale nelle zone metropolitane: futuribili*, do próprio NUVOLONE, marca sua intervenção no Simpósio realizado em Versailles, de 28 de abril a 1.º de maio, sobre o tema geral "A crise da administração da justiça nas zonas metropolitanas", promovido pelo Centro Internacional de Criminologia Comparada da Universidade de Montreal. A despeito da origem sempre individual do crime, os participantes do Simpósio foram unânimes em reconhecer a relação entre o aumento da criminalidade e aquilo que se chamou "urbanização selvagem", admitindo-se indubitável favorecimento da criminalidade pelas imposições irracionais que aos indivíduos e aos grupos sociais são feitas pelas megalópolis; à dissolução da família, e conseqüentemente a uma certa desorientação de jovens, sucedem-se novas formas de solidariedade que não raro lindam situações criminógenas; os fluxos migratórios criados pelas exigências do desenvolvimento industrial determinam antagonismos de grupos de culturas e subculturas (e contraculturas?), potencializando cargas de agressividade, germinando contestações pela violência; o crime organizado encontra na grande cidade as melhores condições para desenvolvimento; isso, sem mencionar as formas neuróticas com as quais a individualidade se defende e se mantém na selva trituradora e anônima das megalópolis. O trabalho do Prof. NUVOLONE é lúcida síntese dos principais problemas colocados por essa angustiante experiência contemporânea.

A RICCARDO BAJNO, professor assistente da Universidade de Pavia, deve-se "*La riforma dei delitti di massa nella Repubblica Federal Tedesca*" (p. 216-255). Tendo em vista os chamados movimentos de contestação, de ordem predominantemente estudantil, que eclodiram em 1968, cuidou-se, na Alemanha, de revitalizar os §§ 115, 116 e 125 do Código Penal, que continham as figuras do *Aufruhr* (espécie de motim sem caráter militar, ligado à resistência e violência pública dos anteriores §§ 113 e 114) do *Auflauf* (ajuntamento ilícito: cf. art. 285 do nosso Código de 1830) e do *Landfriedensbruch* (espécie de perturbação da paz pública com violência a pessoas ou coisas). O autor decompõe com segurança os delitos em exame, e faz meticulosa análise das várias propostas legislativas.

Na seção de bibliografia, destaca-se o comentário do Prof. MARIO PISANI à obra de CAETANO FOSCHINI *Tornare alla Giurisdizione*, ed. Giuffrè, Milão, 1971. Trata-se de obra póstuma — o estudo data de 1965 —, na qual, segundo

o ilustre comentador, se encontra "a quintessência de seu credo científico, e mais precisamente a concepção jurisdicional do processo, ou seja, a concepção do processo como fenômeno originário de vida da realidade jurídica" (p. 262).

A par de leis e projetos de leis, de informações sobre publicações periódicas técnicas, sobre encontros e congressos, encontraremos na seção *Studi e documenti* interessantíssima resenha sobre o direito e o processo penal na China, do Prof. GABRIELE RECHIZZI (Universidade de Pavia) (p. 341-356).

A derradeira seção da revista, *"Echi e Testimonianze"* é uma bem montada coletânea de *faits-divers*, pequenos trechos, recortes, correspondência, um caleidoscópio de *insights*, direta ou indiretamente (mas sempre de forma inteligente e aguda) ligado às matérias com que versamos. Na pág. 359, encontramos a transcrição de uma notícia das agências ANSA e UPI, segundo a qual, em 1968, "uma mulher foi presa sob a acusação de bruxaria" pelos habitantes de Aloapam de Ixtlan, pequeno povoado a 170 km ao norte de Oaxaca, México. Os habitantes "organizaram um processo no qual, depois de a julgarem culpada de haver provocado a morte de uma menina de três anos, através de práticas mágicas, condenaram-na à morte, como "única solução para evitar obras futuras". À meia-noite, consoante os hábitos da região, a mulher foi enforcada num galho de carvalho, na praça do povoado". Um morador de Oaxaca, diante da impossibilidade da polícia em coletar provas contra alguém, comentou que na região teme-se muito mais a bruxaria do que a polícia, e que esta nada conseguiria contra alguém que nos teria libertado das bruxarias. (p. 359)

Curiosamente, em 18 de março deste ano, a UPI noticiava que na aldeia de Santo Inácio, Filipinas, uma velha de 70 anos, depois de ser violentamente espancada e quase estrangulada, foi morta com um tiro na cabeça por populares, por suspeita de bruxaria. De suas mágicas teria advindo uma série de doenças que afetavam as famílias do local.

Ainda se caçam bruxas pelos métodos primitivos.

Nilo Batista

ABREVIATURAS

AC	— Apelação Criminal
AJ	— Arquivo Judiciário
Arquivos	— Arquivos do Tribunal de Alçada (GB)
C. Crim.	Câmara Criminal
CF	— Constituição Federal
CJ	— Conflito de Jurisdição
CP	— Código Penal
CPM	— Código Penal Militar
CPP	— Código de Processo Penal
CPPM	— Código de Processo Penal Militar
DL	— Decreto-lei
DO	— Diário Oficial, Parte III, Poder Judiciário, GB
DJ	— Diário de Justiça, Brasília
HC	— Habeas corpus
LCP	— Lei das Contravenções Penais
RC	— Recurso Criminal
RDP	— Revista de Direito Penal
RECr	— Recurso Extraordinário Criminal
RevC	— Revisão Criminal
RF	— Revista Forense
RHC	— Recurso de Habeas Corpus
RJ	— Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Guanabara
ROCr	— Recurso Ordinário Criminal
RT	— Revista dos Tribunais
RTJ	— Revista Trimestral de Jurisprudência
STF	— Supremo Tribunal Federal
STM	— Superior Tribunal Militar
TA	— Tribunal de Alçada
TFR	— Tribunal Federal de Recursos
TFR Jurispr.	— Revista do Tribunal Federal de Recursos
TJ	— Tribunal de Justiça

Cheque. Pagamento no curso da ação penal. Efeitos

A 3.ª C.Crim. do TJ Estado da Guanabara decidiu, no julgamento da AC n.º 53.852, que "o pagamento do valor do cheque sem fundos emitido pelo réu, embora no curso da ação penal, exclui o prejuízo e constitui elemento confirmador da alegação de ausência de má fé". Foi relator do eminente Des. ODUVALDO ABRITTA.

Trata-se de decisão que amplia ainda mais — no sentido em que o próprio STF começou a orientar-se, com relação a cheques de pequeno valor, voltando depois sobre seus passos — o especial tratamento que a matéria recebeu, tecnicamente inviável. Funda-se, todavia, em exigências de paridade na distribuição da justiça, tendo em vista a generalização da benévola concepção da Côrte Suprema. Vale transcrever um trecho da r. sentença confirmada: "Com ressalva de meu ponto de vista pessoal, tenho absolvido todos os acusados por este crime, que hajam pago o valor do cheque antes da denúncia, e como este marco foi estabelecido *data venia* arbitrariamente, parece-me de Justiça dar-se o elastério para beneficiar quem paga o valor do cheque mesmo depois de instaurada a ação penal". Cogitava-se, no caso, de um cheque de Cr$ 65,00.

Em nossa opinião, o efeito do pagamento do cheque durante a ação penal, segundo a concepção predominante de tratar-se de crime material e de exigir-se a ocorrência de fraude, por ser modalidade do estelionato e pelo que dispõe a rubrica (concepção da qual divergimos), será não apenas de elidir o prejuízo como também de revelar a boa fé que exclui a fraude, como assinala o acórdão. Essa idéia sempre esteve presente nos julgados que contribuiram para entronizar a concepção predominante. No julgamento do HC n.º 45.202, do qual foi relator o ilustre Min. AMARAL SANTOS, assim se expressou o eminete Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA: "Pelo pagamento (do cheque) antes da denúncia se evidencia que a intenção do acusado não era iludir a vítima" (cf. RTJ 47/96). Parece claro que a restrição da validade desse indício à circunstância de ocorrer o pagamento antes da denúncia é realmente, como disse o juiz da decisão apelada que comentamos, inteiramente arbitrária. O que indicia a boa fé e pode excluir a fraude, já que se afirmou a necessidade de fraude neste crime, é o pagamento em si, não o pagamento aqui ou lá, antes ou depois. (RJ, 23/531).

Citação por edital do falido. Inadmissível

No julgamento HC n.º 24.739, decidiu a 2.ª C. Crim. TJ da Guanabara, por maioria, ser "nula a citação por edital quando ciente o oficial de Justiça de que se trata de falido, que por lei não pode ausentar-se do lugar da falência, sem expressa autorização do juiz", devendo assim ser investigado "no processo falimentar o verdadeiro endereço do falido", concedendo a ordem impetrada para anular o processo, do qual resultara condenação, a partir da citação, por essa forma considerada inválida. Foi relator o ilustre Des. SAMPAIO LACERDA.

No caso, comprovou o paciente ter sido citado por edital, após dado como em lugar incerto e não sabido pelo oficial de Justiça, que o procurara em seu antigo endereço residencial e na sede da firma em falência; comprovou ainda constar dos autos do processo

ofício do juiz da falência comunicando sua decretação; e comprovou ainda que outro oficial de Justiça, a serviço de outro Juízo, o localizara e procedera a válida citação em outro processo.

Considerou o acórdão que, com a decretação da falência, "dá-se o desapossamento do falido, perdendo ele a administração de seus bens, que passam às mãos do síndico", de sorte que "o paciente não poderia, de fato, ser encontrado naquele endereço" (endereço da firma), "pois estava afastado do negócio". Assim sendo, e como o oficial de Justiça tivesse ciência — revelada na própria certidão — de ser o paciente falido, "teria forçosamente que investigar nos autos da falência o endereço". O falido não pode ausentar-se do lugar da falência sem expressa autorização do Juiz (art. 34, inc. III da lei de falência). Afirma o acórdão que "mesmo não fosse encontrado pelo oficial no lugar indicado no processo falimentar, ainda caberia investigar se estava ele ausente com consentimento do Juízo da falência. "Constitui verdadeiro contrassenso afirmar que um falido se encontra em lugar incerto e não sabido, por isso acarretaria sua prisão até mesmo de ofício, pelo Juízo (art. 35 da lei de falências)".

Concluiu a decisão — a nosso ver acertadíssima — que — "nula foi a citação por edital por incompletas as investigações do oficial de justiça". Com efeito, parece-nos que, em caso de tratar-se de falido, só se terá aquele "exaurimento de meios" a que se referia o Min. NELSON HUNGRIA com a verificação do endereço, no processo da falência.

Restou vencido o eminente Des. FAUSTINO NASCIMENTO, que amparava sua convicção na fé pública que merece o oficial de justiça, "até prova expressa em contrário", bem como na circunstância de caber ao oficial "verificar e pesquisar os elementos necessários, a fim de chegar à conclusão sobre se o réu se encontra ou não em lugar incerto e não sabido", circunstância que não deverá ser excluída por "mera situação de presunção" (RJ, 23/511).

Citação por edital. Réu preso em outra unidade da Federação. Validade

Fixando na *Súmula* 351 a nulidade da citação por edital de réu preso na mesma unidade da Federação em que o Juiz exerce a sua jurisdição, o STF vem igualmente decidindo que é válida tal citação se o réu estava preso em outro Estado. Assim pronunciou-se por unanimidade a 1.ª Turma, no RHC n.º 48.171, relator o eminente Ministro BARROS MONTEIRO (RTJ n.º 58/779).

As citações e intimações no processo penal devem ser, em regra, pessoais. A intimação da sentença condenatória deveria ser sempre e necessariamente pessoal. Em nosso direito é possível que alguém seja processado criminalmente e condenado por sentença irrecorrível, sem ter conhecimento de coisa alguma. O CPPM, no entanto, prescreve que a intimação da sentença condenatória não pode ser feita por edital.

A citação por edital constitui deplorável contingência da justiça penal e deve ser reservada exclusivamente para situações excepcionais de ausência. Se o réu está preso noutra unidade da Federação, sob a guarda do Estado, não se encontra em lugar incerto e não sabido, de modo a legitimar a citação por edital. Nesse sentido já decidiu, inclusive o STF (RTJ 44/83), e é deplorável que se tenha apartado dessa exatíssima orientação.

Não se percebe que diferença pode haver, para justificar a ausência, entre a prisão no mesmo Estado ou em Estado diverso.

Citação por edital sem expressa referência do dia e hora da apresentação. Nulidade

Contando com possíveis atrasos na publicação do edital, determinou o juiz que mandasse o réu se apresentar para o interrogatório "no primeiro dia útil que se seguir ao término do prazo legal, contado da publicação".

O TJ de Goiás julgou válida a citação, mas o STF, por sua 1.ª Turma, no RHC n.º 48.399 entendeu ser nula, pois a citação por edital só é válida quando contém explicitamente o dia em que o denunciado deverá comparecer. em seu voto exatíssimo afirmou o eminente relator que o edital há de ser explícito, fixando dia certo para o interrogatório: "A lei teve a preocupação de ser clara, deixando fora de dúvida a data em que deve se processar o interrogatório do citando. A adoção de outro critério como o do primeiro dia útil, acolhido no acórdão, poderá criar embaraços à instrução criminal, em face da nossa realidade social". (RTJ número 57/84).

Corrupção de menores. Conjunção carnal constitui ato libidinoso

A conjunção carnal (cópula carnal normal) constitui ato libidinoso e em face da nossa lei vigente não pode haver dúvida a respeito. Cf. HUNGRIA, *Comentários*, vol. VIII, n.º 59; MAGALHÃES NORONHA, *Dir. Penal*, vol. 3, n.º 824; FRAGOSO, *Lições*, vol. 2, n.º 61 e 568. O STF, por sua 2.ª Turma, no julgamento do RE n.º 71.377, relator o eminente Min. ANTONIO NEDER, por unanimidade reafirmou o entendimento doutrinário comum, desprezando as antigas discrepâncias.

Na hipótese tratava-se de menor já desvirginada que com o acusado mantivera reiteradamente relações sexuais normais. Absolvido em primeira instância, foi o réu condenado pelo tribunal (RGS) em grau de apelação por corrupção de menor. Recorreu extraordinariamente invocando decisões em que se exigia, para a configuração do delito, atos libidinosos diversos da conjunção carnal (RT 184/593 e RF 162/33), bem como acórdão do STF no sentido da irrelevância penal da *fornicatio simplex* (RTJ 34/119).

O STF conheceu do recurso mas negou-lhe provimento, afirmando que a conjunção carnal é ato libidinoso e que "a cópula carnal, ainda que concretizada normalmente por amor, não deixa de corromper a menor, que na sua imaturidade, não tem como resistir a depravação e a luxuria a que necessariamente conduz o ato sexual ainda que normal". (RTJ 58/755).

A questão fundamental que no recurso se agitava, a nosso ver, não era a de saber se a conjunção carnal é ou não ato libidinoso, mas sim a de saber se a simples conjunção carnal consitui corrupção de menor, quando é repetição de ato que o menor já praticara. A resposta é, a nosso juízo, negativa, conforme, aliás, com vários precedentes do STF (DJ 11-7-63, pág. 529; RTJ 33/119; RTJ 42/119). A corrupção, em termos jurídicos, concretiza-se na experiência da vida carnal (MANFREDINI, *Delitti contro il buon costume e la moralità pubblica*, Milão, 1934, pág. 213) e não pode haver corrupção de pessoa já corrompida. Pode o agente aumentar a corrupção do menor, induzindo-o à realização de atos que não está haibtuado a praticar (MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Turim, 1951, vol. VII, pág. 449), mas não comete o crime enquanto se limita a fazer o que o menor já fizera anteriormente (FRAGOSO, *Lições*, vol. 2, n.º 568).

Numa época de grande revolução de costumes como é a que vivemos, certamente não corresponde, *data venia*, ao conteúdo atual do ordenamento jurídico nessa matéria, uma orientação que conduz ao reconhecimento do crime de corrupção de menores em situações de *fornicatio simplex*.

Crime contra a honra. Pessoa jurídica como sujeito passivo

No julgamento do AC n.º 51.594, da qual foi relator o douto Des. HAMILTON DE MORAIS E BARROS, pôde a 1.ª Câmara Criminal do TJ da Guanabara examinar a discutida matéria da possibilidade de serem pessoas jurídicas sujeito passivo de crime contra a honra.

Anota a decisão que "modernamente, a doutrina se inclina para a proteção do bom nome, do crédito, da respeitabilidade e da confiança das pessoas jurídicas", constituindo um "patrimônio moral, o qual pereceria, levado à ruína, se ficasse a descoberto contra os ataques levianos de maldosos à sua reputação".

Todavia, a solução dada ao caso optou pela simples exclusão de dolo, acatando seja ele específico — opinião prevalente em nossa doutrina e jurisprudência — e acionando a indefectível teoria dos *anima*. Versava o caso sobre publicação, na qual o agente afirmava que determinados modelos da linha de produção da empresa estavam superados, e ainda que apresentavam defeitos; e finalmente que os métodos comerciais para sua aquisição não eram os melhores, pois exigia-se pagamento adiantado e as encomendas eram entregues com demora. Considerou a Câmara que em tais escritos se continham apenas "juízos críticos, análises técnicas, tudo com a moderação compatível com uma publicação especializada, e que foram elaborados com *animus narrandi* ou *informandi*, "e não com o intuito mau de ofender". E conclui: "Ver nisso o ilícito penal vislumbrado pelo apelante seria a morte das publicações técnicas ou científicas". Votou vencido o eminente Des. BASILEU RIBEIRO FILHO, que dava provimento ao recurso, e posto não esclareça explicitamente qual o crime que teria sido cometido, transparece ser o de difamação (RJ, 23/516).

Com efeito, é hoje tendência generalizada na doutrina o reconhecimento da possibilidade de vir a pessoa jurídica a ser sujeito passivo de crime contra a honra (cf. HELENO C. FRAGOSO, *Lições*, 2.ª ed., vol. 1, p. 144). A lei de imprensa (Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967) estipula causa especial de agravação da pena quando a ofensa se faça "contra *órgão* ou autoridade que exerça função de autoridade pública" (inc. III, art. 23). Todavia, a esse respeito, cremos poder reiterar a objeção de BINDING, lembrada por FRAGOSO (loc. cit.), no sentido de que não se trata aí de *honra*, e sim de *autoridade*.

Parece-nos impossível possa a pessoa jurídica ser sujeito passivo da calúnia, porque a pessoa jurídica não pode cometer ato definido como crime; parece-nos impossível possa a pessoa jurídica ser sujeito passivo de injúria, porque a pessoa jurídica não possui

dignidade ou *decoro*, ou o que se chama ordinariamente de *honra subjetiva*, sentimento de *honorabilidade pessoal* ou *respeitabilidade pessoal* que é o bem jurídico tutelado neste último caso. Uma possível *abertura* se cingiria à *difamação*, mas ainda assim há que considerar-se que a pessoa jurídica não pode cometer um ato ofensivo à própria reputação que lhe venha a ser atribuível. Isso, para não mencionarmos o argumento de serem os crimes contra a honra, na sistemática do Código, crimes contra a *pessoa* (cf. MANZINI, *Trattato*, vol. VIII, p. 358; STF, RECr n.º 34.705, rel. Min. LUIZ GALLOTTI).

A orientação do CP de 1969, construindo a figura autônoma do art. 148, "ofensa à pessoa jurídica", resolve tais problemas no seu aspecto prático, sem que se tenha de ampliar o conceito de honra ao ponto de dela dotar os balcões e as máquinas.

Crimes contra a propriedade industrial. Perícia. Peritos não oficiais

Os crimes contra a propriedade industrial têm, no exame de corpo de delito a que se alude o art. 525 CPP, condição indispensável da ação penal (art. 43 CPP), sem a qual a queixa ou a denúncia não podem ser recebidas.

No caso de busca e apreensão o exame pericial é feito em relação ao material apreendido na diligência de busca e apreensão, na qual devem funcionar os peritos nomeados pelo juiz (art. 527 CPP).

A 1.ª Câmara Criminal do TJ da Guanabara, na AC n.º 49.924, relator o ilustre Des. BASILEU RIBEIRO FILHO, por maioria, decidiu que é possível a realização da perícia a que se refere o art. 527 CPP por peritos não oficiais, "o que a lei autoriza dado o caráter urgente da diligência", e sem audiência da outra parte. Todavia, no curso da ação penal deve em tal caso ser realizada perícia, por peritos oficiais, obedecendo-se ao disposto no art. 159 CPP, sob pena de nulidade: "A perícia para os fins de busca e apreensão, prevista no art. 527 CPP, não dispensa a perícia oficial, nos termos do art. 159 do mesmo código, no curso da ação penal". A perícia feita com a diligência de busca e apreensão "não pode servir de base para a decisão da ação penal".

Ficou vencido o eminente Des. PEDRO BANDEIRA STEELE, que a nosso ver estava com a boa orientação. Julgando arbitrário o entendimento da maioria, no sentido de que podem funcionar peritos não oficiais, observava: "Não vejo como a respeito deixe de imperar a norma cogente do art. 159 do mesmo diploma, segundo a qual os exames de corpo de delito e outras perícias sejam, em regra, feitos por peritos oficiais, e, excepcionalmente, *não os havendo*, por duas pessoas idôneas, escolhidas de preferência as que tiverem habilitação técnica, hipótese em que tais peritos não oficiais prestarão compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

Entendia também o voto vencido que não era de declarar-se a nulidade, pois ela não foi argüida até o prazo das alegações finais (art. 500 CPP), estando sanada (art. 571, II e 572, I). Se a primeira perícia era válida, descabia a realização de outra, no curso da ação penal.

É irrecusável, *data venia*, a correção do excelente voto vencido. Em nosso processo penal toda perícia está sujeita à disciplina dos artigos 158 a 184 e 275 a 281 CPP (cf. ROBERTO LYRA, *Crime contra a propriedade imaterial. Prova. Perícia*, parecer publicado *in* RF 161/103).

Como ensina o nosso doutíssimo HÉLIO TORNAGHI (*Instituições de Processo Penal*, 1959, II, 161), "adotou o código o princípio da perícia oficial (art. 169). Somente quando não há perito do Estado será a perícia feita por outras pessoas idôneas que, conquanto não o diga o código, são designadas pela autoridade. Convém chamar a atenção para o fato de que a lei usa a expressão *peritos oficiais* em sentido diverso do empregado em doutrina quando se fala em *perícia oficial*. Para o código, perito oficial é o perito servidor público, o perito em relação de emprego com o Estado, o que exerce cargo de função de perito" (cf., igualmente, vol. IV, 285): "A perícia é confiada a técnicos do Estado, onde os houver, e a pessoas idôneas nos demais casos. Somente na hipótese de não haver peritos oficiais é que o Juiz deve encarregar do exame outras pessoas".

ESPÍNOLA FILHO (*Cód. Proc. Penal Anotado*, 5.ª edição, II, 501) é, por igual, categórico: "Quer se trate de exame de corpo de delito, quer de outra qualquer perícia, de interesse para o processo criminal, somente se incumbirá a peritos não oficiais de realizá-los, se no lugar não houver oficiais".

Conviria observar que são muitas as situações de urgência ao processo penal. A lei não autoriza a nomeação de peritos não oficiais sob pretexto de urgência. Tais peritos só podem ser nomeados quando não houver os oficiais. Imagine-se o absurdo que seria o Juiz nomear peritos não oficiais para o exame de entorpecentes apreendidos, alegando a urgência do laudo em face dos exíguos prazos estabelecidos pela lei atual.

No caso dos crimes contra a propriedade imaterial não só inexiste a alegada urgência como também é possível designar peritos oficiais com extrema rapidez. Basta um simples telefonema do Juiz ao diretor do instituto de polícia técnica, na Guanabara, Instituto de Criminalística.

Crime político. Prisão para averiguações imposto por autoridade policial civil

No HC n.º 30.700, impetrado ao STM e decidido por seu ilustre Presidente Ministro WALDEMAR FIGUEIREDO COSTA, que decide tais medidas urgentes durante o recesso, surgiu matéria de relevo excepcional que desde logo chama a atenção. Trata-se de prisão efetuada pelo DOPS da Guanabara, tendo sido o paciente libertado em seguida, ficando prejudicado o pedido. Todavia, informou a autoridade coatora (Diretor Geral do DOPS) que a prisão do paciente havia sido decretada pelo Delegado do DOPS, com fundamento no art. 59 do Dec.-lei n.º 898, que a comunicou ao Autor competente por distribuição (DO, 31-1-72, pág. 1.303).

A prisão que prevê o art. 59 do Dec.-lei n.º 898 não pode ser imposta pelo delegado de polícia, quando o inquérito por crime contra a segurança nacional se faz pela polícia civil. Tal dispositivo de lei estabelece que "durante as investigações policiais, o indiciado poderá ser preso *pelo Encarregado do Inquérito* até trinta dias, comunicando-se a prisão à autoridade judiciária competente. Este prazo poderá ser prorrogado uma vez, mediante solicitação fundamentada do Encarregado do Inquérito à autoridade que o nomeou".

O Encarregado do Inquérito é figura que só existe no inquérito policial mi-

litar, e a lei fixa diversas formalidades para sua nomeação. Em caso de crime contra a segurança nacional, deve ele ser oficial superior (art. 15 CPPM), precisametne tendo-se em vista a gravidade dos poderes de que pode dispor em relação a civis. O encarregado do inquérito será a autoridade sob cujas ordens serve o indiciado ou o oficial a quem o comandante da unidade delega competência para a feitura do inquérito. Deve ser sempre um oficial da ativa, de posto superior ao do indiciado ou, se isto não for possível, mais antigo que este (art. 7.º, § 2.º CPPM).

Encarregado de Inquérito é, pois, uma figura processual típica do processo penal militar, desconhecida do processo comum. Neste, o inquérito é feito pelo Delegado de polícia como um ato de seu ofício. Não é ele nomeado por autoridade alguma para tal fim.

A excepcionalidade das regras sobre a prisão para averiguações é manifesta. Em matéria em que os abusos são tantos e tão graves, o legislador restringiu a faculdade de impor tal prisão às autoridades militares, disciplinando o assunto de forma a excluir qualquer dúvida.

A prisão ilegal imposta pelo delegado do DOPS com base no art. 59 do Dec.-lei n.º 898 dificilmente poderia ser impugnada por via de *habeas corpus*, tendo-se em vista a suspensão desse remédio jurídico que hoje, desgraçadamente, vigora. Essa suspensão do direito ao *habeas corpus* (que se destina apenas a remover as prisões ilegais) constitui uma espécie de autorização genérica para a prisão imposta sem base na lei. Todavia, a autoridade judiciária a que for encaminhada a comunicação deve imediatamente relaxar a prisão, pois essa comunicação se faz para que se opere o contraste judicial da legalidade do constrangimento. Por isso mesmo, não basta apenas *comunicar* a prisão, devendo ser enviados ao juiz os elementos de prova que demonstrem a condição de *indiciado*, pois somente estes podem ser presos para averiguações.

Crimes contra a economia popular. Competência

A decisão proferida pelo STF, em sessão plenária, no RHC n.º 45.007, relator o eminente Min. THOMPSON FLORES, constitui *leading case* em matéria de crimes contra a economia popular, pois firmou orientação em torno a matéria que conduzia os tribunais à perplexidade.

As dificuldades surgiram com a promulgação do DL n.º 2, em 14-1-1966, editado com base no art. 30 do Ato Institucional n.º 2. Com a republicação feita em seguida, o citado artigo dispunha: "o não cumprimento das obrigações estabelecidas no art. 2.º e a oposição de quaisquer dificuldades e embaraços à consecução dos objetivos do presente decreto-lei com a infração dos dispositivos da lei delegada n.º 4, de 26-9-62, serão processados e julgados pela Justiça Militar, na forma da legislação processual vigente, sujeitando os infratores ou os responsáveis às sanções previstas no art. 13 da Lei n.º 1.802, de 5-5-1953".

Inconstitucional, a nosso ver, era, desde logo, a incriminação que se definia vagamente como "oposição de quaisquer dificuldades ou embaraços à consecução dos objetivos do presente decreto-lei". Como se sabe viola o princípio da reserva legal a indeterminação completa quanto ao conteúdo da conduta delituosa. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Notas sobre o princípio da reserva legal*, RDP 1/86.

Os dispositivos da lei delegada n.º 4, de 26-9-62 (que dispõe sobre a intervenção no domínio econômico), que passaram a ser punidos com as severas penas do art. 13 da Lei n.º 1.802 eram os artigos 5.º, 7.º e 11. Este último estabelecia diversas infrações de natureza administrativa, que passaram a consituir ilícitos penais. Eles correspondiam a diversos crimes contra a economia popular, previstos nos artigos 2.º, I (em parte), II, III, IV, VI e VII da Lei n.º 1.521, que ficavam revogados. Em vigor continuariam os dispositivos do art. 2.º, V, VIII, IX, X e XI da Lei n.º 1.521. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *O novo direito penal econômico e tributário, Rev. Bras. Crim. Dir. Penal*, n.º 12, Mar. 1966, p. 83.

Estabeleceu-se confusão geral, não só porque fatos como transgredir tabela de preços, deixar de fornecer nota de venda, deixar de manter afixado tabelamento de preços, entre outros, passaram a ser crimes inafiançáveis, punidos mais severamente do que a maioria dos crimes previstos no CP, como também porque a competência para o processo e julgamento de tais crimes passou à Justiça Militar.

O STF firmou jurisprudência no sentido de que os fatos ocorridos anteriormente à data da publicação do DL n.º 2 continuariam da competência da Justiça comum. Todavia, com a promulgação do DL n.º 314 foi revogada a Lei n.º 1.802, desaparecendo, em conseqüência, o art. 13 cujas penas eram as cominadas pelo DL n.º 2 aos ilícitos penais que instituira.

A Justiça Militar, a que repugnava sempre o julgamento dos crimes contra a economia popular, declarou imediatamente que cessara a sua competência com o advento da nova lei de segurança nacional.

Afirmando que com a revogação do art. 13 da Lei n.º 1.802 os crimes contra a segurança nacional previstos no DL n.º 2 haviam desaparecido, foi impetrado HC ao STF sendo precisamente o RHC n.º 45.007.

O julgamento foi tortuoso, prolongando-se por vários meses, em conseqüência de sucessivos pedidos de vista.

O eminente Min. EVANDRO LINS E SILVA proferiu brilhante voto em que concluiu pela inconstitucionalidade do art. 3.º do DL n.º 2. Seu argumento, de correção irrecusável, era o de que o Presidente da República não tinha poderes para legislar por decreto nessa matéria, porque ela não se refere à segurança nacional. Veja-se sobre o assunto, extensamente, RDP 2/146. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 3.º do DL n.º 2, voltaria a vigorar a Lei n.º 1.521 em todos os pontos em que tal diploma a revogara.

Após largo e infrutífero debate, o tribunal acompanhou o voto do ilustre Min. EVANDRO LINS E SILVA, vencidos os eminentes Ministros THOMPSON FLORES (quanto à preliminar) e ELOY DA ROCHA, RTJ n.º 52/528.

Causa surpresa a quem lê atentamente a decisão a referência que consta da *ementa* de que se declarou a inconstitucionalidade do art. 3.º do DL n.º 2 *em parte*.

Ora, a maioria acompanhou o voto do Min. EVANDRO LINS E SILVA e este sustentou a inconstitucionalidade do art. 3.º do DL n.º 2 porque o Presidente da República não podia legislar por decreto nessa matéria. A inconstitucionalidade era, portanto, total.

Em conseqüência de tal decisão o regime da Lei n.º 1.521, que voltou a vigorar em sua plenitude.

Em numerosas decisões, no entanto, o STF tem afirmado que a competência

para o julgamento dos crimes contra a economia popular é do juiz singular estadual, e não do júri especial que previa a Lei n.º 1.521, porque tal júri desapareceu com o advento do DL n.º 2. E que a inconstitucionalidade declarada limitou-se ao art. 3.º do DL n.º 2 e se refere à sanção. Veja-se, por representativo, o RECr n.º 72.708, relator o eminente Min. BARROS MONTEIRO (1.ª Turma): "Crime contra a economia popular. Competência para o seu julgamento do juiz singular estadual. O júri a que se referem os arts. 12 e seguintes da Lei n.º 1.521, de 1951, desapareceu com o advento do DL n.º 2/66. A inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RHC n.º 45.007, cingiu-se ao art. 3.º daquele decreto-lei, e foi parcial, limitada à sanção nela introduzida. Não tem o julgado em questão o alcance de suspender a referida norma, de competência privativa do senado". Veja-se também RECr 72.709, RECr 72.926, RECr 72.927, RECr 72.930, RECr 72.931, RECr 72.980, RECr 72.994, etc. todos publicados no DJ, 7-4-72, p. 1.969.

A *interpretação autêntica* que o Supremo Tribunal Federal vem dando à sua decisão no RHC n.º 45.007, *data venia*, não nos parece exata. O que está dito no voto do eminente Ministro EVANDRO LINS E SILVA não é que a sanção cominada no art. 3.º do DL n.º 2 é inconsittucional, mas sim que o artigo todo é inconstitucional porque o Presidente da República não tinha poderes para legislar por decreto nessa matéria. Foi isso que se decidiu. Se assim é, volta a vigorar integralmente a Lei n.º 1.521, e, em conseqüência, o malfadado júri de economia popular.

A orientação agora firmada, mantendo em vigor o art. 3.º do DL n.º 2, é, *data venia*, insustentável. Ela significa reintroduzir os problemas que a declaração de inconstitucionalidade visou eliminar. Assim, estando em vigor o *preceito* do art. 3.º, os ilícitos penais são os definidos no art. 11 da lei delegada n.º 4. Se é inconstitucional apenas a sanção, qual a sanção aplicável? Como é possível declarar a inconstitucionalidade apenas da sanção, se ela compõe com o preceito, a unidade indissolúvel da norma penal? Uma norma penal válida sem sanção não é uma norma penal, representando rigorosamente um corpo sem cabeça.

No julgamento do CJ n.º 4.981, relator o eminente Min. AMARAL SANTOS, afirmou a 1.ª Turma, pelo voto do relator que "no julgamento do RHC n.º 45.007, de São Paulo, julgamos inconstitucional o art. 3.º do DL 2-66, na parte em que conferia competência à Justiça Militar para o processo dos referidos crimes" (RTJ, 52/428).

Esperamos que o assunto seja reexaminado pelo E. Tribunal para que se dê ao acórdão proferido no RHC número 45.007 o alcance que realmente deve ter. O art. 3.º do DL n.º 2 é integralmente inconstitucional. Está em vigor a Lei n.º 1.521, exigindo, aliás, urgente reexame.

Crimes contra a honra. Competência quando oposta e admitida a exceção da verdade

Reafirmando a jurisprudência acolhida no julgamento da Queixa Crime n.º 206 (RTJ 57/474), o STF voltou a decidir, por sua 1.ª Turma, no HC n.º 48.134, relator o eminente Ministro ALIOMAR BALEEIRO, que, "se no caso de calúnia opõe o acusado *exceptio veritatis* contra o queixoso, que goza de foro privilegiado por prerrogativa de função, desloca-se para esse foro apenas o julgamento da exceção. Se esta for julgada provada, encerra-se o processo. Em caso contrário, os autos voltam ao juízo competente para julgar o acusado, cessando a competência do foro privilegiado". A decisão foi unânime (RTJ n.º 58/87).

Para apreciação crítica dessa orientação, cf. RDP 4/107.

Crimes falimentares e crimes patrimoniais comuns praticados por falido. Autonomia

A questão do concurso entre crimes falimentares e crimes patrimoniais comuns (estelionato e fraude na organização de sociedade por ações) foi levada ao STF com o RHC n.º 48.384, julgado pela 1.ª Turma, relator o eminente Min. BARROS MONTEIRO.

No caso a denúncia atribuia ao paciente a outros acusados os crimes previstos nos artigos 186, incisos II, IV, VI; 187 e 188, incisos I, IV e VII da Lei n.º 7.761 (falências), bem como os crimes previstos nos artigos 171, § 2.º, VI (cheque sem fundos) e 177 (fraude na fundação de sociedade por ações) CP.

A defesa sustentava a inépcia da denúncia (comum em crimes falimentares); a ocorrência da prescrição dos crimes falimentares e a absorção por estes dos crimes comuns.

O Tribunal negou a ordem, entendendo que não havia a pleiteada absorção (concurso aparente) porque um dos crimes (o do art. 177 CP) era anterior à constituição da própria sociedade (RTJ, 57/836).

Não se comprometeu o tribunal com a tese fundamental da defesa, que merece algumas observações.

Nenhuma dúvida existe quanto à *unidade* do crime falimentar. Isso significa que a eventual pluralidade de ações típicas constituem sempre um único delito.

A bancarrota constitui *crime patrimonial* (cf. a respeito LONGHI, *Bancarrota ed altri reati in materia comerciale*, 1930, pág. 91; DELITALIA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarrota, Riv. Dir. Comerciale*, vol. XXIV, I, fas. 7-8, entre muitos outros), cuja objetividade jurídica se caracteriza pela tutela do patrimônio dos credores contra o dano ou perigo causados pela bancarrota; dano e perigo que a lei presume. Veja-se, a respeito, a exatíssima lição de FRANK (*Das Strafgesetzbuch f. das Deutsche Reich*, 18.ª ed., pág. 645, que afirma também, à pág. 653 de seu celebrado livro, a unidade do crime falimentar, embora tenha havido pluralidade de atos que a lei define como criminosos).

Segundo a recente lição de MAURACH (*Deutsches Strafrecht, Bes. Teil*, 1964, pág. 246), objeto da agressão nos crimes falimentares é o patrimônio, e, mais particularmente, um valor patrimonial especializado: a pretensão dos credores à adequada satisfação. Por isso mesmo é que funciona em tais ilícitos penais a declaração de falência como condição objetiva de punibilidade, porque dela depende a situação antijurídica que o legislador teve em mira com a incriminação, ou seja, o dano ou perigo aos interesses dos credores. As condições objetivas da punibilidade são condições de ilicitude penal do fato (HELENO C. FRAGOSO, *Pressupostos do Crime e Condições Objetivas de Punibilidade*, no volume *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, 1962, pág. 176).

Em seus *Comentários à Lei de Falências*, 1955, vol. II, pág. 308, TRAJANO

DE MIRANDA VALVERDE esclarece que a sentença declaratória da falência converte "em unidade a pluralidade dos atos praticados pelo devedor, anteriores à declaração de falência".

E acrescenta: "O evento ofensivo é um só, ainda que haja o concurso de vários fatos mencionados na lei, já que estes não constituem crimes por si mesmos, e, se constituírem, dar-se-á o concurso formal de crimes".

E finaliza o consagrado autor afirmando que se trata "de crime de estrutura complexa, em que as ações ou omissões são unificadas pela lei, porque revelam uma conduta ilícita do devedor ou falido na direção de seus negócios ou de sua empresa. Isto posto, verificando-se a existência de diversos fatos mencionados na lei, *dá-se uma só ação punível, e não uma pluralidade de ações puníveis*".

NELSON HUNGRIA (*Comentários*, volume VII, pág. 219) acentua que "é hoje pacífica a razoável doutrina que, como acentua RAMELLA, reconhece, em matéria de bancarrota, a *unidade de crime*, não obstante a multiplicidade de fatos que a caracterizam. O fato criminoso, que em última análise, se pune é a violação do direito dos credores pela superveniente insolvência do comerciante. Todos os atos, portanto, contra tal direito, devem ser considerados como um todo único".

E prossegue: "por esse evento lesivo, isto é, o prejuízo, efetivo ou potencial, dos credores, é punido o devedor, e tão somente por causa dele; assim é lógico atingir com a pena somente aquilo que esse evento representa. Não cada um dos atos que contribuiram para ele, mas a totalidade deles, *como uma unidade incindível*".

Conclui HUNGRIA assinalando que "não há razão alguma para o cúmulo material ou jurídico de penas. Por diversos ou vários que sejam os atos praticados pelo devedor, conexos com a sua falência, não são eles de efetiva relevância senão coligados com a cessação de pagamento. Em razão deste fato único, têm de ser apreciados como *unidade jurídica*".

Os crimes comuns praticados pelos comerciantes em prejuízo de seus credores no contexto que conduziu à falência são absorvidos pelo fato único do crime falimentar salvo se configurarem delitos que de forma alguma se enquadrem nas definições gerais dos crimes falimentares. *Não é o caso do estelionato e das figuras de delito que a lei equipara ao mesmo.* Veja-se o ensinamento de PISAPIA (*In tema di concorso fra truffa e bancarotta fraudolenta*, pág. 57): "Quando se trata de conduta única, o estelionato é absorvido pela bancarrota em virtude do princípio da especialidade ou da progressão criminosa".

Assim também NUVOLONE (*Il diritto penale del fallimento*, 1955, pág. 468):

"Nos casos em que a empresa surge e se desenvolve sob a trama de um desígnio fraudulento, não pode haver concurso, porque o dano dos lesados pela fraude não pode constituir ao mesmo tempo o resultado do estelionato e o efeito de um desvio de bens que jamais entraram no patrimônio do estelionatário e que, portanto, não podiam constituir objeto de bancarrota".

Recusando a possibilidade de concurso entre as fraudes constitutivas de estelionato e a bancarrota, igualmente, CARNELUTTI, em dois estudos notáveis, *Concorso di truffa e bancarotta fraudolenta?, Riv. Dir. Proc.*, 1953, II, página 321 e *Ancora sul concorso della truffa con la bancarotta fraudolenta*, ibidem, 1954, II, pág. 213.

QUINTANO RIPOLLÉS (*Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, volume 3, pág. 106), referindo-se à possibilidade do concurso de crimes patrimoniais com os crimes falimentares, faz notar que, para que se pudesse produzir tal concurso sem infringir o princípio do *nebis in idem*, "habria de tratarse de actividades marginales, dirigidas *sobre todos a nuevos sujetos pasivos extraños a la relación de masa personal y real creada por el hecho de la quiebra*. De no ser así, la subsunción parece preferible, ya que la mayoria de los tipos estan construidos sobre supuestos en si constitutivos de otras figuras delictivas, defraudatorias o falsarias".

Os crimes falimentares, em sua definição legal, já pressupõem fraudes e falsidades, que não podem constituir crimes autônomos.

A lei de falências, em seu art. 187 pune com reclusão de 1 a 4 anos "o devedor que com o fim de criar ou assegurar injusta vantagem para si ou para outrem, praticar, antes ou depois de falência, algum ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo ao credores".

É evidente que essa previsão genérica de conduta fraudulenta por parte do falido inclui o estelionato na forma de fraude no pagamento por meio de cheque.

Na hipótese em julgamento a denúncia aludia à simulação do depósito de parte do capital social realizada quando foi constituída a sociedade (menos de um ano antes da quebra), entendendo que assim se configurara o crime previsto no art. 177 CP. A defesa sustentava que o fato constituiria o crime previsto no art. 188, I da lei de falências, que dispõe: "Será punido o devedor com a mesma pena do artigo anterior, quando com a falência concorrer algum dos seguintes fatos: simulação de capital para obtenção de maior crédito".

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, no HC n.º 42.525, relator o ilustre Min. VILAS BOAS, por unanimidade, que há absorção do estelionato pelo crime-falimentar de que o acusado foi absolvido (RTJ, 35/474).

Em várias outras oportunidades já se pronunciaram os tribunais sobre a matéria. Assim, a 3.ª Câmara Criminal do TJ da Guanabara, AC n.º 38.994, relator o ilustre Des. HENRIQUE HORTA DE ANDRADE, já decidiu: "Absorção pelo crime falimentar de atos fraudulentos praticados pelo falido. Sendo os atos atingidos pela falência, por se referirem ao giro comercial, ficam tais atos sujeitos às penas impostas pela lei de falências, *não se lhes aplicando o Código Penal*" (RJ, 5/353).

Entre outras podemos ainda invocar as seguintes decisões: "A declaração de falência é a única condição de punibilidade do agente. E ela converte em unidade a pluralidade dos atos pelo mesmo praticados e anteriores à sua declaração. O evento ofensivo é um só, ainda que haja o concurso de vários fatos mencionados na lei, já que estes não constituem crimes por si mesmos. e, se constituirem, dar-se-á o concurso formal de crimes". Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do HC n.º 42.370 (RT, 60/226).

Na AC n.º 48.685, o TJ de S. Paulo, por sua 3.ª Câmara Criminal, relator o Des. VASCONCELOS LEME, assentou: "A declaração de falência é a única condição de punibilidade do falido. A pluralidade de atos por ele praticados e anteriores àquela se converte em unidade, surgindo um único evento punível. Ficam absorvidos pela infração

o réu tenha incidido, dentro do âmbito da falência".

Na ementa está dito: "Feição unitária de todas as infrações de caráter falimentar, ou praticadas em função de falência, anteriores à decretação da mesma" (RT, 255/116).

Tal é o poder da *vis atractiva* do regime especial da falência, que os tribunais têm entendido que o crime comum, conexo pelo prazo excepcional previsto na lei de falências, e não estatuido na legislação comum. Neste sentido, vem à talho a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (RT, 146/275), em que se ventilou o problema da prescrição exatamente do crime de "fraude no pagamento por meio de cheques" (art. 171, § 2.º, VI CP) que era atribuído ao falido. Lá, como veremos pela transcrição abaixo, nem se discutiu se tal crime deveria, ou não, ficar sujeito ao rito de processo da lei de falências, pois isto é hoje indiscutível. O que se debateu foi tão somente a prescrição, e assim se decidiu: "Não obsta ao reconhecimento da prescrição do delito falimentar, pelo decurso de mais de dois anos entre o recebimento da denúncia e a sentença, o fato de haver sido o falido denunciado também pela prática de crime previsto na legislação comum. Este é absorvido por aquele, dada a sua natureza complexa".

E segue o acórdão: "Não importa aqui — e essa distinção se pretendeu — que o falido tivesse sido denunciado, também, pela prática de crime comum, isto é, o de estelionato, em conexão com os crimes falimentares propriamente ditos. Isso é secundário no caso em tela. O crime falimentar é de natureza complexa e decorre da declaração de falência como única e insubstituível condição de punibilidade. Assim, os atos praticados pelo falido e que a denúncia destacou sob a chancela do *art. 191, parágrafo segundo, n.º VI do Cód. Penal* (fraude no pagamento por meio de cheques) ficaram absorvidos naquele pressuposto de punibilidade, como crime de igual natureza, isto é, *como crime meramente falimentar*".

Entre outras decisões, podemos ainda invocar: "É de natureza falimentar o delito praticado por comerciante contra comerciante, dentro do período suspeito da falência, mesmo que ele tenha característicos próprios" (RF, 135/558). Veja-se também RF, 207/310.

A primeira decisão em que se afirmou a absorção do cheque sem fundos pelo crime falimentar, foi proferida há muitos anos, pela 2.ª Câmara Criminal do TJ da Guanabara, no HC n.º 14.793, impetrado em favor de Jorge Jabour. Nessa decisão, que não encontramos publicada, lê-se: "Cheques. No caso concreto não está configurado o ilícito penal definido no art. 171, § 2.º, inciso VI, combinado com o art. 51, § 2.º do Cód. Penal, só sendo cabível admitir-se a existência do crime falimentar previsto nos arts. 186, inciso III e 187 da lei de falências".

Parece-nos óbvio que a inexistência de concurso somente ocorrerá quando os crimes comuns patrimoniais forem praticados no contexto dos atos que constituem os crimes falimentares. O STF negou a ordem impetrada, no caso que enseja este comentário, a nosso ver, precisamente porque recusou haver a conexão que conduz ao concurso aparente, pelo menos em um dos crimes a que aludia a denúncia (o do art. 177 CP), tornando inútil o exame de outras questões.

No julgamento do RHC n.º 48.562, em que se pleiteava também o reconhecimento da absorção do crime de emissão de cheque sem fundos pelo crime previsto no art. 187 da lei falimentar, a 1.ª turma do STF negou a ordem por unanimidade, tendo em vista que o crime foi praticado "muito tempo antes da decretação da falência". Foi relator o eminente Min. BARROS MONTEIRO (RTJ, 59/126).

Entorpecentes. Posse. Oportunidade de juntada do laudo toxicológico

Decidiu o TJ do Estado do Rio de Janeiro, por sua 2.ª Câmara Criminal, julgando o HC n.º 18.379, que não existe constrangimento ilegal no regular desenvolvimento do processo que se ocupe de crime de comércio e posse de entorpecentes, ao qual não haja chegado o laudo toxicológico. Afirmou a Câmara que "inocorre o alegado constrangimento ilegal, eis que o laudo toxicológico poderá ser juntado aos autos antes da sentença" (estava o processo em fase instrutória, ouvindo-se testemunhas).

Como se sabe, há quem pense ser inadmissível o próprio recebimento da denúncia, se descompanhada do laudo, entendimento à base de que é a *qualidade* da substância, e não o ato de posse, a essência da conduta punível (cf., nesta RDP, notas bibliográficas a HÉLIO SODRÉ, *Tóxicos — a nova lei*, e PAULO SERGIO FERNANDES, *Tóxicos*): assim, somente com o laudo é que se teria certeza do cometimento de crime, justificando a *persecutio*. A idéia é tentadora, mas ficamos com a decisão comentada. A denúncia é uma *proposta*, que deve ser provada exatamente na instrução criminal. Conforme iterativa jurisprudência, não é preciso venha ela demonstrada sob todos os aspectos; basta que se revista de viabilidade jurídica, possuindo aquela fumaça de bom direito a que se referem os julgados, e que não constitui evidente abuso de poder.

Vários elementos podem indiciar gravemente o crime de posse de entorpecentes (testemunhas idôneas, declarações do acusado na polícia, perícia sumária para apreensão, etc.) É claro que a prova decisiva será o laudo toxicológico, mas não parece menos claro que a denúncia pode ser aceita à vista de apenas alguns desses elementos, vindo a demonstrar-se cabalmente, ou não, no transcurso da instrução. Diversa poderia ser a situação se o laudo toxicológico constituísse a *única* prova: nesse caso talvez fosse conveniente aguardá-lo para iniciar e prosseguir o processo.

Decisão unânime, da qual foi relator o ilustre Des. CESAR PINHEIRO MOTTA (DO 8-3-1972, Séc. III, p. 3).

Entorpecentes. Posse. Prova

A questão da prova no crime de posse de substância entorpecente ganhou notoriedade, com a publicação dos trabalhos de HÉLIO SODRÉ (cf. RDP, n.º 4 e 5, Resenha Bibliográfica). A origem do problema está inegavelmente ligada aos famosos "flagrantes de maconha", expediente com o qual policiais inescrupulosos conseguiam "arranjar" um processo criminal contra cidadãos.

A reação dos Tribunais não tardou, consubstanciada em grande rigor com a prova, em tais casos. Enunciamos a seguir uma série de julgados do TJ do Estado do Rio de Janeiro, na qual se percebe claramente a tendência a um cauteloso exame da prova, em tais casos.

RC n.º 18.337, 1.ª Câmara Criminal, relator o eminente Des. NEWTON QUINTELA, decisão unânime: "Uso e porte de maconha. Prova duvidosa. Confirmação da sentença absolutória". (DO, 21 de março de 1972, Sec. III, p. 6).

RC n.º 17.824, 2.ª Câmara Criminal, relator o eminente Des. FELISBERTO MONTEIRO NETO, decisão unânime: "Entorpecentes. Prova duvidosa de seu porte ou uso a não autorizar a condenação. Recurso compulsório desprovido" (DO, 8-3-1972, Sec. III, p. 4).

RC n.º 18.264, 1.ª Câmara Criminal, relator o eminente Des. NICOLAU MARY JÚNIOR, decisão unânime: "Posse de substância entorpecente. Prova contraditória. Absolvição mantida, com o desprovimento do recurso" (DO, 11-4-72, Sec. III, p. 4).

RC n.º 18.332, 1.ª Câmara Criminal, relator o eminente Des. NEWTON QUINTELLA, decisão unânime: "Maconha. Prova testemunhal bastante insegura. Confirmação da sentença absolutória". (DO, 11-4-1972, Sec. III, p. 4).

Rec. n.º 18.188, 2.ª Câmara Criminal, relator o eminente Des. FELISBERTO MONTEIRO NETO, decisão unânime: "Maconha. O fato de ter sido encontrado maconha no quintal do réu, por onde costumam transitar marginais em fuga, não evidencia por si só a prática do crime. Prova precária não autoriza nunca a condenação do réu, sobretudo quando este é primário e até porta enobrecedora vida pregressa". (DO, 17 de março de 1972, Sec. III, p. 15).

RC n.º 18.263, 2.ª Câmara Criminal, relator o eminente Des. FRANCISCO ABREU, decisão unânime: "Denúncia sem apoio na prova incontroversa e convincente, de instrução criminal, não enseja *veredictum* condenatório, apesar da altíssima gravidade do delito apreciado". (DO, 24-3-1972, Sec. III, p. 4).

RC n.º 18.111, 2.ª Câmara Criminal, relator o eminente Des. ALCIDES CARLOS VENTURA, decisão unânime: "Tráfico de entorpecente. Maconha. Prova precária. Absolvição". (DO, 17 de março de 1972, Sec. III, p. 16).

RC n.º 18.112, 2.ª Câmara Criminal, relator o eminente Des. FELISBERTO MONTEIRO NETO, decisão unânime: "Tráfico de entorpecentes. Prova precária e duvidosa em virtude de atitudes negativas da autoridade policial, não autoriza a condenação". (DO, 12-4-1972, Sec. III, p. 4).

Em todas as ementas mencionadas se pode perceber, com clareza, para além da observância da regra fundamental do *in dubio pro reo*, a constante preocupação com a validez das provas. A justa desconfiança que os Tribunais guardam dos elementos de convicção inseguros e contraditórios que costumam ser o amparo da acusação, em tais casos, constitui repulsa enérgica e necessária a procedimentos não raro escabrosos, tendentes a fazer recair sobre inocentes as pesadas incriminações da lei.

Furto. Abuso de confiança

No julgamento da RevC n.º 1.080, teve o STM oportunidade de examinar a situação de qualificação do furto por abuso de confiança.

Versava a revisão sobre hipótese na qual uma praça fora recebido em casa de um sargento, que lhe deu hospedagem, atendendo a pedido de amigo comum, parente do segundo. Ficou demonstrado que a praça não era parente, sequer por afinidade, nem amigo, nem conhecido do sargento, de que veio posteriormente a subtrair alguns objetos, valendo-se da facilidade do amplo acesso às dependências da casa.

Entendeu o Tribunal, acertadamente, que a qualificativa do abuso de confiança "só ocorre quando o agente trai a confiança resultante de relações estreitas de amizade entre si e o proprietário da coisa (objeto do furto)", relações das quais deriva a circunstância de que a coisa "seja deixada, comumente, ao seu alcance sem os cuidados naturais do *dominus*". O acórdão exemplifica: "A secretária *de confiança* que diariamente lida com papéis e valores do seu chefe, e um dia resolve furtar um deles, no próprio local do trabalho, é caso típico de abuso de confiança, porque a sua situação indicava uma confiança necessária e preexistente".

Entendeu o Tribunal que na hipótese ocorrera tão somente a agravante genérica de prevalecer-se o agente de relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade (que, no CP, está na al. *g* do inc. II do art. 44).

Decisão unânime, da qual foi relator o Min. ERALDO QUEIROZ LEITE (DO, 19-4-72, p. 191).

Habeas corpus. Incabível para fixar a pena imposta

Conferindo ao HC grande elastério, o STF em certa época fixou a pena através dele, seja alterando a natureza da pena imposta, seja reduzindo a sua duração. Cf. RTJ, 39/529; 41/615; 42/26; 48/577, etc.

A fixação da pena é questão de legalidade e se o tribunal, como tantas vezes ocorre, pode corrigir o erro da sentença *com os elementos que ela mesma proporciona*, entende-se que o faça através do HC, que visa remover constrangimento devido a ilegalidade ou abuso de poder. Cf. sobre o assunto, extensamente, RDP, 1/130. Em tais casos, reduzir a pena por tal via atenderá à conveniência da economia processual. Inadmissível seria recorrer a elementos estranhos à sentença e, inclusive, alheios ao processo.

Nesse ponto, como em tantos outros, no entanto, o STF está voltando sobre seus passos. No RE n.º 69.993, relator o eminente Min. ADALÍCIO NOGUEIRA, a 2.ª turma entendeu que não é possível fixar a pena por via de HC. Na hipótese, o TFR havia concedido em parte o HC impetrado para reduzir a pena imposta. Recorreu extraordinariamente a Procuradoria. O STF, dando provimento ao RE, concedeu o HC de ofício, por maioria, para anular a sentença por contraditória na fixação da pena. RTJ, 57/626.

Homicídio por inconformismo ou facciosismo político. Inexiste se o agente visa apenas impedir a prisão. Resistência inexistente

Importante decisão proferiu o STF por sua 1.ª Turma no RC n.º 1.106, relator o eminente Min. ALIOMAR BALEEIRO. O recorrente fora denunciado perante a Justiça Militar como incurso no art. 28 c/c o art. 42 do DL 510 por haver alvejado e ferido, quando de sua captura, um sargento da Marinha que participava da diligência. Como se tratasse de indivíduo acusado de atividades subversivas, atribuiu-lhe a denúncia a prática de tentativa de homicídio por inconformismo e facciosismo político previsto no art. 28 do DL 314, alterado pelo DL 510. A denúncia foi julgada procedente em primeira instância, sendo o recorrente condenado à pena de 10 anos de reclusão.

Em grau de recurso o STM entendeu que não se configurara o crime indicado na denúncia e sim os crimes previstos

nos artigos 177 (resistência) e 205 c/c o art. 30, II, parágrafo único CPM (tentativa de homicídio), fixando a pena em 6 anos e 6 meses de reclusão.

Seria militar o crime em virtude do que dispõe o art. 9.º, III, *d*, CPM, ou seja, porque cometido "ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior".

Afastou o STM a possibilidade de configurar-se na hipótese um crime político, porque o réu quis apenas impedir a sua prisão, faltando portanto o dolo específico do homicídio previsto na LSN. O Min. ALIOMAR BALEEIRO foi, a propósito, veemente: "Não há sombra de dúvida de que o recorrente não agiu por inconformismo ou facciosismo político".

Reconheceu também, com exatidão, o STF que não se configurou o crime de resistência. E isso porque os policiais não se identificaram nem deram qualquer ordem de prisão. Eles aguardaram o recorrente dentro de sua casa, iniciando-se uma fuzilaria quando ele, inadvertidamente, regressou.

Finalmente, o STF entendeu que não se evidenciara o propósito homicida, desclassificando o fato para lesões corporais dolosas. A pena foi reduzida para um ano de reclusão. (RTJ, 58/3).

Ilícito penal e ilícito administrativo. Absolvição por negativa de autoria

Nenhuma dúvida existe de que é possível a punição do funcionário público, não obstante a absolvição no processo penal, quando há falta residual (*Súmula* n.º 18). Todavia, quando a absolvição no crime ocorre porque se reconheceu não estar provada a autoria, não mais é possível, com base no mesmo fato, reconhecer a existência de falta residual, na esfera administrativa.

Nesse sentido decidiu, corretamente, a 4.ª Turma do STF, relator o eminente Min. OSWALDO TRIGUEIRO, no RE n.º 72.019. Na hipótese, o funcionário havia sido processado por peculato, tendo sido absolvido por negativa da autoria. Demitido em inquérito administrativo pelo mesmo fato pleiteou a sua reintegração, obtendo-a, por entender o juiz, de acordo com o art. 1.525 do Cód. Civil, que a questão da autoria do peculato fora decidida definitivamente no processo crime. Esse entendimento foi mantido pelo Tribunal (MG) e pelo STF, que não conheceu do recurso. (RTJ 58/844).

Justiça Militar. Conversão do julgamento em diligência pelo Conselho. Inadmissibilidade

Na Correição Parcial n.º 1.009 decidiu o STM, relator o eminente Min. WALDEMAR TORRES DA COSTA, com inegável acerto, que "ao conselho, por ocasião do julgamento, não é lícito converter o julgamento em diligência para determinar a realização de provas. Se entender necessário sanar nulidades, deverá anular o processo, reabrindo dilação probatória, com observância do contraditório".

Veja-se analogamente, art. 477 CPP.

Justiça Militar. Livramento condicional. Audiência do Conselho Penitenciário Estadual

O art. 619, § 2.º, CPPM, estabelece que para a concessão do livramento condicional é indispensável a audiência prévia do Ministério Público e a do Conselho Penitenciário, ou órgão equivalente, se deste não for a iniciativa.

No RC n.º 4.672, relator o eminente Min. NELSON SAMPAIO, o STM declarou ser obrigatória a audiência prévia do Conselho Penitenciário estadual no pedido de livramento condicional.

Observamos que se a pena estiver sendo cumprida em estabelecimento militar, o órgão a ser ouvido não será o Conselho Penitenciário do Estado, que em tal caso não tem qualquer ingerência na matéria. À falta de órgão adequado na área militar, o auditor terá que decidir ouvidos apenas o carcereiro e o MP.

Legítima defesa. Ato injusto de autoridade

Não há crime de lesão corporal, desobediência ou resistência, quando o réu reage à invasão de seu domicílio de praticada pela vítima, que pretendia executar mandado de prisão depois das 20 horas. Há legítima defesa. Decidiu a 1.ª Câmara, em acórdão unânime, na AC n.º 39.774, relator o Des. FAUSTINO NASCIMENTO que é legítima a reação quando a autoridade invade a residência do réu arbitrariamente. Faltou apenas mandar proceder contra a suposta vítima, pela prática do crime previsto no art. 150, § 2.º CP (RJ, 5/364).

Livramento condicional. Anterior condenação à pena de multa. Reincidência

Firmando excelente orientação o STF consagrou o entendimento de que a anterior condenação a pena pecuniária não impede seja concedida a suspensão condicional da pena (*Súmula* n.º 449). Em verdade, todo esforço deve ser feito no sentido de afastar o condenado da prisão, que deve ser sempre a última alternativa. São várias as legislações mais recentes que admitem em certos casos a concessão do *sursis* por segunda vez.

Em tema de suspensão condicional da pena, o STF entendeu que a reincidência a que alude o art. 57, I, CP, não pode compreender a condenação a simples pena pecuniária, pois tal condenação não funciona como causa de revogação do *sursis* concedido (art. 59, I, CP).

Em relação ao livramento condicional, não encontramos disposições iguais às do *sursis*, como causa de revogação do benefício. Diz a lei que o livramento condicional é revogado se o liberado vem a ser condenado em sentença irrecorrível por crime cometido durante a vigência do benefício (art. 64, I, CP). O CP de 1969, no entanto, subordinou a revogação obrigatória em tal caso à imposição de pena privativa de liberdade (art. 80, I).

O STF já estendeu a sua jurisprudência em matéria de suspensão condicional da pena ao livramento condicional (RTJ, 35/484), mas a sua 2.ª Turma tem-se apartado desse entendimento (RHC n.º 47.711, de 13-4-1970 e RHC n.º 48.177, DJ, 23-10-1970. No julgamento do HC n.º 48.168, relator o eminente Min. THOMPSON FLORES, voltou o Tribunal a assentar por unanimidade que a condenação anterior por crime, embora pecuniária a pena imposta, firma a reicidência e impede o livramento condicional com o cumprimento de metade da pena. (RTJ, 58-852). Há aqui, *data venia*, um claro retrocesso, pois a orientação liberal an-

terior corresponde à evolução das regras relativas ao livramento condicional nas legislações mais recentes, ajustando-se ao que estabelece o CP de 1969, numa clara indicação dos novos rumos a seguir.

Notificação apenas do defensor inadmissível. Nulidade

No HC n.º 48.474, relator o eminente Min. AMARAL SANTOS, assentou, com precisão, a 1.ª Turma do STF que "a notificação apenas do defensor não supre a exigência constitucional do contraditório, especialmente quando para ato ocorrido após o encerramento da instrução e quando o juiz ordenou a notificação pessoal do acusado". (RTJ, 58/169).

A decisão invoca perfeito acórdão em que foi relator o eminente Min. DJACI FALCÃO: "O direito de estar presente à instrução criminal conferido ao réu e seu defensor, assenta no princípio do contraditório. Ao lado da defesa técnica, confiada a profisisonal habilitado, existe a denominada autodefesa, através da presença do acusado aos atos processuais". (RTJ 46/653).

Pena-base. Desnecessária a sua fixação na ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar

A fixação da pena-base constitui exigência legal relacionada com a garantia da motivação da sentença na aplicação da pena. Pena-base é a que o juiz aplicaria se não existisse circunstância ou causa que importe aumento ou diminuição (cf. art. 50 CP; art. 63 CP de 1969).

Há nulidade da sentença por falta de fixação da pena-base naqueles casos em que há circunstâncias legais (que *sempre* agravam ou atenuam a pena) ou causas de aumento ou diminuição da pena (previstas na Parte Geral ou na Parte Especial). Fora daí, não há nulidade.

Decidindo o HC n.º 48.710, a 2.ª Turma do STF, relator o eminente Min. BILAC PINTO, assentou que "não havendo circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar, a pena-base se confunde com a definitiva. Inexiste nulidade quando, em tal caso, não se fixa expressamente uma pena-base". (RTJ 58/785).

Perempção. Paralisação do processo por mais de 30 dias. Inexiste sem intimação do querelante

No RHC n.º 47.795 proferiu a 2.ª Turma do STF importante decisão. Tratava-se de HC em que se pedia concessão da ordem por alegada perempção em ação privada relativa a crime contra a honra. O querelante, tendo proposto a ação deixou de lhe dar andamento por 90 dias, após ter o oficial de justiça certificado que deixou de intimar a querelada para a audiência de conciliação, por ter-se ela mudado para local incerto e não sabido. Três meses após o querelante requereu nova intimação afirmando que a querelada voltava a residir no mesmo endereço. Feita a intimação, o processo prosseguiu, pleiteando a querelada fosse declarada perempta a ação penal.

O TJ do Estado do Rio de Janeiro, negou o HC entendendo que não há perempção antes de formada a instância. Nesse sentido, cf. AJ, 88/379.

Contra o voto do ilustre Min. ADALÍCIO NOGUEIRA (relator), que concedia a ordem, por julgar perempta a ação ("entendendo que o prazo estabelecido para que se verifique a perempção da ação é automático"), a turma negou provimento ao recurso, julgando ser indispensável a prévia intimação da parte para que fluisse o prazo de 30 dias a que alude o art. 60, I, CPP, sendo irrelevante o fato de não se ter operado ainda a citação do réu. A lei fala em *iniciar a ação* e isso ocorre desde que seja oferecida a queixa, como assinalou o eminente Min. THOMPSON FLORES.

Da ementa lê-se: "Perempção. Paralização do processo por mais de trinta dias. Não é automática a sanção, antes decorre do procedimento desidioso do querelante. Se carecia ser intimado para atuar e não se fez, descabe a extinção da punibilidade". (RTJ, 57-603).

É fácil perceber a relevância enorme do julgado para os advogados, a quem sempre preocupam as sanções processuais por excesso de prazo.

Prisão por fato diverso. Não se computa na pena privativa da liberdade

Nesse sentido voltou a decidir o STF por sua 2.ª Turma, no RHC n.º 48.718, relator o eminente Ministro ELOY DA ROCHA, por unânimidade: "A prisão computável na duração da pena, deve relacionar-se com o fato que é objeto da condenação". (RTJ, 57/612).

Essa orientação é uniforme na jurisprudência, sendo raras as discrepâncias (cf. RDP, 2/145). O novo CP (art. 42) virá resolver o que constitui solução iníqua.

Prisão preventiva. Fundamentação

Decidindo o RHC n.º 47.936, a 1.ª Turma do STF, relator o eminente Min. BARROS MONTEIRO, por unanimidade decidiu concedendo a ordem para anular decreto de prisão preventiva, que "não se pode considerar fundamentado o despacho que, em algumas linhas, a decreta mediante simples remissão a uma peça do processo". (RTJ, 57/755).

Na hipótese limitava-se o Juiz a afirmar que decretava a medida excepcional na forma do pedido que fizera o MP, desprezando as mais elementares exigências legais.

Pronúncia. Ausência de justa causa. Abuso de poder. Habeas corpus

Concedeu o STF *habeas corpus* em caso de pronúncia realizada sem que qualquer elemento de prova a justificasse, de tal sorte que a sentença condenatória não passava de um ato de arbítrio, constituindo abuso de poder, e, pois, constrangimento ilegal.

A decisão excelente foi proferida no RHC n.º 48.450, pela 1.ª Turma do STF, relator o eminente Min. BARROS MONTEIRO. A *ementa* reza: "*Habeas corpus*. Sentença de pronúncia que se fundamenta em indícios fragílimos, ou mesmo inexistentes, de autoria. Ato de arbítrio, a importar em constrangimento ilegal contra o paciente, que teria que se recolher à prisão para interpor o competente recurso contra a referida decisão. Recurso ordinário provido, a fim de que, concedida a ordem, se anule a aludida pronúncia". (RTJ, 57/756).

Para conceder a ordem, o relator examinou os autos do processo e verificou que o juiz se baseou unicamente no depoimento do comissário que lavrou o registro de ocorrência, não sendo concludente a prova testemunhal mencionada no mesmo registro.

A sentença de pronúncia era, pois, um ato de arbítrio, que não poderia

subsistir, sendo suscetível de anulação por via do *habeas corpus*.

Num momento em que os tribunais, com tanta ligeireza, voltam a afirmar que matéria de prova não dá lugar ao *habeas corpus* (o que, no dizer de NELSON HUNGRIA, constitui autêntica *superstição*), convém dar a este pronunciamento do STF o devido realce.

Segundo dispõe a CF, o *habeas corpus* deve ser concedido em todos os casos de constrangimento oriundo de ilegalidade ou abuso de poder. É evidente que não se pode constatar a existência deste sem o exame da prova. Veja-se a propósito a importante decisão proferida no HC n.º 42.697, relator o eminente Min. VICTOR NUNES LEAL (RTJ, 35-517). Matéria de prova, aliás, existe em todo processo de *habeas corpus* e a única limtiação que a respeito ocorre é a que se relaciona com as questões de fato duvidosas ou controvertidas. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 197.

Propaganda subversiva. Passeata

O DL 314 (art. 38, IV), de forma extremamente defeituosa, afirmava constituir propaganda subversiva o comício, a reunião pública, o desfile ou a passeata, fórmula mantida na redação do DL 510 (art. 39).

É evidente que o comício, a reunião pública, o desfile e ou a passeata, por si sós, não poderiam jamais constituir crime algum e muito menos crime contra a segurança do Estado.

Propaganda é manifestação do pensamento tendente a conduzir os destinatários da mensagem à prática de determinada ação. Propaganda *subversiva* é ação delituosa que consiste em expressar idéias tendentes a conduzir, de forma inequívoca, alguém à subversão da ordem política e social, em atentado à segurança nacional (cf. RDP, 2/146). Não pode haver crime de propaganda subversiva sem o *dolo específico* exigido por todos os crimes contra a segurança nacional, ou seja, sem o fim de atentar contra a segurança do Estado.

É evidente que o que constitui propaganda subversiva não é o comício, nem a reunião pública ou o desfile e a passeata, mas sim o que for dito ou apresentado (em cartazes ou faixas) nos comícios ou reuniões proibidas, nos desfiles ou passeatas não autorizadas, pois o crime é de *propaganda* subversiva. Não pode haver propaganda na simples reunião de pessoas sem manifestação de idéias dirigidas ao desenvolvimento de qualquer tipo de ação subversiva.

No julgamento dos embargos na AC n.º 38.143, relator o eminente Ministro WALDEMAR TORRES DA COSTA decidiu de forma incensurável o STM que o crime de propaganda subversiva pela realização de passeata não se configura sem que ela envolva ameaça à segurança nacional: "Desde que a passeata, motivo da denúncia contra o embargante e vários outros estudantes, decorreu sem incidentes, não atentando nem importando em ameaça à segurança nacional e à ordem político-social, não ocorreu o delito previsto no art. 38, item IV do Dec.-lei n.º 314 de 1967".

O DL 898, em seu art. 45, já não mais emprega a fórmula defeituosa dos diplomas anteriores. Nele se diz: "Fazer propaganda subversiva.... realizando comício, reunião pública, desfile ou passeata". Fica assim bem claro que o crime não está em fazer o comício ou a passeata, etc., e que não se presume a existência de propaganda subversiva com a simples realização material daqueles acontecimentos, exegese seguramente absurda. Não pode haver propaganda sem manifestação do pensamento. Isso pertence à natureza da coisa. O fulcro da ação delituosa está na nova lei com perfeita evidência (como sempre esteve nas leis anteriores, obscuramente), em *fazer propaganda subversiva*, e não em fazer comício, reunião pública, desfile ou passeata.

E não há propaganda *subversiva* sem atentado à segurança nacional, como esclareceu a exata decisão de que damos notícia. Sobre propaganda subversiva, amplamente, RDP, 4/119.

Prova. Chamada de co-réu. Prova inválida

Decidindo o RC n.º 16.822, a 1.ª Câmara Criminal do TJ do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, reconheceu a insuficiência da chamada de co-réu. Foi relator o eminente Des. NICOLAU MARY JÚNIOR. Versava o caso sobre comércio de substância entorpecente, consignando a ementa: "Acusação feita por co-réu, desacompanhada de qualquer outro elemento, ainda que indiciário. Absolvição confirmada".

Decisão acertadíssima, em nossa opinião. Sempre se considerou a chamada do co-réu prova insegura. Formalmente, esta insegurança deriva de que o co-réu, ao contrário das testemunhas, não presta compromisso: não está sujeito às penas do falso testemunho, se mentir.

Substancialmente, numa perspectiva que nos parece mais valiosa, os tratadistas da prova — sob múltiplas razões — sempre encaram com cabais reservas a acusação do cúmplice.

PAGANO (*in Principi del Codice Penale e logica dei probabili*, pág. 155), após exame da motivação eventual que leva o cúmplice à acusação inverídica, conclui por asseverar: "Isto equivale a dizer que a indicação do co-réu é maior número de vezes falsa do que verdadeira".

A unanimidade dos autores, ao apreciar este tipo de depoimento, consagra o seu desvalor. MALATESTA, no seu clássico *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, vol. 2, pág. 201 afirma o "descrédito do testemunho do acusado sobre o fato alheio". Mesmo ALTAVILLA, que admite na chamada de co-réu um "indício sempre aproveitável "exige que ela seja "vestida", ou seja, "deve estar de acordo com outros indícios, que a revestiu por assim dizer, tornando-a no núcleo central", assinalando que "a acusação do co-réu não deve ser uma simples afirmação, antes precisa ser enquadrada numa narração completa. Efetivamente, não basta dizer que alguém tomou parte no crime, mas é necessário descrever a modalidade dessa participação, pois o pormenor pode revelar a veridicidade ou a falsidade do que se narra". (*Psicologia Judiciária*, A. Amado ed., Coimbra, 1959, 3.º vol., págs. 177 e segs.). MITTERMAYER, em sua obra notável, ao tratar das "testemunhas suspeitas", dá especial relevo ao depoimento do cúmplice, observando: "O depoimento do cúmplice apresenta também graves dificuldades (...). Têm-se visto criminosos que, desesperados por conhecerem que não podem escapar à pena, se esforçam em arrastar outros cidadãos para o abismo em que caem; outros denunciam cúmplices, aliás inocentes, só para afastar a suspeita dos que realmente tomaram parte no delito, ou para tornar o processo mais complicado ou mais difícil, ou porque esperam obter tratamento menos rigoroso, comprometendo

pessoas colocadas em altas posições". (C. J. A. MITTEMAYER, *Tratado das Provas em Direito Criminal*, trad. 1909, pág. 295 e 296).

Após condicionar o valor do depoimento do cúmplice à sua confrontação com a prova do processo, especialmente à acareação que se faça com o apontado cúmplice, o antigo professor de Heidelberg, ao seu estilo, questiona: "Pode uma condenação ser baseada no testemunho de dois cúmplices?" Responde em seguida: "No direito comum alemão a questão deve ser negativamente resolvida". (Id. Ibidem, página 297).

No direito brasileiro, a questão deve ser posta em termos de *prova suficiente*, e o chamamento de co-réu é, desenganadamente, prova insuficiente para a condenação.

Prova. Condenação exige certeza

Não é possível fundar sentença condenatória em prova que não conduza à certeza.

É este um dos princípios basilares do processo penal em todos os países democráticos. Como ensina o grande mestre EBERHARDT SCHMIDT (*Deutsches Strafprozessrecht*, 1967, p. 48). "Constitui princípio fundamental do Processo Penal o de que o acusado somente deve ser condenado, quando o juízo, na forma legal, tenha estabelecido os fatos que fundamentam a sua autoria e culpabilidade, *com completa certeza (mit voller Gewissheit)*. Se subsistir ainda apenas a menor dúvida, deve o acusado ser absolvido *(Bleiben auch nur die geringsten Zweifel, so muss der Beschuldigte freigesprochen werden)*.

A condenação exige a certeza e não basta, sequer, a alta probabilidade, que é apenas um juízo de nossa mente em torno à existência de certa realidade. Que a alta probabilidade não basta é o que ensina WALTER STREE, em sua notável monografia *In dubio pro reo*, 1962, pág. 19 *(Eine noch so grosse Wahsscheinlichkeit genügt nicht)*.

A certeza é aqui a *conscientia dubitandi secura*, de que falava VICO, e não admite graus. Tem de fundar-se em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria (SAUER, *Grundlagen des Prozessrechts*, 1929, pág. 75), sob pena de conduzir tão somente à *íntima convicção*, insuficiente.

Afirma SABATINI *(Teoria delle prove nel Diritto Giudiziario Penale"*, 1911, vol. II, pág. 33), que "a íntima convicção, como sentimento da certeza, sem o concurso de dados objetivos de justificação, não é verdadeira e própria certeza, porque, faltando aqueles dados objetivos de justificação, faltam em nosso espírito as forças que o induzem a ser certo. No lugar da certeza, temos a simples *crença*".

O princípio do livre convencimento do juiz, como diz UMBERTO DEL POZZO *(Appuntipreliminari per una teoria della probabilitá nel processo penale*, no volume *Studi Antolisei*, I, pág. 445), não pode conduzir à arbitrária substituição da acurada busca da certeza, em termos objetivos e gerais, por uma apodítica afirmação de "convencimento". Impõe-se sempre uma verificação histórica do *thema probandum*, de forma a excluir qualquer possibilidade de dúvida.

Como ensina GIOVANNI LEONE *(Spunti sul problema della prova nel processo penale, in Studi in memoria di F. Grispigni*, pág. 324), o princípio do livre convencimento do juiz, que é certamente uma conquista é também um perigo. É perigo *"perchè il principio del libero convincimento può trasformarsi in arbitrio"*, confundindo o juiz a certeza que deve ser alcançada *sub specie universalis*, ou seja, a certeza de que todos devem participar, com a *certeza subjetiva* do julgador.

Nenhuma pena pode ser aplicada sem a mais completa *certeza* da falta. A pena, disciplinar ou criminal, atinge a dignidade, a honra e a estima da pessoa, ferindo-a gravemente no plano moral, além de representar a perda de bens ou interesses materiais. Por isso mesmo, como diz JEAN PATARIN *(La Théorie des preuves en Droit Pénal*, no volume, *Quelques Aspects de l'Autonomie du Droit Pénal*, Paris, 1956, pág. 11), *"la recherche d'une certitude parfaite se révèle une exigence particulièrement impérieuse du droit pénal"*.

Nesse sentido, não há qualquer discrepância entre os autores: a dúvida nessa matéria, é sinônimo de ausência de prova (cf. NELSON HUNGRIA, *Prova Penal*, RF, 138/338). REMMO PANNAIN *(La certezza della prova, in Scritti giuridici in onore di A. de Marsico*, 1960, vol. II, pág. 267), afirma que *"ognun comprende che, per pronunziare un giudizio positivo, non basta il dubbio in quale viene proclamato con l'insufficenza di prove"*. Isso porque, se há dúvida, é porque a prova não está feita: *"s'il subsiste un doute, c'est que la preuve n'est pas faite"* (GORPHE).

É o princípio que vigora no direito angloamericano, incluindo entre as regras do devido processo legal *(dues process of law)*. Não se pode aplicar a pena sem que a prova exclua qualquer dúvida razoável *(any reasonable doubt)*. Aqui não basta estabelecer sequer uma alta probabilidade *(it is not sufficient to establish a probability, even a strong one)*: É necessário que o fato fique demonstrado de modo a conduzir à certeza moral, que convença ao entendimento, satisfaça à razão e dirija o raciocínio, sem qualquer possibilidade de dúvida (cf. KENNY'S, *Outline of Criminal Law*, 17.ª ed., 1958, pág. 480).

Com fundamento nessa doutrina, os tribunais do país têm proclamado que é necessário para impor a pena que o exame sereno da prova conduza à exclusão de todo motivo sério para duvidar. É que a prova deficiente, incompleta e contraditória, deixando margem à dúvida, impõe a absolvição (RF, 160/348), porque milita em favor do acusado a presunção de sua inocência (RF, 186/316).

Decidindo a AC n.º 36.582, o STM afirmou que "a prova do crime atribuído ao réu deve ser clara e por isso mesmo resultante de testemunhas insuspeitas, para que se justifique uma condenação". As testemunhas suspeitas não podem conduzir à certeza indispensável para condenar. Foi relator o eminente Min. LIMA TORRES. Na AC n.º 38.770, relator o ilustre Min. WALDEMAR TORRES DA COSTA, afirmou-se: "Não havendo prova escorreita de dúvida, não se justifica a condenação".

Reconhecimento do acusado sem observância das formalidades legais

O art. 226 CPP fixa regras de observação obrigatória para o reconhecimento de pessoas ou coisas, procurando diminuir a larga margem de erro que os reconhecimentos em geral apresentam. A história dos erros judiciários mostra que freqüentemente se fundam eles em falsos reconhecimentos feitos de boa fé.

O STF, por sua 1.ª turma, no julgamento do RHC n.º 47.465, relator o eminente Min. ALIOMAR BALEEIRO, por unanimidade, assentou: "Reconhecimen-

to do acusado. O reconhecimento de pessoa deve obedecer à forma imperativamente imposta pelo art. 226 do Cód. de Proc. Penal" (RTJ, 52/467). Já anteriormente o tribunal havia declarado a nulidade do auto, em caso de reconhecimento feito em discrepância com o disposto no art. 226 CPP. (HC n.º 42.957, 2.ª Turma, relator Min. ALIOMAR BALEEIRO, DJ 12-10-66, página 3.507).

Reincidência. Configura-se embora a condenação anterior seja à pena de multa.

O STF tem entendido que a condenação anterior à pena de multa não obsta à concessão do *sursis* (Súmula n.º 499). Isso, porém, não significa que tal condenação não constitua reincidência para os demais efeitos legais. Nesse sentido decidiu, corretamente, a 2.ª Turma do RHC n.º 48.177, relator o eminente Min. THOMPSON FLORES, vencido o ilustre Min. ADAUTO CARDOSO (RTJ, 58/22). Cf. também RTJ, 56-704.

Representação. Crimes contra os costumes. Decadência se a queixa não for apresentada nos seis meses após a ofendida completar 18 anos

Se a ofendida completar dezoito anos e escoar-se o prazo de seis meses sem que ela ou o seu representante legal apresentem queixa, há decadência não obstante demonstrar-se que o conhecimento do fato por parte do representante legal data de menos de seis meses.

O STF já decidiu em contrário, afirmando a independência do direito de queixa têm a ofendida e os seus representantes legais, de tal modo que a inércia do menor nos 6 meses posteriores à maioridade penal não implicaria na perda do direito de agir que compete a seu representante (RTJ, 48/90). Cf., no mesmo sentido, RT 351/126; 394/111; 398/98; 402/108. Esse entendimento funda-se em que a menoridade só termina aos vinte e um anos, podendo o direito de queixa, quando a ofendida tiver entre 18 e 21 anos, ser exercido por ela ou por seu representante legal, que teria no caso um direito autônomo.

No RHC n.º 48.570, relator o eminente Min. ALIOMAR BALEEIRO, a 1.ª Turma do STF, por unanimidade, decidiu que "a lei não pode dar ao representante legal direito que a vítima já tinha e não exerceu em tempo oportuno". Em conseqüência, "ocorre a decadência do direito de queixa ou representação se não foi exercido nos 6 meses após a vítima da sedução ter completado 18 anos". A decisão corretíssima foi unânime. (RTJ, 58/26).

Em seu voto afirmou o eminente relator: "A menor de 18 anos, civilmente, já tem capacidade relativa, devendo ser apenas assistida e não representada pelos representantes legais nos atos jurídicos. A lei quer o concurso de sua vontade com a dos pais. Nem estes sem ela. Nem ela sem eles. Dir-se-á que a situação é diferente no Direito Penal. Mas, neste, em crime contra os costumes, a menoridade cessa aos 18 anos. A partir dessa idade, o legislador presume que a menor tem maturidade mental, sexual e psicológica para consentir, calculando os riscos de sua afoiteza. Ora, no caso dos autos, a ofendida teve 6 meses após os 18 anos, para deliberar sobre o caráter do acusado e sobre a confiança que lhe inspirava. Sem nenhuma dúvida, ela sabia quem foi o autor de sua iniciação na atividade sexual. Sem nenhuma dúvida, — pelo menos para mim — ela perdeu o direito de queixa ou representação, pelo decurso do prazo para isso, depois dos 18 anos. Repugna à lógica jurídica, no meu entender, que se dê ao representante legal um direito que a representada já tinha e não quis exercer no prazo concedido pela lei".

Veja-se também no sentido da decisão, RT 394/111; 398/98 e 402/108.

Roubo a banco

No julgamento da AC n.º 38.176, relator o eminente Min. AMARÍLIO SALGADO, o STM desprezou o furto de veículo utilizado no assalto a banco, bem como o porte de arma privativa das Forças Armadas, para condenar apenas pelo roubo: "Assalto. Furto de automóvel. Arma privativa das Forças Armadas. Dá-se provimento, em parte, ao apelo da defesa, para condenar apenas pelo crime de assalto, postos à margem o furto do carro e o porte de armas" (art. 25, DL 314).

O *furto* de um veículo empregado no roubo não constitui em caso algum crime contra a segurança nacional, pois a LSN somente prevê crimes contra a propriedade praticados com violência (arts. 27 e 28, DL 898). Cf. RDP 2/149.

A posse ilegal de armas privativas das Forças Armadas configura o crime definido no art. 46, DL 898, como autônoma figura de delito, punida com 5 a 10 anos de reclusão. O que aqui se considera, no entanto, é a ação relativa a armas como crime de perigo para a segurança do Estado, o que exige necessariamente que se trate de quantidade apreciável, capaz de, por si só, justificar o presumido perigo. Na descrição do fato delituoso, por isso mesmo, se emprega o plural ("*armas* de fogo ou *engenhos*"). É claro que o emprego de arma para a realização de um roubo não configura o crime autônomo do art. 46, DL 898.

A rigor o crime patrimonial praticado com relação ao veículo a ser empregado no roubo a banco implica em concurso de crimes, pois a hipótese não é de consunção. A lei de segurança nacional é, no entanto, lei iníqua, pela gravidade tirânica das penas impostas, em desproporção evidente com a gravidade do malefício. É, em conseqüência, louvável a orientação do tribunal, no sentido de temperar o rigor dos textos, ajustando a pena, na medida em que isso é possível, ao merecimento concreto de punição. No caso, o tribunal condenou apenas pelo *assalto* (ou seja, o roubo), considerando como ante-fato impunível o *furto* do carro, e certamente não configurado o crime quanto à posse da arma de guerra.

A subtração do veículo, de resto, quase sempre, transitória, como se tem visto, tem significado meramente instrumental com respeito ao crime-fim, que, por sua relevância e gravidade excepcionais, esgota o desvalor do fato, complexivamente considerado. A elevada pena prevista para o roubo justifica que se entenda estar neste *consumida* a ação anterior, que se destinava a torná-lo possível.

Se os autores do roubo são perseguidos e vêm afinal a ser presos, com a recuperação dos valores subtraídos, há mera tentativa. Assim, com evidente acerto, decidiu o STM na AC n.º 38.325, relator ainda o eminente Min. AMARÍLIO SALGADO: "o fato de haverem os agentes sido perseguidos e presos caracteriza a tentativa". No mesmo sentido, o E. Tribunal decidiu na AC n.º 38.682, relator o ilustre Min. WALDEMAR TORRES DA COSTA: "Comprovado que o agente, sob perse-

guição dos próprios funcionários do estabelecimento assaltado, é preso, logo depois do crime, ainda com o produto do roubo, que foi apreendido e restituído ao estabelecimento, desclassifica-se o delito para tentativa".

Propaganda subversiva. Inexistência de crime sem distribuição dos panfletos

Antiga e iterativa jurisprudência de nossos tribunais, notadamente o STF, assentou que a simples posse de material de propaganda é ato preparatório, não configurando o crime de propaganda subversiva. Cf. RTJ 58/627; RDP 4/134.

O STM, nos embargos na AC número 38.427, relator o eminente Ministro WALDEMAR TORRES DA COSTA, afirmou: "o fato de estarem panfletos em um automóvel, onde a polícia os apreende, não constitui tentativa de distribuição. A simples posse de panfletos não constitui o crime previsto na lei de segurança nacional".

Na AC n.º 38.229, relator o ilustre Min. NELSON SAMPAIO, por igual, decidiu o Tribunal, de forma incensurável: "A apreensão de material dado como subversivo na residência do agente, não tendo havido a propaganda, por quaisquer meios, a que alude o dispositivo dado como infringido, não caracteriza o crime previsto no art. 45, inciso I do DL 898 de 29 de setembro de 1969".

Sabotagem em fábrica eventualmente necessária à defesa nacional. Inexistência do crime em relação a fábrica de cimento

No RC n.º 1.092, considerou o STF, por sua 2.ª Turma, relator o eminente Min. ELOY DA ROCHA, acusação de incitamento a atos de sabotagem em fábrica de cimento, fato que se pretendia enquadrar no art. 41 do DL 314 (na redação dada pelo DL 510), com referência ao crime previsto no art. 10 do mesmo diploma. Tais dispositivos rezam: "Incitar à prática de qualquer dos crimes previstos neste Decreto-lei, ou fazer-lhes a apologia ou a dos seus autores: Pena — detenção de 1 a 2 anos. Parágrafo único. A pena será aumentada de metade, se o incitamento, publicidade ou apologia é feito por meio de imprensa, radiodifusão ou televisão". Por outro lado, o art. 10 do mesmo decreto-lei estabelecia: "comprometer a segurança nacional, sabotando quaisquer instalações militares, navios, aviões, material utilizável pelas Forças Armadas, ou, ainda, meios de comunicação e vias de transportes, estaleiros, portos e aeroportos, fábricas, depósitos ou outras instalações, eventualmente necessários à defesa nacional. Pena — reclusão, de 4 a 12 anos".

O recorrente fora condenado pela Justiça Militar em 1.ª instância (Belém, Pará) à pena de 1 ano e 3 meses de detenção, sentença mantida pelo STM, segundo o qual "basta, para configurar esse dispositivo (art. 10), que os estabelecimentos, que menciona, interessem eventualmente à defesa nacional. E, efetivamente, no caso, em se tratando de uma indústria de cimento que funciona no extremo norte do País, não se pode negar que essa indústria possa, eventualmente, interessar à defesa do País".

O STF invocando o disposto no artigo 89, III e IV, letra *c*, CF, que estabelece competência do Conselho de Segurança Nacional para indicar áreas indispensáveis à segurança nacional e dar assentimento prévio para estabelecimento ou exploração de indústrias que interessem à segurança nacional, normas reproduzidas no DL 348/68, bem como o art. 6 da Lei n.º 2.597/55, segundo o qual são consideradas de interesse para a segurança nacional a pesquisa, a lavra e aproveitamento de reservas minerais, conclui que fábrica de cimento não pode ser considerada eventualmente necessária à defesa nacional.

Em seu voto afirmou o ilustre relator: "A expressão *eventualmente necessários à defesa nacional* significa que, em razão de acontecimento incerto, as instalações poderão tornar-se necessárias à defesa nacional. Mas, para isso, é preciso que se verifique o acontecimento. Ora, inexiste, nos autos, qualquer elemento que permita a afirmação de que, na data do fato, por qualquer causa, a mencionada fábrica era necessária à defesa nacional." A decisão, exata, foi unânime. RTJ, 58/160.

Pediríamos licença para acrescentar aos doutos fundamentos da decisão mais um. É que o crime do art. 10 do DL 314 (a que corresponde o art. 11 do DL 898) não se configura sem o *dolo específico* próprio dos crimes contra a segurança do Estado. Os fatos descritos no citado dispositivo só constituem crime político se forem praticados com o propósito de atentar contra a segurança nacional. Ausente o fim político, o crime será o previsto no artigo 202 CP, que é, aliás, severamente punido. O STF já decidiu que são apenas crimes contra a organização do trabalho fatos previstos também na LSN como crimes políticos, quando praticados sem motivação política. Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n.º 88. Sobre o conceito de segurança nacional, cf. RDP, 2/146.

Sedução. Falta de perícia na ofendida. Nulidade

É indispensável o exame de corpo delito na ofendida no crime de sedução, sob pena de nulidade. Trata-se de crime que deixa vestígio (art. 158 CP) e no qual a declaração da ofendida exige sempre outros elementos (RJ, 8/333).

Esse princípio foi assentado pelo STF, por sua 1.ª Turma, no julgamento do HC n.º 48.889, relator o eminente Min. LUIZ GALLOTTI, por unanimidade. A Procuradoria Geral opinava no sentido do indeferimento do pedido, alegando que o art. 167 CPP poderia suprir, com a prova testemunhal, o exame direto. Convém, no entanto, lembrar 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". (RDP, 3/72). Como bem observou o eminente Min. AMARAL SANTOS, no caso em julgamento, "em matéria de corpo de delito, este só é relegado, quando impossível. (RTJ, 58-860).

Sentença. Nova definição jurídica sem aplicação do art. 384 CPP. Nulidade

A 2.ª Turma do STF, no julgamento do RHC n.º 47.802, relator o eminente Min. THOMPSON FLORES, declarou a nulidade de sentença que condenou o paciente com incurso nas penas do artigo 334, § 1.º, *b*, CP, imputando-lhe a denúncia o crime previsto no mesmo dispositivo, letra *d*, porque não foi aplicado o art. 384 CPP.

O paciente foi denunciado por ter trazido a Salvador procedente da Zona Franca de Manaus, mercadorias de procedência estrangeira, sem o pagamento

dos tributos devidos. Foi erroneamente denunciado como incurso no art. 334, § 1.º, *d*, CP, que pune com as penas do descaminho a receptação de mercadorias que ilegalmente entraram no país (cf. a propósito HELENO C. FRAGOSO, *O novo direito penal tributário e econômico, Rev. Bras. Crim. Dir. Pen.*, n.º 12, jan.-mar. 1966, p. 73). E foi condenado com base na letra *b* do mesmo dispositivo que pune a prática de fato assimilado em lei especial a contrabando ou descaminho, aludindo a sentença ao art. 17 do Decreto número 61.244/67 (e não ao art. do DL 288/67, que equipara ao descaminho a saída de mercadorias estrangeiras da Zona Franca, sem o pagamento dos tributos devidos).

O impetrante arguia a nulidade da sentença alegando surpresa, pois deixou o juiz de aplicar o art. 384 CPP, que dispõe: "Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas. Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas".

O TFR (1.ª Turma) denegou a ordem afirmando: "O princípio de congruência da condenação com a acusação, princípio esse que constitui garantia da defesa porque impede a surpresa de uma condenação. Diz respeito com o *fato descrito na denúncia, e não com o fato classificado pela denúncia*. Em outras palavras: o que vale na matéria é o fato descrito, e não o fato classificado".

Apesar do equívoco da sentença condenatória no preenchimento do *branco* da norma do art. 334, § 1.º, *b*, CP, parece-nos, *data venia*, que a razão estava com a decisão recorrida, O *fato* estava descrito na denúncia e a errônea capitulação é, no sistema de nossa lei, irrelevante.

É verdade que o princípio consagrado no art. 383 CPP conduz a situações em que a defesa é, realmente, surpreendida. Freqüentemente limita-se o defensor a confutar a acusação como a denúncia a capitula na lei penal, sem dizer uma palavra sobre o ilícito penal a que mais propriamente se ajustam os fatos narrados na denúncia. Todavia, isso pode constituir expediente de defesa, evitando o réu chamar a atenção para o fato típico em que mais dificilmente poderia safar-se. É o caso de certas condenações por corrupção de menores em denúncia por sedução.

No caso de que damos notícia a denúncia descrevia claramente o fato que a lei especial equipara ao descaminho, embora o classificasse erroneamente. (RTJ 57/25).

Composto e impresso nos Estabelecimentos Gráficos Borsoi, S.A. Indústria e Comércio, à Rua Francisco Manuel, 55 — ZC-15, Benfica, Estado da Guanabara